



## **COMISSÃO EDITORIAL**

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes  
Profa. Dra. Marinella Machado Araújo  
Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá  
Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro

## **CONSELHO EDITORIAL**

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti  
Prof. Dr. Walter Guandalini Júnior  
Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva  
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart  
Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira  
Prof. Dr. Luís Fernando Sgarbossa  
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves  
Profa. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau  
Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy  
Profa. Dra. Angela Issa Haonat  
Prf. Dr. Antonio José de Mattos Neto  
Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci  
Prof. Dr. Nirson Medeiros da Silva Neto  
Prof. Dr. André Gomes de Sousa Alves  
Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo  
Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares  
Prof. Dr. João da Cruz Gonçalves Neto  
Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa  
Prof. Dr. Nelson Flávio Firmino  
Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes  
Profa. Dra. Cynthia Soares Carneiro  
Prof. Dr. Odorico Ferreira Cardoso Neto  
Prof. Dr. Luís Antonio Bitante Fernandes  
Prof. Dr. Rabah Belaidi Belaidi

## **EDITORES DE SEÇÃO**

Prof. Me. Gabriel de Souza Salema  
Prof. Me. Igor Alves Noberto Soares  
Profa. Me. Jamilla Monteiro Sarkis  
Profa. Me. Nayane Costa Nascimento  
Prof. Me. Rainer Bomfim  
Profa. Me. Yollanda Faznezes Soares Bolonezi

## SUMÁRIO

INDICE

SUMMARY

<b>EDITORIAL</b>	<b>1-3</b>
<b>Artigos de Temática Livre</b>	
<b>CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO INTERNACIONAL E A AUSÊNCIA LEGISLATIVA EM RELAÇÃO AOS INTERMEDIADORES</b>	<b>4-24</b>
<i>INTERNATIONAL CONSUMPTION ELECTRONIC CONTRACTS AND THE ABSENCE OF LEGISLATIVE REGARDS INTERMEDIATORS</i>	
<i>Antonio Carlos Effing</i>	
<i>Eduardo Biacchi Gomes</i>	
<i>Gabriel Ribeiro Vargas da Fonseca</i>	
<b>O CENÁRIO SOCIOAMBIENTAL BRASILEIRO E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA SOCIOBIODIVERSIDADE</b>	<b>25-39</b>
<i>THE BRAZILIAN SOCIO-ENVIRONMENTAL SCENARIO AND THE NECESSARY PROTECTION OF SOCIOBIODIVERSITY RIGHTS</i>	
<i>Larissa Nunes Cavaleiro</i>	
<i>Luiz Ernani Bonesso de Araujo</i>	
<b>O CONSTITUCIONALISMO CONTRA A SOBERANIA POPULAR: ELEMENTOS PARA A CRÍTICA DO PARADIGMA LIBERAL</b>	<b>40-63</b>
<i>CONSTITUTIONALISM AGAINST POPULAR SOVEREIGNTY: ELEMENTS FOR THE CRITIQUE OF THE LIBERAL PARADIGM</i>	
<i>Thiago Lemos Possas</i>	
<b>SAMUEL PUFENDORF, O ESTADO NATURAL E O ESTADO SOCIAL</b>	<b>64-77</b>
<i>SAMUEL PUFENDORF, THE NATURAL STATE AND THE SOCIAL STATE</i>	
<i>Gilson Xavier de Azevedo</i>	
<b>ANTINOMIAS FEDERATIVAS AMBIENTAIS: A CONCORRÊNCIA LEGISLATIVA E A PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO</b>	<b>78-105</b>
<i>ENVIRONMENTAL FEDERATIVE ANTINOMIES: CONCURRENT LEGISLATION AND PREVAILING NORMS</i>	
<i>Fernando José Armando Ribeiro</i>	
<i>Marcelo Azevedo Maffra</i>	
<b>DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRABALHO: DESVENDANDO AS ESTRUTURAS DA PRECIFICAÇÃO E ASSALARIAMENTO POR MEIOS DIGITAIS</b>	<b>106-137</b>
<i>ECONOMIC DEPENDENCE AND DIGITAL WORK PLATFORMS: UNDERSTANDING THE STRUCTURES OF PRICING AND WAGE THROUGH DIGITAL MEANS</i>	
<i>Murilo Sampaio Carvalho Oliveira</i>	

- ESSENTIALISM AS THE PHILOSOPHICAL FOUNDATION OF AMERICAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS (1969)** 138-151  
*O ESSENCIALISMO COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)*  
Leilane Serratine Grubba  
Valter Moura do Carmo
- CIÊNCIA JURÍDICA E MITO: O AMOR COMO BASE EPISTEMOLÓGICA DA CIÊNCIA** 152-167  
*LEGAL SCIENCE AND MYTH: LOVE AS AN EPISTEMOLOGICAL BASIS OF SCIENCE*  
Victória Faria Barbiero  
Paulo Roberto Ramos Alves  
Liton Lanes Pilau Sobrinho
- EFICIÊNCIA E JUSTIÇA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: POR QUE NÃO ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?** 168-191  
*EFFICIENCY AND JUSTICE IN PUBLIC PROCUREMENT: WHY NOT LAW AND ECONOMICS?*  
José Márcio de Castro  
Mateus Pereira Libório  
Patrícia Bernardes  
Petr Ekel
- JUSTIÇA AMBIENTAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS** 192-219  
*ENVIRONMENTAL JUSTICE AND THE FEDERAL CONSTITUTION OF BRAZIL: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS*  
Carlos Alberto Santos  
Eliane Nogueira  
Maryângela Lopes
- O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE ENSINAR COMO GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO** 220-239  
*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACADEMIC FREEDOM OF TEACHERS AS A GUARANTEE OF THE RIGHT TO EDUCATION*  
Esther Faria Rodrigues  
Helvécio Damis de Oliveira Cunha
- COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO NOS PROCESSOS JULGADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO NOS ANOS DE 2017 E 2018** 240-259  
*WORK RELATED ACCIDENT REPORT IN TRIED CASES OF SÃO PAULO COURT OF JUSTICE IN 2017 AND 2018*  
Dalton Tria Cusciano
- PRETERIÇÃO DO DIREITO À VIDA DO IDOSO NA PANDEMIA DA COVID-19 À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUAL CONSIDERAÇÃO DE INTERESSES** 260-285  
*PRETERITION OF THE RIGHT TO LIFE OF ELDERLY PEOPLE IN THE PANDEMIC OF COVID -19 IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF EQUAL CONSIDERATION OF INTERESTS*  
Marcia Bittencourt Barbosa Matias  
Mônica Neves Aguiar da Silva

**Traduções**

**PESSOA, ORDEM, DIREITOS E LIBERDADES: A  
INADEQUAÇÃO DAS TEORIAS NORMATIVAS PARA O  
DEBATE SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM  
DEFICIÊNCIA**

**268-309**

*THE DISCUSSION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: THE  
INADEQUACY OF NORMATIVE THEORIES.*

*Emilio Santoro*

*Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes*

*Jamilla Monteiro Sarkis*

## EDITORIAL

O presente número da Revista da Faculdade Mineira de Direito conta com 13 artigos científicos inéditos, um deles escrito em língua estrangeira, além de uma tradução de artigo de autoria do Professor Emilio Santoro (*Università degli Studi di Firenze*).

Todos os trabalhos ora publicados são de alta qualidade e foram submetidos a rigoroso processo de avaliação sob o sistema "*blind peer review*" e leva em consideração uma série de critérios como a aderência aos objetivos da Revista, a originalidade e relevância, a metodologia e a bibliografia atualizada e os resultados da pesquisa.

Para manter seu elevado padrão de qualidade acadêmica, é imprescindível a atuação de Pareceristas na Revista. Apenas para este número, cerca de 30 avaliadores e avaliadoras participaram do processo editorial, contribuindo com seu conhecimento e, obviamente, com seu tempo, para que os artigos ora publicados pudessem impactar a Comunidade Acadêmica da melhor maneira possível. Por isso, a Comissão Editorial registra seus agradecimentos a todas e todos que atuaram junto à Revista da Faculdade Mineira de Direito e, com tanto afinho e zelo, viabilizam a difusão da pesquisa científica.

Aproveita-se a oportunidade para encorajar Professoras e Professores de todo o Brasil e do exterior, doutores(as) e doutorandos(as), a fazerem parte do corpo de avaliadoras e avaliadores da RFMD. Às autoras e aos autores que submetem seus artigos para a Revista, fica o mesmo convite, com o registro de que o engajamento do corpo de pareceristas é fundamental para avaliar os trabalhos submetidos em prazos razoáveis.

Além da oportunidade de apoiar a atividade editorial deste periódico, quem se dispõe à avaliação de artigos auxilia o desenvolvimento pessoal e profissional de autoras e autores e, também, tem acesso, em primeira mão, a trabalhos inéditos desenvolvidos em suas áreas de atuação. A Revista disponibiliza às avaliadoras e aos avaliadores certificados de atuação.

Feito o convite, passa-se à apresentação dos artigos que compõe a presente edição. Os Professores Eduardo Biacchi Gomes, Antonio Carlos Effing e Gabriel Ribeiro Vargas da Fonseca, no artigo "Contratos eletrônicos de consumo internacional e a ausência legislativa em relação aos intermediadores", tratam do atual e relevante tema do *e-commerce*, cuja complexidade se vê incrementada pela prática de sites intermediários, que não acompanham o modelo padrão do mercado (comprador e vendedor). Em "O cenário socioambiental brasileiro e a necessária proteção dos direitos da sociobiodiversidade", a Professora Larissa Nunes Cavalheiro e o Professor Luiz Ernani Bonesso de Araujo estabelecem compreensões ao

encontro de um desenvolvimento em consonância com as diversidades existenciais, sustentável e comprometido com a justiça socioambiental.

Já no artigo “O Constitucionalismo contra a Soberania Popular: elementos para a crítica do paradigma liberal”, o Professor Thiago Lemos Possas constrói uma visão panorâmica sobre as três principais vertentes inaugurais do constitucionalismo, indicando seus principais elementos em comum, bem como suas peculiaridades, apontando as incongruências entre democracia, soberania popular e poder constituinte e o paradigma liberal do Estado de Direito.

No rico texto “Samuel Pufendorf, o Estado Natural e o Estado Social”, o Professor Gilson Xavier de Azevedo revisita o clássico autor jusnaturalista para compreender o momento presente sob o ponto de vista da segurança pública. Por sua vez, os Professores Fernando José Armando Ribeiro e Marcelo Azevedo Maffra apresentam, no artigo “Antinomias Federativas Ambientais”, um estudo sistemático acerca dos limites da competência legislativa ambiental, em busca de soluções hermenêuticas para as antinomias entre normas editadas por diferentes entes. Na pesquisa “Dependência econômica e plataformas digitais do trabalho”, o Professor Murilo Sampaio Carvalho Oliveira expôs importante contribuição sobre as plataformas digitais e as múltiplas concepções dessa ferramenta na produção de algoritmos e dados nas relações trabalhistas. Por isso, foram analisadas determinadas decisões judiciais sobre a regulamentação do trabalho em plataformas digitais, com destaque pra dados ancorados sobre a empresa Uber.

Em trabalho escrito na língua inglesa e intitulado “Essentialism as the philosophical foundation of American Convention of Human Rights”, a Professores Leilane Serratine Grubba e o Professor Valter Moura do Carmo analisam a consistência da fundamentação teórico-filosófica do Pacto de San José da Costa Rica. A Professora Victória Faria Barbiero, em coautoria com os Professores Paulo Roberto Ramos Alves e Liton Lanes Pilau Sobrinho analisaram, no texto “Ciência jurídica e mito: o amor como base epistemológica das ciências”, como o amor, nas perspectivas biológica e jurídica, sendo resposta efetiva como parâmetro para uma construção social mais justa.

De autoria dos Professores Matheus Pereira Pereira Libório, José Márcio de Castro, Petr Ekel e da Professora Patrícia Bernardes, o artigo “Eficiência e justiça nas contratações públicas: por que não análise econômica do direito?” emprega análise de conteúdo e técnicas de classificação para examinar a literatura nacional e internacional sobre contratações públicas que abordam a Análise Econômica do Direito (AED) nas decisões das organizações, com o objetivo de compreender como as organizações têm considerado a promoção do bem-estar social ao buscarem a eficiência no processo de contratações públicas. Na substanciosa pesquisa qualitativa nomeada “Justiça ambiental e a Constituição Federal do Brasil: aspectos teóricos e

práticos”, as Professoras Maryângela Lopes e Eliane Nogueira, além do Professor Carlos Alberto Santos demonstraram que os conceitos, princípios e valores que recaem sobre o meio ambiente físico, cultural e do trabalho esculpido na Constituição Federal de 1988 estão alinhados com a aplicação da justiça ambiental, mas dependem, para sua efetivação, da organização e participação política e social das populações mais injustiçadas e invisíveis ao capital nos processos decisórios.

Em “O direito fundamental à liberdade de ensinar como garantia do direito à educação”, a Professora Esther Faria Rodrigues e o Professor Helvécio Damis de Oliveira Cunha investigam a relação existente entre o direito à liberdade de ensinar e o direito à educação, esclarecendo de que maneira tal relação fundamenta a garantia da liberdade de ensinar enquanto um direito fundamental. O Professor Dalton Cusciano, no trabalho “A comunicação de acidente de trabalho nos processos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos anos de 2017 e 2018”, analisa mais de 3.000 acórdãos, a fim de identificar o índice de subnotificação existente nas ações acidentárias de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença. Na pesquisa teórico-dedutiva “Preterição do direito à vida do idoso na pandemia do Covid-19 à luz do princípio da igual consideração de interesses”, as Professoras Marcia Bittencourt Barbosa Matias e Mônica Neves Aguiar da Silva adotam, como marco teórico, a teoria do princípio da consideração de interesses de Peter Singer para analisar a seguinte macro situação fática: possibilidade de salvar a vida de um jovem em relação a um idoso de 80 anos, ambos infectados por Covid-19, ao garantir, preferencialmente, ao mais jovem, o uso do respirador.

Por fim, as leitoras e os leitores terão acesso, pela primeira vez em língua portuguesa, o ensaio “Pessoa, ordem, direitos e liberdades: a inadequação das teorias normativas para o debate sobre os direitos das pessoas com deficiência”, de autoria do Professor italiano Emilio Santoro, no qual aborda o debate sobre os direitos das pessoas com deficiência, considerando como pilar da ordem liberal a antropologia baseada em uma ordem hierárquica de desejos.

Com os votos de boas leituras, saudamos leitoras e leitores da Revista, com a sincera expectativa de que os artigos ora publicados possam inspirar novas produções científicas.

**Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes**

Comissão Editorial da Revista da Faculdade Mineira de Direito

**Professor Mestre Igor Alves Noberto Soares**

**Professora Mestra Jamilla Monteiro Sarkis**

Editores de Seção da Revista da Faculdade Mineira de Direito

## CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO INTERNACIONAL E A AUSÊNCIA LEGISLATIVA EM RELAÇÃO AOS INTERMEDIADORES

*INTERNATIONAL CONSUMPTION ELECTRONIC CONTRACTS AND THE ABSENCE OF LEGISLATIVE REGARDS INTERMEDIATORS*

*Antonio Carlos Effing<sup>1</sup>*

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

*Eduardo Biacchi Gomes<sup>2</sup>*

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

*Gabriel Ribeiro Vargas da Fonseca<sup>3</sup>*

Centro Universitário Autônomo do Brasil

### **Resumo:**

O presente artigo tem por finalidade examinar a responsabilidade dos intermediadores no *e-commerce* dentro dos contratos eletrônicos de consumo. Verifica-se, dentro do direito internacional privado a diversidade entre as legislações e, neste ponto, a depender do local em que o contrato é celebrado, inúmeras situações podem advir. Se por um lado o Código de Defesa do Consumidor brasileiro traz a responsabilidade de fornecedores, intermediadores e demais participantes do contrato, resta a ausência de harmonização legislativa se a questão for analisada em outra jurisdição. O comércio eletrônico (*e-commerce*) é uma das causas da expansão comercial globalizada. Se já não bastasse a complexidade do tema por si só, hoje dissemina-se a prática de sites intermediários, que não acompanham o modelo padrão do mercado (comprador e vendedor), mas utiliza-se do desempenho de três elementos: fornecedor, intermediário e consumidor. Com isto, o presente artigo tem por finalidade demonstrar a falta de harmonização internacional quanto a responsabilidade dos sites intermediários quando o consumidor está situado no Brasil, e suas consequências jurídicas. A metodologia escolhida é a dedutiva e indutiva utilizando-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

### **Palavras-chave:**

*E-commerce*; Direito Internacional; Sites intermediadores; Proteção do consumidor; Autorregulação de mercado.

### **Abstract:**

The purpose of this article is to examine the liability of intermediaries in e-commerce within electronic consumer contracts. Within private international law, there is a diversity among legislations, and depending on the location where the contract is concluded, numerous situations can arise. While the Brazilian Consumer Protection Code establishes the liability of suppliers, intermediaries, and other parties involved in the contract, there is a lack of legislative harmonization when the issue is analyzed in another jurisdiction. E-commerce is one of the causes of globalized commercial expansion. In addition to the inherent complexity of the subject, there is now a widespread practice of intermediary websites that deviate from the traditional market model (buyer and seller), instead involving three elements: supplier, intermediary, and consumer. Thus, this article aims to demonstrate the lack of international harmonization regarding the liability of intermediary websites when the consumer is located in Brazil,

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogado.

<sup>2</sup> Pós-doutor em Estudos Culturais junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro; Estágio de pós-doutoramento no PPGDH da PUCPR, Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor-adjunto integrante do quadro do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Mestrado e Doutorado, Professor Titular de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

<sup>3</sup> Mestre em Direito no Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo. Advogado.

and its legal consequences. The chosen methodology is deductive and inductive, utilizing doctrinal and jurisprudential research.

**Keywords:**

E-commerce; International Law; Intermediary Websites; Consumer Protection; Market Self-regulation.

## 1. INTRODUÇÃO

A globalização, otimizada com o uso da tecnologia e informação, trouxe inúmeras alterações quanto a forma e aos procedimentos com os quais o consumidor celebrava os contratos de consumo. Se antes eram concluídos presencialmente ou na forma a distância, em que pelo Direito Internacional Privado clássico, a obrigação celebrada entre ausentes era reputada como constituída no domicílio do proponente (conforme o parágrafo 2º, artigo 9º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e dentro das relações de consumo a regra geral é a de que todos integram a cadeia de consumo.

Com o florescimento e o avanço dos sites de comércio eletrônico, os agentes que oferecem os produtos aos consumidores pulverizam-se: de um lado existe o que oferece o produto e que não possui muitas vezes um site próprio para disponibilizados ao público interessado. Neste ponto surge a figura dos intermediadores que oferecem os seus serviços e buscam aproximar os vendedores e os compradores, constituindo os sites de comércio e que buscam trabalhar na intermediação dos referidos produtos e aproximam os consumidores e os fornecedores.

Verifica-se uma forma peculiar de prestação de serviços e que deve ser analisada sob a ótica do direito das relações de consumo, especialmente no que diz respeito a eventual apuração da sua responsabilidade civil dos problemas causados aos consumidores.

Assim, o presente estudo justifica-se, pois dentro de uma sociedade globalizada, torna-se cada vez mais presente o fato de que as relações jurídicas, econômicas, sociais envolvam mais de um ordenamento jurídico.

Nas relações de consumo, frequentemente surgem dúvidas no sentido de se identificar a lei a ser aplicável em uma determinada situação, visto que os fatos podem conectar mais de um ordenamento jurídico.

A globalização do comércio eletrônico ganha destaque no cenário internacional. Mais do que uma simples operação de compra e venda este ato jurídico cada vez mais complexo envolve inúmeras partes, dentre elas as chamadas plataformas virtuais, que rapidamente surgiram para lucrar e facilitar os negócios (ARAÚJO, 2016), por meio de três envolvidos

(vendedor, intermediário e comprador), carregando um arcabouço de dúvidas que demandam soluções.

Ver-se-á que inexistente uma legislação específica sobre *e-commerce* no Brasil, mas que a principiologia de suas leis pode reger o tema. Todavia, não há nada semelhante no espaço global que possa, hoje, tutelar os consumidores em relações tão complexas, mas, tão somente, espécies de mediações dentro das próprias plataformas intermediárias.

Não obstante indaga-se quanto a necessidade da existência de um ordenamento jurídico próprio a fim de regulamentar tais relações contratuais que, com a internet, se tornam muito fluidas e não raras as vezes torna-se difícil buscar a responsabilidade dos agentes envolvidos na cadeia do comércio eletrônico.

Tais mediações muitas vezes são suficientes para proteger os interesses do consumidor, mas nem sempre, deixando a parte frágil da balança totalmente desamparada, pois vê-se envolvida com diversas dificuldades para buscar seus direitos – como jurisdição, procedimento, direito material, distância do fornecedor e outros.

Por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, buscou-se problematizar a questão levando em conta a segurança jurídica no espaço virtual.

## **2. O COMÉRCIO ELETRÔNICO NO MUNDO GLOBALIZADO E O MODELO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS**

Atualmente, com o avanço da internet, a sociedade é tão fluida quanto ao desenvolvimento tecnológico. Verifica-se que sua ideia, conceito e operacionalização não se exprime apenas em uma ordinária aplicação do conhecimento científico de comunicabilidade, porém no “*epicentro de muitas áreas da atividade social, econômica e política*” (CASTELLS, 2007, p. 287).<sup>4</sup>

Assim, o avanço da ciência virtual estimula o corpo coletivo, gerando uma dependência social, inclusive internacionalmente, em várias esferas, como a econômica, o que torna a *internet* o ambiente de conforto da sociedade (SOUZA, 2009),<sup>5</sup> novas formas de comércio vêm com ela.

---

<sup>4</sup>Como Manuel Castells sustenta, a Internet é mais do que uma simples tecnologia: revela-se, isso sim, num meio de comunicação que constitui a forma organizativa da sociedade contemporânea.

<sup>5</sup>Sérgio Iglesias Nunes de Souza alcunha a sociedade oriunda da fase pós-moderna de “Sociedade da Informação”, pois vale-se de meios tecnológicos e informatizados para se mundializar e agilizar.

Tal ciclo, segundo Claudia Lima Marques (2014), colabora para o surgimento de novos conjuntos de questões que sistematicamente reverberam o ambiente jurídico, deliberando a exiguidade do padrão contratual do direito civil. Ricardo Maurício Freire Soares (2017, p. 717-751) destaca que se efetuou uma hodierna composição social que conferiu notoriedade em consequência da revolução tecnológica, estabelecendo uma sociedade de consumo (*mass consumption society*), reconhecida pelo consumismo e, entre outras coisas, pelo *marketing* belicoso aos consumidores, desencadeando reveses jurídicos a serem encarados.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo arquétipo, o da defesa do consumidor, suscitando a concepção de um Código de Defesa do Consumidor<sup>6</sup> e o preceito da justiça social com a ordem econômica<sup>7</sup>, avultando dessa maneira a acolhida ao consumidor, tornando-o juridicamente significativo e constitucionalmente tutelado.

Com o surgimento do computador, do sistema de transmissão de voz à distância e a implementação da acessibilidade à *Internet*, como certificou Sérgio Iglesias Nunes de Souza, em 2009, “o consumidor mudou, tornou-se digital, cibernético e também globalizado” (SOUZA, 2009).

Embora as transações à distância terem sido instauradas por intermédio do telefone (televenda), da *Internet* que, considerando seu funcionalismo, rapidez e viabilidade de ampliar a comunicabilidade, propagou-se de tal maneira que dá existência a um legítimo universo virtual, tal qual Claudia Lima Marques (2004, p. 35) destaca:

“[...] o comércio “clássico” de atos negociais entre empresários e clientes para vender os produtos e serviços, agora realizado através de contratações à distância, conduzias por meios eletrônicos (e-mails, mensagens de texto e etc.), por *Internet* (on-line) ou por meio de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares)”.

Rodrigo Eidelvein do Canto (CANTO, p. 81) qualifica o *e-commerce* como “a oferta e a contratação a distância de bens, serviços e informações, realizadas dentro de um ambiente digital, ou seja, sem a presença física simultânea dos dois contratantes”.

Christopher Tucci e Allan Afuah (2017) estruturam as categorias de *e-commerce* com as subsequentes características:

---

<sup>6</sup>Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

<sup>7</sup>Constituição Federal, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor (BRASIL. Constituição de 1988).

a) *Business-to-business* (B2B): nesta modalidade, a qual se popularizou logo após a liberação ao acesso à *Internet*, empresas compram e vendem bens e serviços entre si. Dentre outras atividades, inclui compra de bens, gestão de cadeia e fornecimento, de estoques e gerenciamento de pagamento, mas, em sua maioria, trata-se de compra e venda por atacado.

b) *Business-to-consumer* (B2C): neste tipo, o mais comum dentre os demais, as empresas vendem bens e serviços a consumidores. Trata-se das vendas realizadas nas lojas virtuais ao consumidor final, ou seja, uma espécie de varejo virtual.

c) *Consumer-to-consumer* (C2C): ocorre quando há negócios de compra e venda de bens ou serviços de consumidores entre si. Normalmente trata-se de negócio de pessoas físicas intermediada por um fornecedor que disponibiliza o local para que anúncios dos produtos e serviços, a serem consumidos, sejam colocados, negócio que vêm se popularizando atualmente.

Denota-se, assim, que a pós-modernidade propiciou novos gêneros contratuais, mas também novas fragilidades, reconhecidas pelo Direito como vulnerabilidade (CANTO, p. 62).

### 3. VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR NO *E-COMMERCE*

Inquestionável o fato de que o consumidor, por si só, é vulnerável (KLEE, 2014),<sup>8</sup> como bem dispõe o Código de Defesa do Consumidor que os encargos de informação do produto a ser vendido é do fornecedor (KLEE, 2014, P. 252). No recinto eletrônico, mais ainda (CAMPOS, EGING, 2018, p. 151).<sup>9</sup> Revelam-se inúmeras dubiedades no tocante ao contrato de comércio eletrônico, como confusões pertinentes a informações no que diz respeito ao seu objeto, no tocante a sua identidade, as informações do fornecedor etc.

À vista disso, a fragilidade do consumidor expande (podendo citar a hipervulnerabilidade do *cyberconsumer*), quando inserido no ambiente eletrônico, visto que sua orientação é feita por meio de *links* que o direcionam, muitas vezes, a outro provedor, por exemplo (MARQUES, 2002, p. 143).<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup>"De acordo com o princípio da vulnerabilidade do consumidor, ele é considerado a parte mais fraca da relação de consumo, porque não tem condições fáticas, técnicas, jurídicas, econômicas ou de informações para discutir com o conteúdo do contrato e dispor sobre as cláusulas contratuais."

<sup>9</sup>"A vulnerabilidade como parte da teoria da confiança solidifica um sentido onde quem consome, confia (ou deveria confiar) nos integrantes de uma relação consumerista, mas essa confiança vem subsidiada em uma plataforma, muitas vezes, abstratas em liquidez moldada por pontes de ciberespaços percorrendo a rede mundial."

<sup>10</sup>"Como usuário da net sua capacidade de controle fica diminuída, é guiado por links e conexões, em transações ambiguamente coordenadas, recebe as informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e jogos, de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem. Se tem uma ampla capacidade de escolher, sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua confiança e segurança parecem desintegrar-se em uma ambiguidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle!"

O consumidor vê-se em uma encenação, em que o domínio é uma ficção, vivenciando uma desprotegida experiência (CANTO, p. 82) e, concomitantemente, apresenta-se o fornecedor, em uma posição de *expertise* e presença global, que oferece seus produtos em um espaço distante e sem a necessidade de manter uma relação com o consumidor.

Um fornecedor cibernético, que oferece seus produtos e serviços de maneira contínua em um espaço latente e *on-line*, fazendo uso do dialeto *world wide web* com o intuito de impulsionar o *marketing*, transação e engajamento.

Noutro lado da relação, apresenta-se o consumidor como indivíduo “silente” (MARQUES, 2014, p. 64) defronte às telas de *smatphones*, *tablets* e computadores, caracterizado tão-somente por *logins*.

Nesta continuidade, gradativamente se faz indispensável meios e procedimentos que orientem o *e-commerce*, oferecendo maior proteção e credibilidade às operações empreendidas no cenário virtual. Do mesmo modo se faz indispensável vigor no que se refere à translucidez neste âmbito, visto que “*lisura e confiabilidade ajustam-se*” (MARQUES, 2014, p. 141).

Com o intuito de preservar a confiabilidade e incentivar a realização de novos negócios com a devida segurança jurídica, e buscar equilíbrio, como a abstração do aspecto palpável do fornecedor e de um endereçamento comprovado (e não simples e unicamente indicado), com operações de probidade, estabelecendo uma imposição de assessoramento com o outro componente contratual, afim de que o contrato se cesse em conformidade as expectativas factuais do consumidor.

Nesta lógica, conjuntamente na maioria das vezes o consumidor consente as relações do contrato sem nada questionar. Isso em virtude das peculiaridades do contrato nas relações do comércio eletrônico.

A transação é efetuada em um espaço de tempo para de observação e familiaridade com o produto, equiponderando a longitude e a celeridade do ambiente digital, cedendo-lhe o benefício (TEIXEIRA, 2016, p. 186-206)<sup>11</sup> de reconsideração – por exemplo. Todavia, resta a esclarecer que tudo é feito a distância e sem que o consumidor tenha um contato direto com o produto que pretende adquirir.

Com o surgimento da popularização do comércio eletrônico e o crescimento de sua multiplicidade, atualmente os consumidores defrontam-se com o advento de novos modelos e moldes de efetuar comércio eletrônico, correntemente, abarcando lojas *online* dessemelhantes

---

<sup>11</sup>O direito de arrependimento veio para coibir as compras por impulso, isto é, aquelas realizadas pelo consumidor sem que este tenha tido tempo para avaliar sove a conveniência e oportunidade de adquirir um produto ou serviço; e mais, apreciar se tem condições financeiras de arcar com a despesa”.

do padrão tradicional *business-to-consume (B2C)*, em qual lugar tão-só são cedidos virtualmente os produtos do fornecedor ao *e-consumer*. Concernente aos intitulados sites intermediários de compras e vendas.

De acordo com Guilherme Magalhães Martins, (2008, p. 74) tais *websites* concedem seu ambiente interativo para que uns disponibilizem produtos e outros escolham por obtê-los, agindo como agentes da compra e venda concretizada no ambiente eletrônico. Os contratos, implicando os sites intermediários não acompanham o modelo de mercadejo praticada de modo direto entre comprador e vendedor, mas se apoiam no desempenho de três elementos, tipificando uma triangulação que abarca fornecedor, intermediário e consumidor.

Os intermediários atuam como angariadores de clientes, abeirando os elementos, de maneira que os interessados sejam capazes de mercadejar seus produtos através dos ambientes interativos.<sup>12</sup>

Este gênero de ambiente interativo sem demora rompeu-se em voga dado que, inicialmente, observou-se que apresentava certas conveniências para o cliente, tal qual a alternativa de se deparar com a multiplicidade de bens, marcas, ofertas e formas de pagamento. Em contrapartida, tal maneira de contrato destaca instabilidades nas conexões de consumo, de maneira que o *webconsumer*, fora precisar enfrentar adversidades comuns em face do vendedor virtual, precisará adequar à triangulação propiciada pelas plataformas de sites intermediadores.

A vulnerabilidade do consumidor neste ambiente – virtual – é constatada há anos, (SILVA, DOS SANTOS, 2012, p. 119) e estudam aprofundam-se mais e mais com o passar do tempo. Hoje é incontroverso que, embora o comércio eletrônico seja o método de fornecimento mais utilizado, causa um rápido aumento na insatisfação do consumidor devido à sua extrema vulnerabilidade nesse tipo de comércio, o que requer um reforço protetivo (ROSA, JUNIOR, DA SILVA VERSIANI, 2020, p. 235-255).

Com a compreensão da especial vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor nos negócios eletrônicos, mais ainda com a presença de um intermediário, o presente estudo segue seu desenvolvimento para focar atenção para a (in)existência e (in)eficácia da legislação pátria, nesses casos, em prol do equilíbrio da balança.

#### **4. LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS SOBRE *E-COMMERCE***

---

<sup>12</sup>Como acontece, a título de exemplo, nas plataformas do mercadolivre.com.br, amazon.com, aliexpress.com e dx.com.

Considerando que o Código de Defesa do Consumidor é anterior à difusão do comércio virtual, não previu quaisquer problematizações oriundas do *e-commerce* (MARTINS, 2008, p. 43). Doutra parte, mesmo que elaborado noutro momento histórico, é possível aplicá-lo ao comércio eletrônico (MIRAGEM, MARQUES, 2012, p. 82 e 83).<sup>13</sup> O legislador fez uso de princípios e conceitos basilares, de maneira que as diretrizes do sistema sejam examinadas e empregues analogamente, permitindo brechas de influxo aos juízes e à teoria para o tema *e-commerce*.

Outrossim, ainda existem métodos e procedimentos jurídicos complementares voltados ao *e-commerce*.

O Marco Civil da *Internet* (Lei 12/965/14)<sup>14</sup> ajustou a preservação de informações e intimidade, (MENDES, 2016, p. 59) respaldando-se em predição consumerista<sup>15</sup> e no convencionado no inciso X do art. 5º, da Constituição Federal – que prenuncia que são invulneráveis “*a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.<sup>16</sup> Assim, há uma proteção visualizada sob um ângulo abstrato (monitorização das informações) e sob um ângulo pragmático (anteparo em oposição aos danos ocasionados pela abordagem de informações privadas) (MENDES, 2016).

---

<sup>13</sup>“O legislador não é onisciente quanto às diversas realidades afetadas pelas normas que produz. Nem tampouco controla a eficácia da norma a situações atuais e futuras, ou sua eventual sobreposição em relação a matérias sobre as quais incidem outras normas. Esse problema tampouco é solucionado pelos critérios tradicionais de solução de antinomias (*lex posteriori, lex especial, lex superior*). A afirmação do sistema jurídico como sistema aberto e móvel fundado na Constituição, portanto, realidade dinâmica, exige que tal circunstância seja compreendida pelos métodos de interpretação e aplicação da norma jurídica, não gozam de prestígio as soluções derivadas de um raciocínio abstrato. Nesse sentido, o diálogo das fontes, tal qual desenvolvido entre nós, é método de interpretação sistemática, não apenas porque admite interpretação do sentido da norma em vista de sua coerência com as demais normas do ordenamento (coerência formal), mas especialmente porque coordena a possibilidade da aplicação de mais de uma norma à mesma situação, ao mesmo caso, como modo de assegurar coerência sistemática à decisão (coerência substancial).”

<sup>14</sup>Com alterações pela lei nº 13.709, de 14, de agosto, de 2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais.

<sup>15</sup>Sobre a proteção do consumidor, o art. 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, prevê que lhes são direitos básicos “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

<sup>16</sup>Art. 7º- O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - Inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - Inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - Inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

[...]

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

Do mesmo modo, a lei do mesmo modo passou a suplementar as inferências da indispensabilidade de chancela do consumidor para o trato de informações particulares nas correlações ocorridas em âmbito virtual, instituindo o padrão *Opt in*, onde se requisita uma conduta dinâmica do consumidor para expor sua aspiração de efetivar o tratamento de informações (MENDES, 2016, p. 46).

O Decreto nº 7.962/2013 complementa o Código de Defesa do Consumidor e regula as transações do comércio eletrônico, de maneira a busca efetivar o direito do consumidor conseguir informes explícitos e primordiais ao ambiente do comércio eletrônico<sup>17</sup> e aos produtos e serviços ofertados;<sup>18</sup> bem como específica, de forma mais clara que o Código de Defesa do Consumidor (mas igualmente protecionista ao consumidor) (VIEIRA, AMARAL JÚNIOR, 2013, p. 215-243), taxa o direito de arrependimento.<sup>19</sup> Tratando-se claramente de norma voltada ao comércio eletrônico e aos ambientes virtuais, impossível não vislumbrar a vinculação também dos sites intermediários às suas regras.

O Projeto de Lei nº 3514/2015, que desde novembro de 2015 aguarda validação do plenário do Senado, composto por um Comitê de Juristas, tem a intenção de modernizar o Código de Defesa do Consumidor no que corresponde ao comércio eletrônico (SANTOLIN,

---

<sup>17</sup>Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I – nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III – características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV – discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V – condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI – informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

<sup>18</sup>Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes: I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

<sup>19</sup>Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I – a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

II – seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

2012, p. 73-80), apontando-se, para novos direitos básicos ao consumidor, com a inserção dos incisos XI e XII, ao art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.<sup>20</sup>

#### 4.1. A responsabilidade dos sites intermediadores no Brasil

Frequentemente, o consumidor ao efetivar negócios com intermediários não consegue distinguir quem é o comerciante efetivamente, inviabilizando o cliente de discernir se está diante de uma negociação *consumer-to-consumer* (C2C) ou *business-to-consumer* (B2C). Devido à impossibilidade de discernimento, é submetido a concordar com as cláusulas abusivas e arbitrárias em seus “termos e condições de uso”.<sup>21</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3º, parágrafo 2º, estabelece como fornecedor de serviços todos o que disponibilizam práticas de consumo, a troca de pagamento e, muitas vezes, “a gratuidade do mercado de consumo muitas vezes é ilusória, pois há remuneração indireta do fornecedor” (MARQUES, 2012, p. 523). Isto é, os ambientes virtuais de vendas por intermediários podem ser classificados em duas categorias: os pagos de forma não evidente, auferindo rendimento proveniente do *merchandising* difundido na plataforma, e os de rendimento direto, auferindo um percentual relativo as operações concretizadas.

Portanto, de qualquer maneira, o intermediário irá lucrar com sua plataforma, não havendo escusas para que não esteja sob a supervisão das regras do Direito do Consumidor (MARTINS, 2013, p. 177-207), não sendo possível admitir que se desonerem das incumbências por alguns outros motivos inseridos nesta seara.

No presente caso, tem-se a incidência ‘Teoria do risco proveitoso’ e da ‘cadeia de fornecedores’, que se refere a percepção de que quem tem benefício, diante de ação ousada,

---

<sup>20</sup>XI a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico, assim como o acesso gratuito do consumidor a estes e a suas fontes;  
XII a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo”.

<sup>21</sup>A exemplo disso, tem-se a cláusula de exclusão de responsabilidade constante no site do Mercado Livre que dispõe que “O Mercado Livre não se responsabiliza, por conseguinte, pela existência, quantidade, qualidade, estado, integridade ou legitimidade dos produtos oferecidos, adquiridos ou alienados pelos Usuários, assim como pela capacidade para contratar dos Usuários ou pela veracidade dos dados pessoais por eles inseridos em seus cadastros. O Mercado Livre não outorga garantia por vícios ocultos ou aparentes nas negociações entre os Usuários. Cada Usuário conhece e aceita ser o único responsável pelos produtos que anuncia ou pelas ofertas que realiza. O Mercado Livre não será responsável pelo efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelos Usuários. O Usuário reconhece e aceita ao realizar negociações com outros Usuários ou terceiros o faz por sua conta e risco, reconhecendo o Mercado Livre como mero fornecedor de serviços de disponibilização de espaço virtual para anúncios de produtos e serviços ofertados por terceiros.” Disponível em: <[http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso\\_1409](http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409)>. Acesso em: 18 dez. 2017.

devendo responsabilizar-se por iminentes danos decorrentes da tal ação (SANTOLIN, 2012, p. 73-80).

O conceito do risco proveito é largamente aplicável nas conexões de consumo, levando em conta o posicionamento do cliente no tocante ao fornecedor, entretanto aplica-lo no que tange a contratos de comércio eletrônico, mormente quando compreende o intermediário, até então é uma concepção densa acerca dos tribunais brasileiros. Ao mesmo tempo, não parece justa a intenção dos sites intermediários de que o consumidor deve tomar certos cuidados (cuidados que só somente um investigar *expert* teria) ao realizar um negócio no ambiente virtual criado e disponibilizado pelo intermediário, quando este simplesmente “lava suas mãos” alegando ser “meramente” um facilitador na relação, ainda mais quando que este, sim, é quem poderia tomar os devidos cuidados investigativos sobre qual o tipo de vendedor que acomoda em seu espaço eletrônico.

O legislador não ignora isso. Nesse sentido, a Lei nº 14.181/2021 trouxe um avanço legislativo significativo. O art. 54-F incluído no Código de Defesa do Consumidor estabelece que os contratos principais de fornecimento de produto ou serviço e os contratos acessórios de crédito que garantam o financiamento são considerados conexos, coligados ou interdependentes. Essa disposição legal fortalece a proteção do consumidor, uma vez que, em casos de inexecução de obrigações ou deveres do fornecedor de produto ou serviço, o consumidor pode requerer a rescisão do contrato não cumprido contra o fornecedor do crédito.

A introdução do art. 54-F pela Lei nº 14.181/2021 representa uma evolução legislativa relevante, fornecendo um arcabouço jurídico mais robusto para a proteção dos direitos dos consumidores em transações realizadas por meio de sites intermediadores. Essa medida visa evitar que os consumidores sejam prejudicados pela falta de clareza na identificação dos fornecedores efetivos e pela imposição de cláusulas abusivas nos contratos. Assim, fortalece-se a proteção do consumidor, inclusive no ambiente virtual e promove-se maior transparência e segurança nas negociações online.

O problema é que o Judiciário não analisou tal dispositivo em situações como a que se discute nessa pesquisa. De todo modo, embora a jurisprudência não seja harmoniosa em relação à utilidade da incumbência civil desses – por meio da aplicabilidade do conceito do risco-proveito –, já é viável observar prévias nesta significação.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup>Por exemplo: "Embora a ré instrua o consumidor a tomar alguns cuidados ao efetuar a compra por meio eletrônico, a isenção de responsabilidade prevista no portal de contato não é capaz de sobrepujar a solidariedade que é apanágio do acidente de consumo. (...) A única forma eficaz de conter a fraude seria a ré estipular, como mecanismo de segurança, uma única forma de pagamento seguro. (...) Legitimada passivamente se encontra a ré que qualifica seus clientes, serve de intermediária para pagamentos, cobra comissões, integrando assim a cadeia

É válido trazer à baila interessante julgamento sobre o tema. No julgamento do recurso especial de número 1880344 SP, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre uma ação de indenização no âmbito do comércio eletrônico. O cerne da questão era a responsabilidade atribuída ao site intermediador, no caso o Mercado Livre, em relação a uma fraude perpetrada por um terceiro, resultando na venda de um produto sem a devida contraprestação. O propósito do recurso era estabelecer se o intermediador poderia ser responsabilizado por essa fraude. O tribunal, ao analisar os fatos específicos do caso, concluiu que o intermediador não poderia ser considerado responsável, pois o fraudador não se utilizou dos recursos disponibilizados pelo site para cometer a fraude. Portanto, a fraude em questão, perpetrada por terceiro em um ambiente externo ao site, rompeu o vínculo causal entre o dano sofrido e o fornecedor de serviços. Assim foi parte da ementa:<sup>23</sup>

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CF. NÃO CONHECIMENTO. FRAUDE PRATICADA POR ADQUIRENTE DE PRODUTO ANUNCIADO NO MERCADO LIVRE. ENDEREÇO DE E-MAIL FALSO. PRODUTO ENTREGUE SEM O RECEBIMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO EXIGIDA. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA. FATO DE TERCEIRO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. JULGAMENTO: CPC/2015.

1. Ação de indenização por danos materiais ajuizada em 09/03/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 26/03/2020 e atribuído ao gabinete em 07/08/2020.

2. O propósito recursal é definir se o site intermediador no comércio eletrônico pode ser responsabilizado por fraude perpetrada por terceiro, a qual culminou na venda do produto pelo ofertante sem o recebimento da contraprestação devida.

3. A alegada violação a dispositivo constitucional não pode ser apreciada na via estreita do recurso especial.

4. O comércio eletrônico é utilizado em larga escala pelos consumidores e, ante a proliferação dos dispositivos móveis, se tornou, para muitos, o principal meio de aquisição de bens e serviços. Nesse cenário, os sites de intermediação (facilitadores) têm especial relevância, já que facilitam a aproximação de vendedores e compradores em ambiente virtual. O Mercado Livre atua nesse ramo desde 1999, propiciando a veiculação de anúncios na internet e o contato entre ofertantes e adquirentes. A principal finalidade desses sites é viabilizar a circulação de riquezas na internet e equiparar vendedores e adquirentes, de modo a simplificar as transações on-line.

5. Para o Marco Civil da Internet, os sites de intermediação enquadram-se na categoria dos provedores de aplicações, os quais são responsáveis por disponibilizar na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação. Isso significa

---

de fornecedores de serviço. Situação em que a autora efetuou a compra de um notebook, tendo depositado o valor do preço para a vendedora, não lhe tendo sido enviada a mercadoria. Em que pese tenha a autora efetuado o depósito antes de receber a mercadoria, não há como argumentar com a culpa exclusiva da vítima se a ré possibilita a veiculação desse tipo de venda, ou seja, mediante o pagamento prévio por depósito bancário, impossibilitando assim aos compradores detectar a fraude perpetrada por estelionatários que operam no Site da ré. (...) Na forma da lei civil, aquele que, em virtude do exercício de sua atividade, possa causar danos a outrem, mesmo que por meio de terceiros. (...) Atua no direito de consumo o princípio da confiança, que, no caso dos autos, se traduz na crença da autora de que poderia realizar a negociação no site da ré, sem riscos". (Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado nº 71002580850).

<sup>23</sup>Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1880344 SP, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/03/2021, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 11/03/2021.

que os intermediadores estão sujeitos às normas previstas na Lei 12.965/2014, em especial àquelas voltadas aos provedores de conteúdo.

6. A relação jurídica firmada entre o site intermediador e os anunciantes, embora tangencie diversas modalidades contratuais disciplinadas no CC/02, é atípica. Tal circunstância impõe ao julgador a laboriosa tarefa de definir o regime de responsabilidade civil aplicável ao vínculo firmado entre o intermediário e o ofertante.

7. O responsável pelo site de comércio eletrônico, ao veicular ofertas de produtos, disponibilizando sua infraestrutura tecnológica e, sobretudo, ao participar das respectivas negociações em caso de aceitação por parte do adquirente, assume a posição de fornecedor de serviços. A remuneração pelo serviço prestado pelo intermediador, por sua vez, é variável e pode ser direta ou indireta. Nesta, a remuneração é oriunda de anúncios publicitários realizados no site, enquanto naquela, normalmente é cobrada uma comissão consistente em percentagem do valor da venda realizada no site.

8. A relação entre o ofertante e o intermediador será ou não de consumo a depender da natureza da atividade exercida pelo anunciante do produto ou serviço. Se o vendedor for um profissional que realiza a venda de produtos com habitualidade, ele não se enquadrará no conceito de fornecedor instituído no art. 3º do CDC, de modo que a responsabilidade civil do site será regida pelas normas previstas no Código Civil. Lado outro, caso o vendedor não seja um profissional e não venda produtos ou ofereça serviços de forma habitual, havendo falha na prestação de serviços por parte do intermediário, aplicam-se as normas previstas no CDC. Sendo a relação de consumo, para emergir a responsabilidade do fornecedor de serviços, é suficiente a comprovação do dano; da falha na prestação dos serviços e do nexo de causalidade entre o prejuízo e o vício ou defeito do serviço.

9. Na espécie, o fato de o fraudador não ter usufruído de mecanismos utilizados na intermediação do comércio eletrônico, nem utilizado-se da plataforma disponibilizada pelo Mercado Livre para praticar a fraude, obsta a qualificação do ocorrido como uma falha no dever de segurança. Não houve, ademais, divulgação indevida de dados pessoais, nem mesmo violação do dever de informar. Resta ausente, assim, a falha na prestação dos serviços. Não só, a fraude praticada por terceiro em ambiente externo àquele das vendas on-line não tem qualquer relação com o comportamento da empresa, tratando-se de fato de terceiro que rompeu o nexo causal entre o dano e o fornecedor de serviços.

10. A falta de indicação do dispositivo legal sobre o qual recai a divergência inviabiliza a análise do dissídio.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

Uma crítica pertinente, embora sujeita a um viés protecionista, pode ser direcionada ao mencionado julgamento, uma vez que não foi levado em consideração o fato de que a fraude ocorreu exclusivamente devido ao encontro das partes (consumidor e fraudador) por meio do site intermediador. Além disso, é válido ressaltar que a ocorrência da fraude em um ambiente externo ao site intermediador foi possibilitada justamente pelas lacunas deixadas pelo referido intermediador, supostamente responsável por proporcionar um ambiente seguro. Provavelmente, em virtude da sensação de segurança oferecida pelo site intermediário, o consumidor foi pego de surpresa nesse momento, quando suas precauções estavam momentaneamente reduzidas.

Some-se isso a outra questão que não pode ser desapercibida que é a ‘vulnerabilidade’ e ‘confiança’ do consumidor, eis que a ação de realizar negócios virtualmente apresenta perigos

característicos, aos quais o consumidor não dispõe de ferramentas técnicas ou legais para asseverar seus interesses.

Nos sites intermediários, o consumidor defronta-se com um cenário profissional de forma que, ainda que a aquisição advinha de um terceiro (vendedor), concebe-se uma esperança genuína e confortável de que tal ambiente digital oferece garantia.

É o intermediário que se apodera das informações de seus clientes não unicamente para distingui-los, mas similarmente no intuito de trabalhar os dados angariados e diminuir custos em novas empreitadas. Segundo o que declara Claudia Lima Marques (2004, p. 144), o conceito da aparência salvaguarda a confiança, especialmente a que apresente maior vulnerabilidade, uma vez que o site intermediário demonstre um aspecto de fiabilidade no ambiente virtual.<sup>24</sup>

Em síntese, i) o fornecedor obtém os proventos do negócio, necessitando de mesmo modo arcar com os riscos, não sendo justo que a porção mais frágil da negociação comercial – o consumidor – a tenha consigo, tornando, por conseguinte, arbitrárias e suscetíveis de serem conjecturados nulos os preceitos que tentam deslocar a incumbência do fornecedor interposto; ii) não se pode apenar o consumidor por crer no fornecedor, uma vez que quem acredita em outras pessoas por motivo que a estes foi atribuído, não pode ficar em uma condição mais exposta do que se não tivesse crido, ademais ao se referir a vulnerabilidade; e, ainda, iii) que a circunstância onde a legislação prediz (art. 7º do Código de Defesa do Consumidor) a contingência de uma rede congruente de contratos e fornecedores, suscitando o amparo dos constituintes desta.

Isto posto, independentemente de que não exista legislação própria normatizando notadamente a incumbência dos sites intermediários de compra e venda face aos consumidores – o que seria bem-vinda –, no Brasil, e embora o Judiciário não esteja unanimemente visando a segurança jurídica no ambiente virtual, as longínquas legislações dadas apresentam-se com a

---

<sup>24</sup>Nessa acepção, já dispôs o Supremo Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1107024, tendo como relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti – dezembro de 2011 –, que o site intermediário conserva obrigação diante a infortúnios ao consumidor que efetivar contratos fazendo uso do sistema intermediário, sendo o fornecedor impossibilitado de trespassar para o outro os encargos de uma prática a qual não dispõe habilidades e conhecimento específico: “2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecido ao consumidor. 3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada. 4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor.”

intenção de robustecer o anteparo ao consumidor e, por conseguinte, asseverar o compromisso civil dos sites intermediários, por efeito da tipificação da conexão de consumo.

## **5. E-COMMERCE POR INTERMEDIÁRIOS E OS DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR INTERNACIONAL**

Observada a proteção que o Código de Defesa do Consumidor proporciona ao consumidor do *e-commerce* (com especial atenção aos sites intermediários) faz-se necessária a progressão do tema ao âmbito global.

O comércio eletrônico possui característica essencial a sua flexibilidade e limitação geográfica, fazendo com que um regramento baseado em normas internas perde seu sentido e eficácia no plano internacional, motivo que se faz necessária uma solução aos conflitos nesta esfera (DA COSTA LEÃO, 2017, p. 293-295).

Pese os contratos internacionais do *e-commerce* tenham (muitas das vezes) valores pequenos, seu volume é bastante expressivo, fazendo com que o assunto ganhe relevância na seara que intersecciona os direitos internacional econômico e consumerista (ARAÚJO, 2016).

Nessas relações globalizadas, o consumidor percebe-se com várias dificuldades, como, por exemplo, identificar o local da resolução e a legislação aplicável (onde cada resposta dá-se uma solução diferente ao caso) e, ao mesmo tempo, conclui ser oneroso acionar a justiça, tendo seus esforços se desestimulados.

O Código de Processo Civil (2015) trata do tema chamando para si a competência de conflitos em que o consumidor tenha domicílio no Brasil,<sup>25</sup> mas elimina as possibilidades em que ocorra eleição de foro estrangeiro,<sup>26</sup> desconstruindo o acesso à justiça do consumidor. Menos protecionista ainda, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro define que em contratos à distância – *e-commerce* –, a lei a ser utilizada é a do proponente – vendedor.<sup>27</sup>

A parte doutrinária que sustenta estas definições, atesta que contratante aceita os perigos de comprar virtualmente no exterior (BENEVIDES DE CARVALHO, 2001, p. 108). De todo modo, como a proteção ao consumidor é pauta de ordem pública (EFING, 2001, p. 33-

---

<sup>25</sup>Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: (...) II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil.

<sup>26</sup>Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

<sup>27</sup>Art. 9º, §2º: para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. [...] § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

34),<sup>28</sup> questiona-se: “*nosso ordenamento jurídico está preparado para a internacionalização das relações de consumo?*” (EFING, 2001, p. 33-34).

Ainda assim, verdade é que há felizes soluções internacionais, como o Acordo do Mercosul sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo,<sup>29</sup> que conceitua consumidor e fornecedor semelhantemente ao Brasil, bem como diferencia os contratos à distância dos presenciais – protegendo, de alguma forma, o consumidor de *e-commerce* dentro do Bloco.<sup>30</sup> Constatase que seu objetivo é traçar qual o “direito aplicável” em conflitos, harmonizando o Direito e gerando segurança jurídica – inclusive ao consumidor, que pode litigar em seu domicílio.<sup>31</sup>

Mas o foco do presente estudo é global.

Para tal investigação, questiona-se se realmente há interesse político dos Estados em sistematizar o *e-commerce* internacional, pois isto implicaria em formalizar deveres a grandes empresas transnacionais, que muito influenciam na economia dos países (com a geração de impostos, por exemplo). Por isto, a discussão exige também, como previram Luana da Costa Leão e Tarcisio Teixeira, (DA COSTA LEÃO, TEIXEIRA, 2017, p. 293-295) uma “*reflexão que leve em conta a realidade de que as negociações econômicas e financeiras, no contexto da globalização*”, com “*esforços compartilhados e, principalmente, alinhados em escala mundial*”.

Igualmente, há de indagar-se se, na verdade, seria realmente possível harmonizar o sistema jurídico do *e-commerce*, pois o comércio eletrônico é dinamicamente mutante – havendo como exemplo o próprio sistema de compras por meio de um site intermediário (coisa que até pouco tempo atrás não existia, nem se imaginava).

Ademais, já há quem afirme (ALMEIDA, 2015, p. 153-219) que o sistema da *internet* é anárquico, não havendo mais como vencer sua propagação, invenções e técnicas sempre

---

<sup>28</sup>“O legislador, ao observar a desigualdade entre as partes e a fragilidade do consumidor, confere a este ordenamento caráter de ordem pública como mecanismo de preservar o consumidor de abusos, visto que os preceitos protetivos do estatuto em destaque não podem sofrer deliberação”.

<sup>29</sup>Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18097-atos-adotados-por-ocasio-da-li-reuniao-do-cmc-e-da-li-cupula-de-chefes-de-estado-do-mercosul-e-estados-associados-brasilia-20-e-21-de-dezembro-de-2017#V>> (Acesso em: 25 dez. 2017).

<sup>30</sup>“nos contratos de consumo à distância, considera-se como local de celebração do contrato o domicílio do consumidor. Nos contratos que não sejam à distância, entende-se por local de celebração o local onde o consumidor e o fornecedor se encontrarem fisicamente para a celebração do contrato”.

<sup>31</sup>“Artigo 4º

1 – Os contratos internacionais celebrados estando o consumidor no Estado Parte de seu domicílio, especialmente no caso de contratação à distância, regem-se pelo direito eleito pelas partes, as quais podem optar pelo direito do domicílio do consumidor, do local de celebração ou cumprimento do contrato ou da sede do fornecedor dos produtos ou serviços. O direito escolhido será aplicável desde que mais favorável ao consumidor.

2 – No caso de ausência de escolha válida, os contratos internacionais de consumo regem-se pelo direito do Estado Parte do domicílio do consumidor”.

novas. Por conta disto, o que tem funcionado (não de maneira ideal, principalmente levando-se em conta dos direitos consumeristas do Brasil) é uma autorregulação do mercado. Neste cenário, acredita-se que o próprio mercado selecionará os melhores fornecedores e ambientes virtuais com base nas experiências tidas pelos consumidores e costumes das atividades (trata-se da *lex mercatoria*) (LORENZETTI, 2009, p. 57-58),<sup>32</sup> concluindo-se – neste raciocínio – que o *e-commerce* deve ser imune às restrições legais nacionais, gerando uma “*lex informática*” (LORENZETTI, 2004, p. 69-70).<sup>33</sup>

Alguns grandes e mundialmente conhecidos sites intermediários de comércio eletrônico (como o *www.amazon.com*, *www.ebay.com* e *www.aliexpress.com*) trabalham com a ferramenta de disputa e mediação de conflitos entre compradores e vendedores.<sup>34</sup>

Apesar de, portanto, haver uma autorregulação do mercado, onde o consumidor aos poucos consegue aprender a selecionar seus fornecedores, inegável é que sempre será vulnerável nestas situações e não pode ficar à mercê da vontade do fornecedor ter uma boa fama no mercado. O consumidor carece de direitos.

É de concluir-se que a ausência de regras verticais ao tema *e-commerce*, mais especificamente aos sites intermediários, no âmbito nacional já dá margem à uma instabilidade jurídica de consumo e que, mais ainda, na esfera global, essa carência é majorada, frente a grande densidade de negócios feitos o tempo todo tendo como uma das partes um ser extremamente vulnerável, ressaltando-se, portanto, a grande necessidade de mais estudos para buscar uma solução.

---

<sup>32</sup>Sobre a *lex mercatoria*, Ricardo Luis Lorenzetti ensina: “Em relação à economia global, é dito que predomina o costume comercial (*lex mercatoria*), e é por isso que o direito codificado permanece imutável, uma vez que já não é a lei, senão o contrato, o instrumento mediante o qual se realiza a inovação jurídica. É conhecida a influência que têm os novos tipos contratuais de raiz transnacional, com os contratos de leasing, franchising, trust ou fideicomisso, shopping center, dentre outros. A isso deve ser agregada uma série importantíssima de normas ditadas pelo funcionamento dos organismos internacionais, que passaram a ter uma gravitação decisiva sobre os ordenamentos nacionais. Isso produz modelos de leis, como a “lei-modelo da Uncitral” em matéria de comércio eletrônico, ou as leis de proteção de investimentos”.

<sup>33</sup>Termo sugerido por Ricardo Luis Lorenzetti.

<sup>34</sup>Funciona assim: quando o consumidor encontra algum problema na operação (arrependimento, produto que não chega, dúvidas sobre o produto, necessidade de troca etc), ele dá start para a chamada ‘disputa’. Feito isto, o comprador e vendedor iniciam um diálogo via chat (tudo no ambiente do site intermediário) e, não havendo acordo, o consumidor poderá solicitar a moderação (ou mediação) do site intermediário, que buscará resolver o conflito. Se o site intermediário identificar um abuso ao consumidor, ele não irá compensar o consumidor ou obrigar o vendedor a cumprir alguma exigência, mas poderá punir (ou banir) o vendedor do ambiente de vendas e tal possibilidade, por si só, muitas vezes é suficiente para fazer com que os vendedores busquem atender bem seus clientes.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA NO BRASIL SOBRE *E-COMMERCE*?

Com a finalidade de examinar a responsabilidade dos sites intermediadores dentro dos contratos eletrônicos de consumo, o presente artigo apurou as diferentes soluções que a lei aplicada pode trazer a cada caso.

Desenvolvendo a problemática, traçou-se, inicialmente, sobre as características do comércio eletrônico no mundo globalizado e o modelo das plataformas digitais, onde apresentou-se como os avanços da sociedade e da tecnológica contribuem-se para tantos novos gêneros contratuais no *e-commerce*, trazendo, conseqüentemente, novas fragilidades aos consumidores.

Tratando dessas vulnerabilidades, inquestionavelmente mais complexas no ambiente virtual – como com confusões pertinentes a informações no que diz respeito ao objeto do produto, informações do fornecedor etc –, destacou-se a sua especial vulnerabilidade e hipossuficiência quando há a presença de um intermediário.

Por conta de tal dificuldade, examinando as legislações brasileiras sobre *e-commerce* – ciente de que o Código de Defesa do Consumidor é anterior à difusão do comércio virtual, não prevendo problematizações oriundas do *e-commerce* (assim como as legislações menores, mais recentes e mais específicas, como a lei de proteção de dados do usuário) –, tem-se que o complexo normativo brasileiro que volta-se ao consumidor detém princípios e conceitos basilares, permitindo, certamente, brechas de influxo aos juízes e à teoria para o tema *e-commerce*.

Ou seja, concluiu-se neste ponto que mesmo não havendo legislação própria normatizando pontualmente a responsabilidade dos sites intermediários de compra e venda (legislação esta que seria bem-vinda), no Brasil – embora a jurisprudência não seja totalmente neste sentido –, as longínquas legislações dadas apresentam-se com a intenção de robustecer o amparo ao consumidor e, por conseguinte, asseverar o compromisso civil dos sites intermediários, por efeito da tipificação da conexão de consumo.

De modo geral (com exceções aos blocos econômicos, que por vezes harmonizam o Direito delimitando previamente qual a lei aplicável, como é o caso do MERCOSUL, onde o consumidor brasileiro vê-se protegido pela sua legislação pátria), existe uma grande ausência de proteção jurídica ao consumidor do *e-commerce* internacional. Mais ainda quando se fala sobre a responsabilidade dos sites intermediários. Por conta disto é que surgiu uma autorregulação do mercado (por meio de mediações extrajudiciais), onde o consumidor aprende

a selecionar os bons fornecedores. Mas não é suficiente. O consumidor globalizado carece de direitos.

A ausência de regras – ou, minimamente, de princípios protecionistas – sobre a responsabilidade dos sites intermediários no *e-commerce* na esfera global faz concluir pela crescente necessidade de estudos em prol de uma solução para este problema.

Ao mesmo tempo, como verificou-se que pela legislação brasileira os sites intermediários são fornecedores – integradores da lucrativa cadeia de consumo –, quando o site intermediário for brasileiro, mesmo que o fabricante/vendedor seja e localize-se no estrangeiro, o consumidor pode valer-se de seu direito de escolha contra quem litigar e fazê-lo contra o site intermediário, no Brasil e com os amparos nacionais. Portanto, havendo intermediário brasileiro numa relação de consumo internacional, mesmo que parece uma relação mais complexa ao consumidor, este intermediário garante o direito do consumidor de buscar resolver sua dificuldade dentro de seu país.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado**. Teoria e Prática Brasileira. Porto Alegre: Revolução Ebook, 2016.

ALMEIDA, Daniel Freire. Um Tribunal Internacional para a Internet. São Paulo: Almedina, 2015. P. 153-219; LORENZETTI, Ricardo Luis. Comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BENEVIDES DE CARVALHO, Rodrigo. A internet e as relações de consumo. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Org.). **Internet: o direito na era virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1880344 SP, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/03/2021, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 11/03/2021.

CAMPOS, F. H. F.; EFING, ANTONIO CARLOS. A Vulnerabilidade do Consumidor em Era de Ultramodernidade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 115, 2018. p 151.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet** – Reflexões sobre internet, negócios e sociedade. 2.ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2007. p. 287.

DA COSTA LEÃO, Luana; TEIXEIRA, Tarcisio. A necessidade do desenvolvimento de uma governança global do e-commerce. **Scientia Iuris**, v. 21, n. 1, 2017.

EFING, Antônio Carlos. **Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. **O novo direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo os negócios jurídicos de comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. São Paulo. Ed. RT, 2012.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Contratos Conexos de Consumo na Internet: fornecedores de intermediação e sites de compra coletiva. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 85, n. 22, jan. 2013.

MENDES, Laura Schertel. O Diálogo entre o Marco Civil a Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, n. 25, ago. 2016.

SANTOLIN, Cesar Viterbo Mattos. Anotações sobre o Anteprojeto da Comissão de Juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor: parte referente ao comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 83, jun. 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A Dimensão Principiológica do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista PUC-Goiás**, Goiânia, v. 35, n. 4, p.717-751, ago. 2008. Disponível em: <<http://revistas.pucgoias.edu.br/index.php/estudos/article/viewFile/690/529>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**: teoria prática juscibernética. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, Tarcísio. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às compras celebradas eletronicamente: uma visão da análise econômica do direito.

TUCCI, Christopher; AFUAH, Allan. **Internet business models and strategies**: text and cases. Nova Iorque: Mcgraw-hil, 2001. Disponível em: [http://opac.vimaru.edu.vn/edata/EBook/081105/Internet business models and strategies.pdf](http://opac.vimaru.edu.vn/edata/EBook/081105/Internet%20business%20models%20and%20strategies.pdf).

VIEIRA, Luciane Klein; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. As recentes alterações no direito brasileiro sobre o arrependimento nas relações de consumo estabelecidas por meio eletrônico: legislação atual e norma projetada. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 90, n. 22, dez., 2013.

**Submissão: 09/01/2019 Aprovação: 12/07/2023**

## O CENÁRIO SOCIOAMBIENTAL BRASILEIRO E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA SOCIOBIODIVERSIDADE

### *THE BRAZILIAN SOCIO-ENVIRONMENTAL SCENARIO AND THE NECESSARY PROTECTION OF SOCIOBIODIVERSITY RIGHTS*

*Larissa Nunes Cavalheiro*<sup>1</sup>

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

*Luiz Ernani Bonesso de Araujo*<sup>2</sup>

Universidade de Passo Fundo

#### **Resumo:**

O Brasil destaca-se no cenário mundial pelas diversidades presentes no seu território, ou seja, significativa biodiversidade e multiculturalidade formada por pessoas de diferentes povos e comunidades tradicionais. Neste sentido, e percebendo o vínculo existencial entre ambos – natureza e culturas – a sociobiodiversidade torna-se sua principal característica, denotando rico cenário humano-ambiental, do qual emergem os direitos da sociobiodiversidade, que demandam reconhecimento e proteção, assim assegurando a condição de cidadania a todos e todas. Para tanto, objetiva-se com o presente trabalho estabelecer um momento crítico-reflexivo acerca deste contexto, de forma a definir compreensões ao encontro de um desenvolvimento em consonância com as diversidades existenciais, logo, sustentável e comprometido com a justiça socioambiental. No desenvolvimento do tema proposto, utilizou-se os métodos dedutivo e tipológico. O primeiro, como abordagem, parte de um raciocínio geral acerca do cenário humano-ambiental brasileiro para então abordar especificamente as implicações ecológico-jurídicas, dentre elas lesões aos direitos da sociobiodiversidade. O segundo, como procedimento, foi utilizado para definir um paradigma de desenvolvimento e compreensões sociojurídicas no sentido de reconhecer e tutelar os referidos direitos e prevenir a ocorrência de conflitos socioambientais.

#### **Palavras-chave:**

Cidadania. Direitos. Proteção. Sociobiodiversidade.

#### **Abstract:**

Brazil stands out on the world stage for the diversities present in its territory, that is, significant biodiversity and multiculturalism formed by people from different peoples and traditional communities. In this sense, and realizing the existential bond between both – nature and cultures – sociobiodiversity becomes its main characteristic, denoting a rich human-environmental scenario, from which emerge the rights of sociobiodiversity, which demand recognition and protection, thus ensuring the condition of citizenship for everyone. Therefore, the objective of this work is to establish a critical-reflective moment about this context, in order to define understandings towards a development in line with existential diversities, therefore, sustainable and committed to socio-environmental justice. In the development of the proposed theme, the deductive and typological methods were used. The first, as an approach, starts from a general reasoning about the Brazilian human-environmental scenario to then specifically address the ecological-legal implications, among them injuries to the rights of socio-biodiversity. The second, as a procedure, was used to define a development paradigm and socio-legal understandings in the sense of recognizing and protecting said rights and preventing the occurrence of socio-environmental conflicts.

#### **Keywords:**

Citizenship. Rights. Protection. Sociobiodiversity.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/Santo Ângelo (PPGD/URI). Mestre em Direito e Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE/RS). Docente do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/São Luiz Gonzaga. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos, Transformação Social e Universo Plural”, desenvolvido na URI/São Luiz Gonzaga.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Líder do grupo de pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS/UFSCM).

## 1. INTRODUÇÃO

A América Latina, em especial, o Brasil destaca-se enquanto país detentor de diversidades culturais e naturais. Frente a tamanha riqueza natural e existencial, o cenário sociobiodiverso demanda significativa proteção diante de um desenvolvimento em nome apenas do crescimento econômico, alheio às referidas diversidades, mas, principalmente alheio aos direitos da sociobiodiversidade, que se definem através de modos de vida sustentáveis dos povos e comunidades tradicionais. Tais direitos congregam a identidade, território, saúde, educação, dentre outros, em consonância com as peculiaridades culturais de cada povo, ou seja, ao encontro da autodeterminação e não mais numa perspectiva integracionista.

Assim, o presente artigo parte da seguinte inquietação: em que medida valorizam-se as diversidades culturais e naturais reforçando o seu vínculo sustentável para assegurar os direitos da sociobiodiversidade?

Com o intuito de refletir e explanar a partir deste questionamento, elaborou-se dois momentos. O primeiro enfatiza quantitativamente e qualitativamente as supracitadas diversidades e os direitos que emergem da ligação entre ambas – os direitos da sociobiodiversidade – revelando modos de vida sustentáveis definidos pelos povos e comunidades tradicionais. Neste sentido, caracteriza-se uma relação existencial em termos de sociobiodiversidade, refletida em diferentes contextos – dentre eles, o econômico e jurídico.

Posteriormente, acentuam-se as reflexões acerca dos conflitos socioambientais. Estes revelam a desvalorização de muitos povos e comunidades tradicionais – indígenas, por exemplo –, ou seja, o não reconhecimento de direitos, em termos culturais. Tal situação decorre da racionalidade voltada para um desenvolvimento compromissado com o crescimento econômico a qualquer custo – neste caso, em detrimento da diversidade cultural e natural de muitas pessoas, logo, da sua condição de cidadania. Diante disto, e cada vez mais, se faz necessário a proteção dos direitos da sociobiodiversidade que são afetados pela referida lógica, desafiando o contexto sociojurídico a buscar respostas para solucionar conflitos socioambientais.

Para a elaboração deste trabalho foram utilizados os métodos dedutivo e tipológico. O primeiro, enquanto abordagem, parte da reflexão do cenário brasileiro que apresenta significativa biodiversidade e inúmeras culturas, ambas vinculadas em termos de sociobiodiversidade e que revelam modos de vida sustentáveis para expor as implicações ecológico-jurídicas, dentre elas lesões aos direitos da sociobiodiversidade. O segundo método, como procedimento, foi utilizado no sentido de delinear um modelo crítico-reflexivo – sociojurídico – e de desenvolvimento ideal no sentido de reconhecer e tutelar os referidos

direitos, com o intuito de prevenir conflitos socioambientais. Como técnicas de pesquisa, foi analisada a legislação em conjunto com obras relevantes acerca da temática aqui delimitada, assim como a análise de casos concretos e o tratamento que os âmbitos jurídico e social dispensam aos mesmos.

## **2. BRASIL: UM PAÍS DE DIVERSIDADES NATURAIS E CULTURAIS – OS DIREITOS DA SOCIOBIODIVERSIDADE**

Diversidade. Palavra que define a riqueza do Estado brasileiro, em diferentes aspectos: cultural e natural. Neste sentido, cabe destacar nestas linhas o que é evidente em qualquer região do país, pois este possui significativa fauna e flora, assim como manifestações culturais na mesma medida.

Tais diversidades se vinculam e compõe o cenário socioambiental do Brasil. Isto é possível e esclarecido nas explicações de Vandana Shiva (2003, p. 85): diversidade cultural e diversidade biológica caminham de mãos dadas. Para a referida autora é característico da natureza a diversidade, pois se trata da base para a estabilidade ecológica, onde os ecossistemas então se tornam diversificados dando origem a formas de vidas e culturas diversificadas. Nesta perspectiva, que então emerge a reflexão sobre a sociobiodiversidade brasileira enquanto contexto humano-ambiental de implicações ecológico-jurídicas, que devem ser refletidas pelo direito de forma integrada e não compartimentada.

A realidade brasileira possui 5,2 milhões de pessoas oriundas de povos e comunidades tradicionais e agricultores familiares, dentre esses: seringueiros, pantaneiros, quilombolas, ribeirinhos e mais de 200 povos indígenas, dentre outros (DIEGUES et al., 1999). Inserida nesta diversidade existencial dos povos e comunidades tradicionais está o conhecimento vinculado ao meio ambiente natural, revelando um sentido de pertencimento à natureza e identidade, logo, suas culturas.

Segundo Dulley (2004) em se tratando da cultura, a partir do seu desenvolvimento foi possível a adaptação dos diversos meio ambientes – das demais espécies – pelo ser humano e, a princípio, para o ser humano, numa lógica de dominação. A princípio, a noção de povo brasileiro pode remeter a um todo homogêneo, ou seja, todas as pessoas que aqui se encontram são consideradas cidadãos e cidadãs brasileiras, cada qual sujeito de direitos devido o vínculo jurídico-político com o país. Pensar desta forma é reduzir todo o dinamismo cultural de uma sociedade marcada pela diversidade, como dito, que para além da riqueza natural anteriormente descrita, congrega uma multiplicidade de modos de vidas e suas dinâmicas existenciais

estabelecidas com o uso da biodiversidade que os cercam. A formação do Brasil possui “vazios, lacunas, personagens que apenas muito recentemente ganharam voz, há uma esfera pública a ser redimensionada, há projetos de sociedade em luta” (MIGLIEVICH RIBEIRO, 2010, p.6).

Diante desta relação entre o existencial e o natural, modos de vida sustentáveis dos povos e comunidades tradicionais são estabelecidos revelando um complexo e dinâmico contexto a ser reconhecido e protegido, além de servir de exemplo para a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste sentido, Cavalheiro e Araujo (2014, p. 12) afirmam que as diversidades culturais e seus conhecimentos emergentes da vinculação existencial com a natureza “brinda a humanidade com importantes noções de solidariedade, cooperação e proteção ambiental”.

Conforme definição do Ministério do Meio Ambiente (2011, p. 14), os referidos povos e comunidades podem ser identificados por meio das seguintes características:

- Têm cultura própria e se reconhecem;
- Possuem organização social própria;
- Ocupam e utilizam recursos naturais como parte de sua identidade;
- Vivem baseados em conhecimentos, inovações e práticas tradicionais;
- Sistema de exploração dos recursos naturais é sustentável e adaptado às condições ecológicas locais;
- Desempenham papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.

Como dito, tais grupos de pessoas possuem importante conhecimento tradicional, definido como “o conjunto de saberes e saber-fazer a respeito do mundo natural, sobrenatural, transmitido oralmente de geração em geração”. Muitas sociedades, como as indígenas, possuem as dimensões natural, sobrenatural e social indissociáveis, não sendo então dualista a sua percepção, ou seja, natural e social separados, pois são tratados como um *continuum*. Logo, a “biodiversidade pertence tanto ao domínio do mundo natural como do cultural”, onde o segundo domínio, enquanto conhecimento permite aos povos tradicionais o entendimento, representação, manuseio, transformação e proteção do primeiro domínio (DIEGUES *et al*, 2000, p. 30 – 32).

Frente a este cenário sociobiodiverso composto por múltiplas culturas, é possível afirmar que o humano e suas manifestações resultam do meio cultural em que é socializado, herdando através de um longo processo acumulativo conhecimentos de seus antecessores. Desta forma, possibilitam invenções e inovações não como resultados de um “gênio” isolado, mas da interação e esforço de toda a comunidade formada pelos povos tradicionais e suas culturas (LARAIA, 2009, p. 45).

O conhecimento tradicional então é consequência de uma longa herança de processos, práticas e atividades vinculadas à biodiversidade, importante sucessão que demanda a garantia de condições para assegurar a sobrevivência tanto física, quanto cultural dos referidos povos – os direitos da sociobiodiversidade (ARAÚJO, 2013). Inseridos neste cenário estão os recursos da diversidade biológica e o seu importante papel na formação cultural, ultrapassando o valor de uso econômico, pois há um valor simbólico e espiritual (SANTILLI, 2005, p. 195). Neste sentido, destacam-se as compreensões de Santilli (2005, p. 196):

[...] A produção de inovações e conhecimentos sobre a natureza não é motivada apenas por razões utilitárias, como por exemplo, descobrir a propriedade medicinal de uma planta para tratar uma doença, ou domesticar uma planta selvagem para cultivá-la e utilizá-la na alimentação. Transcende a dimensão econômica e permeia o domínio das representações simbólicas e identitárias.

Percebe-se que os conhecimentos tradicionais emergentes da biodiversidade, além de ser elementar na composição da cultura dos povos que utiliza os recursos naturais e sente-se representado na natureza, traduz um vínculo sustentável entre o humano e o meio ambiente natural. Revelam-se modos de vida onde as necessidades humanas não conflitam com o equilíbrio da natureza. Há uma interação pautada numa consciência ecológica de interdependência, do social com o natural, indissociáveis em termos de sociobiodiversidade. Assim, inadmissível a internalização de um paradigma de desenvolvimento alheio ao complexo e dinâmico contexto da sociobiodiversidade, em nome do crescimento econômico indiferente às diversidades – natural, cultural, mas, sobretudo, de direitos.

Passadas estas explanações acerca do contexto cultural, adentra-se no aspecto natural, ou seja, a biodiversidade brasileira. Segundo a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), em síntese, entende-se por biodiversidade – diversidade biológica – “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte”. Compreende-se também “a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas” (CDB, 1992, s.p.).

O Estado brasileiro destaca-se mundialmente pela biodiversidade encontrada em seu território de dimensões continentais – 8.514.876 km<sup>2</sup>, o quinto país mais extenso do mundo –, situado no continente americano e banhado pelo Oceano Atlântico, ficando a maior parte do seu espaço terrestre na zona climática tropical, delimitada pelas linhas do Equador e pelo Trópico de Capricórnio (IBGE – 1, s.a, s.p.). Neste vasto espaço geográfico seis biomas são encontrados, cada qual com suas características conforme a fauna e flora neles localizadas,

quais sejam: Amazônia, Caatinga, Cerrado, Mata Atlântica, Pampa e Pantanal (MMA - 3, s.a. s.p). Diante destes dados que informam diferentes biomas, logo, propício a existência de inúmeras espécies da fauna e flora, torna o Brasil o país com a maior biodiversidade do planeta, composta por 20% do número total de espécies da Terra, concedendo-lhe o destaque de país megabiodiverso (MMA, p. 1, s.a.). A cada 10 espécies existentes no planeta, uma encontra-se na Amazônia (IHU, s.p., 2019a). Diante das dimensões geográficas, o país ocupa quase metade da América do Sul, sendo detentor da maior biodiversidade do mundo – 103.870 espécies animais e 43.020 espécies vegetais, totalizando 20% do total de espécies aquáticas e terrestres do planeta (MMA - 2, s.a, s.p.).

Esta característica, reforçada aqui em termos de sociobiodiversidade, passa a ser refletida também na esfera econômica, apresentando uma multiplicidade de produtos e serviços possíveis. Os chamados empreendimentos do bionegócio, situados na Amazônia, por exemplo, são “responsáveis por pelo menos 1,2 mil produtos e serviços, em setores como os de alimentos, fármacos, essências, turismo e artesanato” (IHU, s.p., 2019a). Mas atenta-se: para que o Estado brasileiro se torne um protagonista mundial, exemplo de desenvolvimento, é necessário harmonizar a atividade econômica com a proteção socioambiental, desta forma estabelecendo um paradigma de desenvolvimento sustentável condizente com a sua realidade.

A atual Constituição brasileira pode ser considerada outro contexto – jurídico – que reflete as diversidades aqui evidenciadas. A importante diversidade cultural que compõe a população brasileira vem contemplada nos artigos 215 e 216 da Lei Maior. Assim, compete ao Estado garantir o exercício dos direitos culturais, de forma a incentivar e apoiar a necessária valorização das diferentes culturas. Através dos ditames da Constituição, é possível reforçar o necessário (re)conhecimento dos protagonistas no processo civilizatório brasileiro – povos indígenas e afro-brasileiros. Para tanto, deve o Estado, conforme o parágrafo 1º do artigo 215 da CF/88 “proteger as manifestações culturais populares destes povos tradicionais, assim como de outros grupos participantes no processo civilizatório nacional” (CAVALHEIRO; ARAUJO, p. 144 – 145, 2017).

Quanto à diversidade natural, a atual Lei Maior pela primeira vez traz em seu conteúdo um capítulo destinado ao meio ambiente – artigo 225 – definindo enquanto dever do Poder Público e da coletividade a defesa e preservação para as futuras gerações, de forma a garanti-lo ecologicamente equilibrado. Elenca no parágrafo 1º do supracitado dispositivo constitucional as atribuições do Poder Público, destacando a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e o provimento e manejo ecológico das espécies e ecossistemas, além da

proteção da fauna e flora em relação a práticas que impliquem no risco da sua função ecológica e extinção.

Antes da atual CF/88, não havia previsão de proteção ambiental de “forma global e sistemática, mas apenas, de forma compartimentada, estabeleceram a proteção de alguns dos elementos integrantes do meio ambiente (água, minérios, fauna – caça e pesca –, florestas etc.)”. A preocupação até então do legislador não se voltava para a proteção ecológica em si, mas para questões relacionadas ao interesse econômico e propriedade privada, por exemplo (SARLET; FENSTERSIFER, 2021, p. 310). Então, define-se o artigo 225 da Lei Maior enquanto dispositivo constitucional que consagra a importância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado incorporando em seu conteúdo o aspecto temporal – intergeracional – do conceito de sustentabilidade: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Por meio da previsão constitucional, o Estado brasileiro reconhece a importância da biodiversidade e sua proteção, pois em se tratando da manutenção da Vida em sua plenitude – digna –, emergente este compromisso em âmbito interno e internacional – aspecto espacial da sustentabilidade. O meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se direito fundamental e dever de todos e todas, sendo à base dos demais direitos fundamentais, pois sem aquele não é possível falar em economia, cultura, saúde, dentre outros. Logo, a tutela do meio ambiente é preponderante e deve ser compreendida “acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito à propriedade, como as da iniciativa privada”, pois “através desta tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida humana” (SILVA, 2015, p. 865 – 866).

A vinculação de ambos – cultura e natureza –, como já mencionado, é percebida nos modos de vida sustentáveis dos povos e comunidades tradicionais, que revelam para além destas diversidades, a diversidade de direitos, ou seja, os direitos da sociobiodiversidade. A compreensão e reforço deste vínculo tornam-se relevantes tanto para a proteção ambiental, quanto para o reconhecimento e garantia de direitos em consonância com as suas realidades. Estes direitos são percebidos por Araujo (2013, p. 288) num contexto onde se criam “regras a partir de suas práticas vivenciais com o entorno natural, independentemente das normas estatais incidentes, inclusive contrariando-as em alguns aspectos, notadamente naquelas que digam respeito ao uso e ocupação do espaço e fruição dos frutos”.

Em conformidade com este entendimento, se propõe o reconhecimento da condição de cidadania de muitas pessoas que compõe a realidade socioambiental do Brasil, que anseiam pela garantia, não apenas do direito territorial, mas de uma série de direitos elencados por Mendes (2011, p. 96) ao destacar a Política Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais – Decreto 6.040 de 2007. Dentre eles estão os direitos “sociais, ambientais, econômicos, religiosos e culturais, assim como a valorização de suas identidades, suas formas de organização e suas instituições”, escopo do referido decreto na tentativa de estabelecer o desenvolvimento sustentável, incluindo estes povos e comunidades e a criação de Unidades de Conservação de uso sustentável.

Tais direitos devem ser compreendidos sob a perspectiva existencial de cada cultura e não de forma integracionista-hegemônica, pois a atual Constituição brasileira consagra a autodeterminação dos povos. Os diferentes contextos onde a diversidade é ressaltada não pressupõe uma realidade sociopolítica pacífica, sendo esta a inquietação do próximo momento do presente trabalho, expondo os conflitos gerados pelo não reconhecimento da sociobiodiversidade, enquanto principal característica do Estado brasileiro.

### **3. OS CONFLITOS SOCIAMBIENTAIS E A EMERGENTE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA SOCIOBIODIVERSIDADE**

Conforme Cavalheiro e Araujo (2014, p. 13), do contexto acerca da biodiversidade e conhecimentos tradicionais de diversas culturas vinculadas aos recursos naturais, emergem os direitos da sociobiodiversidade, o que demanda uma compreensão da complexidade do vínculo entre humano e o meio ambiente natural. Esta simbiose existencial e sustentável revela a identidade dos povos e comunidades tradicionais. Assim, encontram-se diferentes culturas no território brasileiro e suas formas de vida que traduzem uma diversidade de modos e costumes, congregando o social e o natural, pluralidade que deve ser reconhecida e valorizada. Para tanto, encontra sua máxima proteção a partir da garantia dos direitos da sociobiodiversidade.

Ocorre que, de encontro a este contexto está o desenvolvimento do país quando pautado numa lógica alheia as referidas diversidades. Atenta-se então para reflexões tanto de cunho político – a título de prevenção –, quanto jurídico – a título de garantia e reparação – no que tange a relevância envolvida no reconhecimento da condição de cidadania de muitas pessoas que integram os povos e comunidades tradicionais. Trata-se de legitimação que reflete não apenas o uso dos bens naturais, mas também a manutenção do acesso e valorização dos seus saberes e identidades, que muitas vezes originam conflitos socioambientais. Diante do embate,

revelam-se determinados agentes com o intuito de deslegitima-los, dentre eles o próprio Estado, empresas envolvidas na construção de usinas hidrelétricas, agronegócio para exportação e empresas de agrotóxicos (MALAGODI, 2014, p. 54).

Tais conflitos são objeto de controvérsias refletidas tanto interna, quanto internacionalmente. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão responsável pela promoção e proteção destes direitos, integrante da Organização dos Estados Americanos (OEA), em vários momentos notificou o Estado brasileiro para prestar esclarecimentos sobre as comunidades tradicionais da Bacia do Rio Xingu, pois poderiam ser afetadas pela construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte (CIDH, s.p, 2011). Conforme o Procurador da República da 1ª Região Felício Pontes Jr., esta obra brasileira é a “[...] mais cara de todos os tempos; foram gastos 31 bilhões de reais” para a produção de ínfima quantia de energia comparada ao custo da obra. Destaca o procurador que além deste custo, há “violação dos direitos socioambientais” e lista: vidas destruídas, comunidades inteiras desagregadas, retirada do sustento das famílias, um verdadeiro etnocídio – culturas inteiras foram destruídas. Em decorrência destas violações que afetaram e afetam indígenas e ribeirinhos, 24 ações judiciais foram promovidas contra Belo Monte, revelando uma judicialização dos conflitos por causa de um legislativo ineficaz e com o respaldo de um governo distante da realidade das pessoas afetadas por esta obra (IHU, s.p., 2019a).

Também é grave e constante a ameaça de grileiros a comunidades indígenas nos estados do Mato Grosso, Rio Grande do Sul e Rondônia. Conforme informações da Procuradoria-Geral da República é urgente a definição de medidas de proteção, pois crescente os ataques com intuito de tomar o território indígena, desferindo tiros e ameaçando de morte muitas das tribos, dentre elas os Guarani da Ponta do Arado, localizados em Porto Alegre – RS (IHU, s.p. 2019b). Tais situações foram estimuladas pelo governo federal brasileiro, por meio de decisões políticas, uma delas a Medida Provisória 870, que atribuiu os poderes da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para o Ministério da Agricultura (IHU, s.p. 2019c). Dentre as principais funções associadas ao Ministério estavam: “delimitar terras indígenas e de quilombolas, e de conceder licenciamento para empreendimentos que possam atingir esses povos”. Ocorre que este Ministério representa os interesses do setor agropecuário brasileiro defendido pela bancada ruralista presente na Frente Parlamentar Agropecuária da Câmara, comprometidos em “diminuir a concessão de demarcações de terras e destravar obras, como ferrovias e rodovias, em áreas próximas a comunidades indígenas [...]” (IHU, s.p. 2019d).

Os conflitos desta natureza, em sua maioria, se originam da prioridade dispensada à expansão de um desenvolvimento eminentemente econômico em detrimento da qualidade do

meio ambiente natural e proteção cultural, ou seja, coloca-se de lado, ou até mesmo exclui-se a dimensão sociobiodiversa envolvida na realidade brasileira. Um desenvolvimento nestes moldes, conforme Malagodi (2014, p. 55), resulta na desestruturação dos ecossistemas e deslocamento das populações que dependem dos recursos naturais para outras áreas que nem sempre se apresentam férteis. Neste sentido, somam-se as compreensões de Veiga (2010, p. 50), destacando que o desenvolvimento:

[...] de um sociedade depende é da maneira como ela aproveita os benefícios de seu empenho econômico para expandir e distribuir os benefícios de seu desempenho econômico para expandir e distribuir oportunidades de acesso a bens como liberdades cívicas, saúde, educação, emprego decente, etc. Ainda mais para quem já entendeu, também, que o desenvolvimento terá pernas curtas se a natureza for demasiadamente agredida pela expansão da economia, que é um subsistema altamente dependente da conservação da biosfera.

Uma lógica excludente e hegemônica traz consigo um “progresso” pautado na desconsideração e exclusão de diferentes culturas e seus saberes, na mesma medida em que degrada a natureza. Restringem-se as condições ambientais necessárias para uma vida digna de parcela da população brasileira, desta forma perpetuando um modelo de degradação humano-ambiental.

Outro motivo para a manutenção destes conflitos é o desconhecimento que redundava na desvalorização da cultura de muitos povos e comunidades tradicionais que se encontram no território brasileiro. Em especial, o contexto indígena, destaca Marcos Terena na obra de Morin (2010, p. 17) que na descoberta do Brasil haviam em torno de mil povos, atualmente encontram-se significativamente reduzidos e desvalorizados. Terena evidencia lamentável desconhecimento – entre estudantes e professores – acerca da realidade indígena enquanto parte da cultura brasileira, contexto multicultural encoberto em nome de um desenvolvimento reduzido a perspectiva de crescimento econômico, que ensejou a morte de 4 milhões de índios e índias e o desaparecimento de 700 povos.

Seguindo na questão indígena, muitas são as compreensões equivocadas a respeito destes povos. Há uma noção homogênea, ou seja, enquanto elemento humano de uma única cultura. No entanto, existe uma diversidade de culturas indígenas – identidades –, cada qual com práticas e linguagem diferente. E também ainda se faz presente entendimentos que consideram seus modos de vida como “atrasados”, assim percebendo muitos homens e mulheres numa perspectiva primitiva de ser humano, sem considerar as suas capacidades refletidas na produção de saberes, poesia, música, religião, etc. (FREIRE, 2002).

Então, a partir de uma percepção integrada entre biodiversidade e o aspecto sociocultural refletida nos direitos da sociobiodiversidade (ARAUJO, 2013), o Direito é desafiado a ir além de um saber compartimentado vinculado a determinadas posturas políticas convenientes ao interesse do mercado, que perpetuam a desvalorização de povos e comunidades tradicionais. Tratar de estabelecer o devido reconhecimento e proteção aos mencionados direitos demanda um esforço em apreender a complexa e dinâmica realidade das implicações ecológico-jurídicas advindas do vínculo humano-ambiental, em termos de sociobiodiversidade.

Conforme Colaço e Damázio (2012), cultura e meio ambiente podem ser pensados através da antropologia jurídica, influenciando o âmbito do Direito pelos saberes locais. As referidas autoras afirmam que “estes diferentes saberes que surgem das lutas por justiça ambiental possibilitam criar um horizonte de alteridade a partir da própria alteridade, em uma relação decolonial da natureza” (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 177). Neste sentido, Araujo afirma que reconhecer os direitos da sociobiodiversidade desafia novas interpretações do ordenamento jurídico nacional, com o intuito de reafirmá-los e legitimá-los (ARAUJO, 2013, p. 288-289). Assim, necessária uma reflexão intercultural do Direito, para estabelecer o reconhecimento e encontro de diferentes culturas e seus saberes, denotando o contato entre culturas, estabelecendo a aproximação para a condução de formas de reconhecimento das identidades culturais, numa tomada de consciência do viver e conviver, ou seja, superar a exclusão do outro a partir de exigências comuns a todos e todas (ASTRAIN, 2010, p. 60).

Reflete-se então acerca das diferenças, da atenção necessária às inúmeras vezes silenciadas por manobras econômicas hegemônicas de um desenvolvimento, que reforça uma espécie de degradação humano-ambiental, explorando os recursos naturais em detrimento da cidadania de muitos povos e comunidades tradicionais. Para estabelecer uma existência dialogada entre as diferenças existenciais – culturas – é necessário à apreensão da complexidade da relação humano-ambiental, aqui traduzida na sociobiodiversidade brasileira.

Assim, torna-se relevante tratar e aprofundar a compreensão acerca do vínculo existencial entre humanidade e natureza, em termos de sociobiodiversidade, para entender e prevenir o surgimento de conflitos socioambientais, reforçando assim a condição de cidadania dos povos e comunidades tradicionais. Para tanto, necessária uma retomada crítica da forma como até então compreende-se a realidade brasileira no âmbito sociojurídico, frente as diversidades de culturas e diversidades naturais. De tal modo, continuamente, se reforça o compromisso – político, jurídico, acadêmico – com a proteção dos direitos da sociobiodiversidade, para além de uma racionalidade reducionista de apropriação dos recursos

naturais e conhecimentos tradicionais para a afirmação de um desenvolvimento resumido a crescimento econômico, como sinônimo de “progresso”.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade cultural e natura do Brasil é caracterizada pela diversidade. Em seu território encontram-se uma pluralidade de identidades culturais e significativa biodiversidade, que ao serem percebidas de forma vinculada revelam a sociobiodiversidade, de onde emergem direitos a serem reconhecidos e protegidos – os direitos da sociobiodiversidade. Ocorre que, muitos povos e comunidades tradicionais enfrentam a desvalorização e exclusão, redundando na indiferença social e na máxima lesão aos seus direitos ou não garantia dos mesmos, em consonância com as suas realidades. Frente a isto, necessária uma reflexão crítica a emergente proteção dos direitos da sociobiodiversidade, pois inadmissível o próprio Estado brasileiro desvalorizar a o seu cenário socioambiental, em nome de um “desenvolvimento” alheio as diversidades – natural, cultural, mas, sobretudo, de direitos.

Nesta perspectiva de degradação humano-ambiental, muitos conflitos socioambientais surgem e se perpetuam, uma vez que reforçados por medidas políticas dissonantes com a referida realidade do país. Além disto, infelizmente, muitas são as compreensões excludentes, percebendo os modos de vida sustentáveis das diferentes culturas como “atrasados”, logo, um entrave para o tão almejado “progresso”. Neste sentido, nega-se a identidade brasileira, de uma rica composição entre pessoas e natureza, nega-se a história, negam-se direitos e, com isto, se perpetuam injustiças no cenário socioambiental.

Portanto, mais do que nunca, é necessário evidenciar e estimular a valorização da realidade brasileira, em termos de sociobiodiversidade, nos mais diferentes contextos – econômico, jurídico, educacional, dentre outros. De tal modo, garante-se a condição de cidadania a todos e todas, quando em conformidade com a pluralidade existencial que denota o vínculo humano-ambiental destacado neste trabalho ao abordar a sociobiodiversidade do Brasil.

#### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. O Direito da Sociobiodiversidade. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (orgs.). **Direitos Emergentes na Sociedade Global: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM**. pp. 269 – 291. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

ASTRAIN, Ricardo Salas. **Ética intercultural: (re)leituras do pensamento latino-americano**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 1 jan 2019.

BRASIL. **Decreto nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)> Acesso: em 5 de jan. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm)> Acesso em 16 jan 2019.

CAVALHEIRO, Larissa Nunes; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Direito Ambiental e as diversidades natural e cultural no Brasil: direitos da sociobiodiversidade e sustentabilidade na Constituição brasileira. In: **Revista Interdisciplinar Contabilidade, Administração, Direito – RICADI**. Vol. 2, Janeiro/Julho 2017, pp. 137 – 154. Disponível em: <<http://urisaoluz.com.br/site/wp-content/uploads/2018/08/10-artigo-7-1.pdf>> Acesso em: 1 jan 2019.

CAVALHEIRO, Larissa Nunes; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. A (des)consideração do multiculturalismo pelo sistema de patentes e a emergência de uma efetiva proteção da sociobiodiversidade. In: **Propriedade intelectual, transferência de tecnologias e inovação**. Orgs. CONPEDI/UFSC. Coord. João Marcelo de Lima Assafim; Salete Oro Boff; Luiz Otavio Pimentel. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a372457bfef3916c>> Acesso em: 6 jan 2019.

CDB. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf\\_dpg/\\_arquivos/cdbport.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf)> Acesso em: 10 jan 2019.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **MC 382/10 – comunidades indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>> Acesso em: 10 jan 2019.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

DIEGUES, Antonio Carlos; Et. Al. **Biodiversidade e comunidades tradicionais no Brasil**. Disponível em: <<http://livroaberto.ibict.br/bitstream/1/750/2/Biodiversidade%20e%20comunidades%20tradicionais%20no%20Brasil.pdf>> Acesso em: 6 jan 2019.

DULLEY, Richard Domingues. Noção de natureza, ambiente, meio ambiente, recursos ambientais e recursos naturais. In: **Revista de Economia Agrícola**. v. 51, n. 2, pp. 15-26, 2004. Disponível em: <<http://www.iea.sp.gov.br/out/publicacoes/pdf/asp-2-04-2.pdf>> Acesso

em: 5 jan. 2019.

FREIRE, José Ribamar Bessa. **Palestra:** cinco ideias equivocadas sobre os índios. 2002.

Disponível em:

<[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/cinco\\_ideias\\_equivocadas\\_jose\\_ribamar.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/cinco_ideias_equivocadas_jose_ribamar.pdf)> Acesso em 19 jan 2019.

IBGE – 1, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **O Brasil no mundo.** Disponível em: Acesso em: 20 dez. 2020.

IHU, Instituto Humanitas Unisinos. **Belo Monte:** o símbolo da relação inescrupulosa entre governo federal e as empreiteiras. Entrevista especial com Felício Pontes Jr. 2019a Disponível em: <[http://www.ihu.unisinos.br/584432-belo-monte-o-simbolo-da-relacao-inescrupulosa-entre-o-governo-federal-e-as-empreiteiras-entrevista-especial-com-felicio-pontes-jr?fbclid=IwAR3pjezysK03U5OruqgD7CyU4A6XEWJNVfOXsij2eDPm7nRWGh1h\\_fkib1w](http://www.ihu.unisinos.br/584432-belo-monte-o-simbolo-da-relacao-inescrupulosa-entre-o-governo-federal-e-as-empreiteiras-entrevista-especial-com-felicio-pontes-jr?fbclid=IwAR3pjezysK03U5OruqgD7CyU4A6XEWJNVfOXsij2eDPm7nRWGh1h_fkib1w)> Acesso em: 23 jan 2019.

IHU, Instituto Humanitas Unisinos. **MPF pede ao Ministério da justiça medidas urgentes de proteção a comunidades indígenas sob ameaça de grileiros.** 2019b. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/586248-mpf-pede-ao-ministerio-da-justica-medidas-urgentes-de-protecao-a-comunidades-indigenas-sob-ameaca-de-grileiros?fbclid=IwAR01DBVA-s-p-ylFNZVfYmW5-1uvvEi46yoPuAG1tUxEFnHIZQ74tQsC2uA>> Acesso em 13 jan 2019.

IHU, Instituto Humanitas Unisinos. **Indígenas se mobilizam em Manaus contra MP 870.** 2019c. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/586230-indigenas-se-mobilizam-em-manaus-contram-p-870?fbclid=IwAR1Dqdq2IAiACA6NXC4n-vAk29WwCzJwgM57MuxYys48MX8BF4vU8Dtd6GQ>> Acesso em: 10 jan 2019.

IHU, Instituto Humanitas Unisinos. **Plano de Bolsonaro para demarcações indígenas pode parar na justiça.** 2019d. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/585797-plano-de-bolsonaro-para-demarcacoes-indigenas-pode-parar-na-justica>> Acesso em: 23 jan 2019.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura:** um conceito antropológico. 23 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

MALAGODI, Marco Antonio Sampaio. Conflitos Ambientais. In: **Encontros e Caminhos:** formação de educadoras(es) ambientais e coletivos educadores. Vol. 3, pp. 49 – 63. Org. Luiz Antonio Ferraro Junior. Brasília: MMA/DEA, 2014.

MENDES, Ana Beatriz Vianna. Protegendo diversidades: entre ambientes e culturas no Estado brasileiro. In: **Teoria e Sociedade:** Revista dos Departamentos de Ciência Política e Sociologia e Antropologia – UFMG. n. 19.2, pp. 80-111, Julho-Dezembro, Belo Horizonte: UFMG, 2011.

MIGLIEVICH RIBEIRO, Adelia Maria. Narrativa e reconciliação em “O Povo Brasileiro” de Darcy Ribeiro. In: **Naveg@mérica.** Revista electrónica de la Asociación Española de Americanistas. n. 5, 2010, pp. 481 – 495. Disponível em: Acesso em: 30 dez. 2022.

MMA, Ministério do Meio Ambiente. **Sociobiodiversidade no Brasil**. 2011. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/sds\\_dads\\_agroextra/\\_arquivos/apresentaosociobiodiversidade2011\\_65.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sds_dads_agroextra/_arquivos/apresentaosociobiodiversidade2011_65.pdf)> Acesso em: 6 jan 2019.

MMA – 2, Ministério do Meio Ambiente. **Biodiversidade brasileira**. s.a. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>> Acesso em: 10 jan 2019.

MMA - 3, Ministério do Meio Ambiente. **Biomassas**. Disponível em: Acesso em: 20 dez. 2020.

MORIN, Edgar. **Saberes Globais e Saberes Locais: o olhar transdisciplinar**. Participação: Marcos Terena. Rio de Janeiro: Gramond, 2010.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor**. São Paulo: Editora Senac, 2010.

**Submissão: 28/01/2019 Aprovação: 22/07/2023**

## O CONSTITUCIONALISMO CONTRA A SOBERANIA POPULAR: ELEMENTOS PARA A CRÍTICA DO PARADIGMA LIBERAL

### CONSTITUTIONALISM AGAINST POPULAR SOVEREIGNTY: ELEMENTS FOR THE CRITIQUE OF THE LIBERAL PARADIGM

Thiago Lemos Possas<sup>1</sup>  
Universidade de São Paulo

“Esse homem tinha a simplicidade de uma ideia. Só restavam nele ossos, carnes mortas e o Direito Puro. Um verdadeiro caso de possessão, pensei. Quando o direito se apodera de um homem, não há exorcismo capaz de expulsá-lo”. Jean-Paul Sartre, in: *A náusea*.

#### Resumo:

O presente artigo tem como objetivo construir uma visão panorâmica sobre as três principais vertentes inaugurais do constitucionalismo moderno (a inglesa, a francesa e a norte-americana), indicando seus principais elementos em comum, bem como suas idiosincrasias, além de apontar as incongruências entre democracia, soberania popular e poder constituinte e o paradigma liberal do Estado de Direito. A hipótese aqui buscada é a de que o constitucionalismo liberal, e o Estado Liberal de Direito, por conseguinte, serviram como instrumentos para a consolidação institucional do poder político de uma classe social em ascensão, a burguesia, e se direcionaram ao arrefecimento da energia emancipatória advinda dos eventos revolucionários de então. A versão inaugural do constitucionalismo se afirmou, destarte, contra o poder absoluto, mas também contra qualquer forma de poder popular. O presente texto busca discutir esta temática a partir de uma abordagem materialista, dialética e através da realização de uma pesquisa bibliográfica.

#### Palavras-chave:

Constitucionalismo. Democracia. Poder Constituinte. Revolução. Soberania Popular.

**Abstract:** This article aims to construct a panoramic view of the three main aspects of modern constitutionalism (English, French and North American), indicating its main elements in common, as well as its idiosyncrasies, besides pointing out the incongruities between democracy, popular sovereignty and constituent power, and the liberal paradigm of the rule of law. The hypothesis sought here is that liberal constitutionalism and the Liberal State of Law therefore served as instruments for the institutional consolidation of the political power of a rising social class, the bourgeoisie, and were directed to the cooling of the emancipatory energy coming from the revolutionary events of that time. The inaugural version of constitutionalism was, in fact, affirmed against absolute power, but against any form of popular power as well. The present text proposes this theme from a materialist and dialectical research and through the accomplishment of a bibliographical research.

#### Keywords:

Constitutionalism. Democracy. Constituent Power. Revolution. Popular Sovereignty.

## 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela Unesp. Bacharel em Direito pela UFMG. Professor Universitário (Jaboticabal - SP).

Este artigo abordará o período originário do constitucionalismo e do Estado de Direito, no contexto das mudanças políticas e sociais oriundas da atuação da classe burguesa, enquanto classe revolucionária, em busca de ascensão política.

Busca-se entender as diferentes experiências de formação estatal-constitucional em suas peculiaridades, bem como apontar a existência de ao menos uma continuidade nas diferentes lutas empreendidas pela burguesia: a busca de um modelo institucional que “terminasse” a revolução e arrefecesse a luta social nela mobilizada.

Mesmo a paradigmática Revolução Francesa, que operou uma verdadeira transformação semântica no vocábulo “revolução”, terminou com a reação termidoriana e com o sufocamento de qualquer possibilidade de se dar um passo além do liberalismo clássico e sua busca por limitação do poder (do Estado e do povo), bem como dar algum nível de concreção aos abstratíssimos direitos fundamentais de primeira dimensão.

O problema central a ser desenvolvido pode ser assim sintetizado: seja numa versão historicista, como a inglesa do séc. XVII, seja numa visão radicalmente ruptural, como na França do séc. XVIII, o ponto de chegada revolucionário sempre significou a consolidação da civilização burguesa contra o poder popular? O presente artigo busca responder a esta pergunta a partir de uma abordagem materialista, dialética e através da realização de pesquisa bibliográfica.

É o que se passa a desenvolver.

## **2. AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO**

Como demonstra Dalmo Dallari (1984, pp. 9-10) em primorosa síntese, a compreensão do constitucionalismo<sup>2</sup> passa pelo entendimento de um contexto histórico marcado pela ascensão de uma nova classe, ainda nos estertores da Idade Média, que não estava ligada aos laços tradicionais que compunham a sociedade estamental de então, mormente em seus estratos mais elevados, a nobreza e o clero, sendo estes detentores de privilégios e status social faltantes àquela. Os burgueses eram comerciantes sem poder político e vulneráveis ao cometimento das

---

<sup>2</sup>André Ramos Tavares (2012, p. 23) adverte sobre a existência de diversas acepções da expressão “constitucionalismo”: “O termo ‘constitucionalismo’ costuma gerar polêmica em função das diversas acepções assumidas pelo vocábulo ao longo do tempo. Pode-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”.

maiores injustiças em nome dos interesses daqueles que ocupavam, por seus laços sociais e de sangue, posição proeminente na sociedade. Seus corpos, suas famílias e suas propriedades eram destituídos de segurança jurídica, de garantias, e a posição social que ocupavam era inferior à dos dois mais altos estamentos. A despeito disso, a burguesia aproveitou a liberdade de ação que possuía e organizou sua atividade mercantil, expandindo-a, e então pôde amealhar propriedades e aumentar suas riquezas. Mudanças históricas do período também foram centrais para o desenvolvimento de um suntuoso poder econômico (já que, como dito, faltava o político) por parte desta nova classe em consolidação, como o crescimento das cidades e o desenvolvimento tecnológico que impactaria na produção manufatureira e tornaria possíveis as longas viagens marítimas. Todos estes acontecimentos fizeram enriquecer ainda mais a burguesia e tornaram os detentores do poder político cada vez mais dependentes de seus rendimentos, ao mesmo tempo em que a classe granjeava cada vez mais condições de pleitear também o poder político. Essa evolução da classe burguesa levou séculos para maturar, e ocorreu de formas diversas em localidades diversas, mas culminou em lutas revolucionárias em diversos países do Ocidente entre os séculos XVII e XVIII.

A luta empreendida pela classe burguesa no tempo histórico descrito, ainda segundo a interpretação de Dallari (1984, p. 11-12), buscou uma afirmação peculiar da liberdade e da igualdade entre as pessoas. A liberdade almejada se confundia, em parte, com a possibilidade de atuar com desprendimento no mercado através da celebração de contratos, realização de negócios e uso do patrimônio sem interferência estatal. Já a igualdade era confundida com o direito a participação na política e no governo, ter acesso à educação e a lugares na sociedade antes destinados exclusivamente ao estamento nobre, uma igualdade que se cingia ao formalismo da isonomia. O que se queria, na realidade, é que os endinheirados burgueses não fossem tratados como cidadãos de classe inferior, consoe ocorria nas sociedades estamentais. Almejava-se, ademais, a limitação do poder político, o que foi amplamente desenvolvido teoricamente nas obras dos pensadores liberais. A concentração excessiva de poderes nas mãos de uma só pessoa mostrou-se deletéria para os interesses burgueses e gerava corrupção e desconsideração pelos direitos dos governados, sendo premente uma engenharia institucional que equacionasse a distribuição de poderes. Tudo isso vinculado à possibilidade de racionalização do poder e da organização política da sociedade, tendo a “lei” assumido um lugar de destaque neste novo arranjo político. O que se desejava à época era que o exercício do poder político se calcasse na legalidade e não no arbítrio de um governante com poderes supremos, ou seja, o ideal de “um governo de leis e não um governo de homens”, sendo esta legislação o resultado espontâneo das interações sociais entre os cidadãos. Foi neste caldo cultural que

surgiu e se consolidou a defesa da relevância de uma Constituição no sentido moderno, texto que abarcaria alguns dos direitos fundamentais do indivíduo e que disciplinaria, ao mesmo tempo, o manejo do poder político e a racionalização do governo, vedando a concentração de poder nas mãos de um ou de alguns cidadãos apenas.

O constitucionalismo moderno, portanto, tem seu momento de consagração com as revoluções (burguesas) ocorridas na Europa (séculos XVII e XVIII) e Estados Unidos (1776), concomitantemente ao nascimento do Estado (Liberal) de Direito e à adoção de um modelo liberal na economia, havendo não apenas um, mas constitucionalismos diversos, como o francês, o inglês e o americano. É a teoria que impõe o princípio da limitação do governo como algo indispensável à garantia dos direitos fundamentais também plasmados no documento constitucional, inicialmente limitados aos direitos fundamentais de primeira dimensão. Numa outra acepção, o constitucionalismo moderno pode ser considerado um “movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político”, dando ensejo a uma “nova forma de ordenação e fundamentação do poder político” (CANOTILHO, 1998, p. 51, 52; Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 85). Certo é que a “essência desse constitucionalismo está na construção do individualismo e de uma liberdade individual, construída sobre dois fundamentos básicos: a omissão estatal e a propriedade privada”, não havendo neste primeiro momento uma conexão entre constitucionalismo e democracia (MAGALHÃES, 2006, p. 11-12 e 15).

Para Bercovici, há uma coincidência entre “a formação do Estado moderno e do constitucionalismo como vinculados à formação e desenvolvimento do capitalismo”, de modo que “capitalismo e Estado estão indissociavelmente ligados, são parte da mesma evolução histórica”. O ensejo de dar cabo aos processos revolucionários, afastando, conseqüentemente, a ameaça da soberania popular, será determinante para as constituições liberais estabelecidas no século XIX. Há, portanto, clara vinculação entre o constitucionalismo (e o próprio direito constitucional) e o liberalismo, sendo que o constitucionalismo do século XIX postou-se em confronto com a revolução e elementos dela decorrentes, tais como o poder constituinte, a soberania popular e o ideal de uma democracia mais ampla e radical (BERCOVICI, 2008, p. 44, 168, 176)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sintomática a mudança, no século XIX, da disciplina Direito Político para Direito Constitucional: “[...] Giovanni Tarello destaca as similaridades entre a codificação do direito privado e a codificação constitucional. A concomitância de ambos os processos permitiria que a atividade do jurista passasse a ser uma atividade técnico-cognitiva, não mais prático-valorativa. O jurista se tornou um técnico, muito mais do que um político. Esta tecnicização da profissão jurídica, segundo Tarello, acabou desresponsabilizando o jurista politicamente. Não por

### 3. ESTADO E CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

A fórmula do “Estado de Direito”, segundo Pablo Lucas Verdú, apresenta uma enorme pretensão, qual seja, a de que tudo relativo ao Estado seja presidido por normas jurídicas, sendo toda a atividade estatal ajustada ao que determina a lei. Neste sentido, os “homens de lei” estariam convencidos da capacidade do Direito para conformar as relações sociais. A formação do Estado de Direito, destarte, remeteria ao processo de formalização do Direito, que se iniciou em meados do século XVI, através da qual há a inscrição da instituição estatal numa espécie de “juridicidade” que tem como ponto central a lei como “esquema geral, formal e obrigatório” amparado no poder do Estado. A isso se somaria o “elemento material” composto pelos direitos do homem, como vida, propriedade e liberdade, bem como a separação de poderes como elemento garantidor destes direitos inatos. Destarte, o Estado deveria se submeter ao Direito e, deste modo, garantiria a proteção aos princípios fundamentais estipulados pelo pensamento liberal que servem de fundamento à ideia de Estado de Direito, ao menos em sua caracterização primeira, o que só poderia ocorrer diante da consolidação de uma sociedade eminentemente burguesa, que elevasse seus valores ao patamar de princípios a serem consagrados e protegidos pela institucionalidade estatal (VERDÚ, 2007, pp. 1, 4, 5).

O paradigma<sup>4</sup> do Estado Liberal de Direito estabeleceu, enquanto Estado Constitucional, algumas premissas essenciais para sua conformação (VERDÚ, 2007, pp. 13-14):

---

acaso, a ideia de um direito político vai ser paulatinamente substituída e neutralizada por um direito constitucional, noção originária do século XIX. Inserida neste movimento, foi criada a cadeira de “droit constitutionnel” na Universidade de Paris, pela ordenança de Guizot de 22 de agosto de 1834, assumida pelo italiano Pellegrino Rossi. A partir de então, o uso da expressão “droit constitutionnel” se tornou mais frequente e, aos poucos, substituiu a expressão “droit politique”, em um esforço de “juridificação” da disciplina” (BERCOVICI, 2009, p. 506).

<sup>4</sup>O conceito de “paradigma” foi tratado pelo cientista norte-americano Thomas Kuhn em sua obra, hoje clássica, “A estrutura das revoluções científicas”. Nela, Kuhn (1998) assim se posiciona na definição de seu influente conceito, após mencionar relevantes trabalhos científicos: “esses e muitos outros trabalhos serviram, por algum tempo, para definir implicitamente os problemas e métodos legítimos de um campo de pesquisa para as gerações posteriores de praticantes da ciência. Puderam fazer isso porque partilhavam duas características essenciais. Suas realizações foram suficientemente sem precedentes para atrair um grupo duradouro de partidários, afastando-os de outras formas de atividade científica dissimilares. Simultaneamente, suas realizações eram suficientemente abertas para deixar toda a espécie de problemas para serem resolvidos pelo grupo redefinido de praticantes da ciência. Daqui por diante deverei referir-me às realizações que partilham essas duas características como ‘paradigmas’, um termo estreitamente relacionado com ‘ciência normal’”. Mário Lúcio Quintão Soares (2001, p. 16) resgata a teoria de Kuhn, remetendo seu conceito principal à teoria do Direito e do Estado de maneira didática: “A noção de paradigma foi construída por THOMAS KHUN, que estabeleceu esquema hermenêutico com base na observação da estrutura das revoluções científicas. Para essa compreensão, cada disciplina científica resolve seus problemas epistemológicos de acordo com seus pressupostos metodológicos, convenções lingüísticas e experimentos. Desse modo, paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modernas para uma comunidade de praticantes de uma ciência. Neste sentido, segundo HABERMAS, a expressão paradigma compreende as visões paradigmáticas, as imagens-modelo, que uma

- a) Primazia da lei, que regula toda a atividade estatal, tanto na esfera executiva quanto no âmbito jurisdicional; entenda-se a lei em sentido formal, elaborada por órgãos legislativos do Estado (nas democracias liberais, pelo parlamento); formalmente, os cidadãos são iguais perante a lei;
- b) um sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade;
- c) legalidade da Administração Públicas, estabelecendo-se o sistema de recursos (contra as suas decisões) correspondente;
- d) separação dos poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos – essa separação pode ser interpretada de diferentes modos;
- e) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos;
- f) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional;
- g) em alguns casos, controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo – esse controle se efetua de várias formas, segundo a realidade de cada país.

Em sua origem, o que pode ser destacado, conforme doutrina de Elías Díaz (1975, p. 22-26), é que a burguesia institucionalizou juridicamente um tipo estatal adequado aos seus interesses, que é precisamente esta primeira conformação de um Estado de Direito, de cariz liberal. Segundo o autor, a Revolução Francesa, enquanto uma revolução da burguesia, seria o marco do fim do absolutismo monárquico e a instauração de regimes tipicamente liberais, passando-se de sociedades marcadamente estamentais para sociedades divididas em classes sociais. Neste contexto histórico situa-se o início da generalização da fórmula posteriormente batizada como Estado de Direito. A Declaração francesa de 1789, que trazia elementos centrais do edifício institucional liberal a ser construído e disseminado, continha em seu âmago insuficiências patentes do liberalismo clássico, já que o documento funcionava como expressão ideológica do triunfo da burguesia, erigindo a propriedade privada ao patamar de “derecho inviolable y sagrado” em seu artigo 17. Ou seja, consagrava-se a proteção de direitos burgueses em detrimento dos direitos e liberdades daqueles que não figuravam como possuidores, o proletariado e o campesinato.

Elías Díaz (1975, pp. 29-43) aponta, no mesmo sentido, alguns elementos basilares ao Estado de Direito: o “império da lei”, sendo a “lei” expressão da vontade geral; a divisão de poderes: executivo, legislativo e judiciário; a legalidade da Administração Pública; e, por fim, os direitos e liberdades fundamentais.

---

determinada comunidade jurídica acolhe para questão de como podem ser realizados o sistema de direitos e os princípios do Estado de direito no contexto percebido de uma dada sociedade”.

O império da lei constituiria o pilar fundamental do Estado de Direito. A lei referida diz respeito à norma que emana dos órgãos populares representativos e que dariam vazão à vontade geral. Estas leis se subordinariam à Constituição, havendo para a garantia desta conexão e subordinação o controle de constitucionalidade. Na verdade, havia uma limitação evidente na expressão da vontade popular através da legislação no Estado Liberal de Direito. A lei figurava, segundo o jurista espanhol, muito mais como expressão da vontade da burguesia. Já com relação à separação de poderes, houve a preocupação com a construção de um regime político-jurídico de divisão bem demarcada das funções a serem exercidas pelos diferentes poderes. Evidentemente, essa divisão não ocorria de forma absoluta num isolamento total entre os poderes incomunicáveis, mas por meio de uma equilibrada distribuição de funções e poderes, com relações, controles e intervenções mútuas. O objetivo era, evidentemente, evitar a concentração dos poderes nas mãos de um único poder ou pessoa, dadas as reminiscências do período absolutista que ensejou a luta social pela demarcação legal do poder do Estado (DÍAZ, 1975, pp. 29-35).

Outro elemento elencado por Elías Díaz (1975, pp. 35-43), para a configuração do Estado de Direito, é o da legalidade da Administração Pública, ou seja, a exigência de submissão do corpo burocrático do Estado às determinações normativas. Este pilar marca a relação de primazia da lei, à qual deverá se ajustar toda atuação administrativa. Todos seus atos deverão estar respaldados na legislação vigente, sendo o ordenamento jurídico o marco e o fundamento de toda atuação estatal. Há preocupação com controle e a responsabilidade da Administração como forma de se assegurar seu comportamento em conformidade com o direito e, conseqüentemente, que se garanta a segurança jurídica ao cidadão. Por fim, há o derradeiro elemento basilar do Estado de Direito que é a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, que figurariam como exigências éticas conquistadas nas lutas sociais e que constituiriam, também, elemento central de legitimação do Estado. Claro está que o liberalismo clássico, centrado no individualismo burguês, não conferiu aos direitos fundamentais (liberais) garantia suficiente e que estes funcionavam como direitos adstritos à burguesia, já que só formalmente (e às vezes nem assim) eram concedidos à classe trabalhadora. O sistema capitalista no qual se situou o Estado Liberal protegia com muito mais eficácia a liberdade, a segurança jurídica e a propriedade burguesa que qualquer pretensão de igualdade.

#### **4. EXPERIÊNCIAS HISTÓRICAS DO ESTADO DE DIREITO E DO CONSTITUCIONALISMO**

Os compêndios jurídicos, em geral, trazem as três experiências centrais<sup>5</sup> para o desenvolvimento histórico do que se convencionou chamar de “constitucionalismo” e “Estado de Direito”, ambos consentâneos e tributários da tradição filosófico-política do liberalismo clássico.

São duas as experiências históricas mais grandiosas para estes temas: a norte-americana e a francesa. Mas não se pode negligenciar o pioneirismo e as peculiaridades contidas no constitucionalismo e na formação do Estado de Direito na Inglaterra.

#### *a) Experiência Inglesa*

O constitucionalismo inglês surge simbolicamente com a *Magna Carta*, documento paradigmático enquanto carta de liberdades elaborada ainda no período do medievo, que serviu como base para os desenvolvimentos dos direitos de liberdade, posteriormente, e que consistiu numa iniciativa dos senhores feudais direcionada contra o rei João Sem Terra, que se encontrava em momento de fragilidade política em virtude de recente e desafortunado conflito bélico diante de Filipe Augusto da França. Serviu, ainda, como gérmen da experiência constitucional inglesa marcada por três importantes atores institucionais: o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns, cujo protagonismo se alternou marcando a evolução político-jurídica do país. Resumidamente, já que o objetivo não é a reconstituição da história inglesa, mas tão somente a evocação de alguns elementos centrais ao tema em comento, no interregno que vai do início do século XIII até o XVII há predomínio do poder monárquico e da autoridade do rei. Entre os séculos XVII, em cujo final ocorre a Revolução Gloriosa, e meados do XIX, há uma período que pode ser caracterizado como aristocrático, em virtude da prevalência da Câmara dos Lordes em termos político-institucionais. E, por derradeiro, desde o final do século XIX até os dias atuais o que se verificou foi a primazia dada à Câmara dos Comuns, caracterizando, assim, o período democrático (MAGALHÃES, 2006, p. 125; ZIPPELIUS, 1997, p. 421).

Especificamente com relação ao seu período originário, que mais de perto interessa ao presente artigo, Canotilho (1998, p. 54-56) classifica o constitucionalismo inglês moderno como representante do modelo historicista, que pode ser caracterizado a partir de três pontos centrais: a proteção de “direitos adquiridos fundamentalmente traduzida na garantia do ‘binômio subjectivo’ *liberty and property*”; o segundo ponto diz respeito a “estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos

---

<sup>5</sup> Ainda sobre a história do constitucionalismo, consultar os textos de André Ramos Tavares (2012, pp. 25-39), Luís Roberto Barroso (2009, pp. 10-32) e Daniel Sarmiento (2004, pp. 375-414).

enquanto membros de um estamento”; e, por fim, a “regulação destes direitos e desta estruturação através de contratos de domínio do tipo da *Magna Charta*”. Evidentemente, o que ficou para a posteridade do constitucionalismo foram aspectos advindos da evolução destes “momentos constitucionais”, restando daí que a “liberdade radicou-se subjectivamente como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário”, a imposição da criação de um *due processo of law* com demarcações normativas para o consecução de um “processo justo”, as quais deveriam disciplinar a privação da liberdade e da propriedade e, ainda, que as “leis do país” (*laws of the land*) deveriam ser interpretadas e “reveladas” pelos juízes que vão construindo, assim, o “direito comum” (*common law*) dos ingleses. Forma-se, outrossim, segundo o citado constitucionalista, uma “constituição mista” em que a soberania parlamentar “exprimirá também a ideia de que o ‘poder supremo’ deveria exercer-se através da forma de lei do parlamento”, componente essencial da formação de um princípio basilar ao constitucionalismo, *the rule of law*.

Portanto, a “domesticação do domínio político” pelo direito se deu de forma peculiar na Inglaterra, centrando-se na fórmula do *Rule of Law* que possuiria quatro dimensões centrais: a necessidade da observância de um devido processo legal quando da necessidade de julgamento e punição direcionada a qualquer cidadão, dando seguimento à tradição que remonta à *Magna Carta* (1215); a preeminência das leis e costumes do país em detrimento da discricionariedade do poder monárquico; a submissão dos atos executivos à soberania do Legislativo; e, por fim, o igual acesso aos tribunais para que qualquer cidadão pudesse defender seus direitos (segundo a *Common Law*) diante de quaisquer entidades ou indivíduos (CANOTILHO, 1998, p. 87-88).

O *Bill of Rights* inglês, promulgado em 1689, foi pioneiro ao acabar com o absolutismo monárquico, marcado por um poder desmedido que emana da autoridade real e em nome dela é exercido. Continha garantias direcionadas tanto ao Parlamento quanto aos cidadãos que passaram a ter direito de dirigir petições ao rei, de exercer sua fé protestante, à proteção contra aplicação de penas excessivas e cruéis, entre outras coisas. O poder de legislar e criar tributos saiu da esfera de atuação real passando a ser de exclusiva competência parlamentar. Ou seja, a monarquia é mantida, mas as prerrogativas reais são juridicamente limitadas, o que significa o fim do regime absolutista em prol de uma monarquia parlamentar em que há uma série de garantias especiais aos parlamentares para que possam exercer suas atividades a contento e com liberdade assegurada diante da monarquia. Assim, a declaração de direitos inglesa, mesmo não sendo uma declaração de direitos humanos, institucionalizou a separação de poderes no Estado convertendo-se numa “garantia institucional”, já que determina uma maneira de organização estatal cuja finalidade última é proteger os direitos fundamentais dos indivíduos e,

consequentemente, desembaraçar as atividades mercantis burguesas antes submetidas aos desejos e interesses do monarca absoluto, o que levou ao apoio em larga escala por parte dos comerciantes ingleses à Revolução Gloriosa (COMPARATO, 2010, p. 105-107; ZIPPELIUS, 1997, p. 423).

Vale mencionar, por fim, a polêmica questão sobre a existência ou não de uma “constituição” inglesa, ou seja, se efetivamente a experiência britânica representou um “constitucionalismo sem constituição”. Para José Luiz Quadros de Magalhães (2006, pp. 126-128), o equívoco, neste ponto, reside em reduzir a constituição ao aspecto formal, “não compreendendo que Constituição pode até ser forma e pode até ser matéria específica, historicamente localizada, mas seu único elemento permanente é a sua hermenêutica”. E os diplomas jurídicos consagrados na história inglesa trouxeram, indubitavelmente, os elementos tidos como requisitos para a configuração de uma “constituição” e de um Estado de Direito, mesmo que no caso daquela não haja um texto específico com as formalidades obedecidas em outras constituições de outros países. Destarte, a “constituição inglesa” existiu (e existe) e pode ser compreendida a partir de um “tripé” que se inicia com a *Magna Carta* no século XIII: além dela, as leis escritas produzidas pelo parlamento (*Statute Law*) que tratam de matéria constitucional, como a limitação do poder estatal e a sua organização estrutural, assim como a consagração de alguns direitos fundamentais da pessoa; as decisões judiciais compreendidas em duas espécies diferentes, a saber, o *Common Law* e os *Cases Law*; e, ainda, as Convenções constitucionais que seriam acordos verbais de conteúdo constitucional efetuados no âmbito do parlamento. Ou seja, constituição há, mas de extrema complexidade em sua conformação, diferenciando-se das experiências tradicionais do constitucionalismo que deram ensejo a textos com conteúdo e forma constitucionais.

#### *b) Experiência Norte-Americana*

Diferentemente do constitucionalismo inglês, o norte-americano foi marcado pela presença de um poder constituinte originário que erigiu, em 1787, um texto (formalmente) constitucional, incorporando o seu *Bill of Rights* ao texto originário por meio das dez primeiras emendas constitucionais. Além da formalização de um catálogo de direitos fundamentais, o constitucionalismo norte-americano criou um sistema presidencial de governo, o federalismo, o controle difuso de constitucionalidade e uma Suprema Corte a figurar como a guardiã do texto constitucional e como expressão da sistemática liberal de controle entre os diferentes poderes. Mas, mesmo antes disso, o *Bill of Rights of Virginia*, de junho de 1776, já havia se convertido

em padrão a ser seguido pelos outros Estados da União. Esta declaração estipulava, entre outras coisas, alguns direitos naturais ao homem (“inatos”), como o gozo da vida e da liberdade, a possibilidade de ser proprietário e da obtenção da felicidade e da segurança, além da liberdade de imprensa e de culto religioso (MAGALHÃES, 2006, p. 132-133; ZIPPELIUS, 1997, p. 426).

Para Bernard Bailyn (2003, p. 283, 285), “a Constituição norte-americana é a expressão final e o clímax da ideologia da Revolução Norte-Americana”, ideologia esta que, inicialmente, centrou-se na aversão ao poder centralizado e na crença de que para que estados livres não se degenerem em tiranias a vigilância por parte de um eleitorado instruído e livre é fundamental, assim como seu funcionamento por meio de instituições que proporcionem equilíbrio em detrimento da concentração de poder.

Mas havia aí um problema adicional, referente ao próprio processo revolucionário que deveria ter um ponto de chegada, para que não se eternizasse a luta política e a instabilidade dela advinda. Bruce Ackerman (2006, p. 237-238), a este respeito, entende que o “Federalista” trouxe, no contexto, uma nova tentativa de solucionar a espinhosa questão da legitimidade revolucionária, que envolve a rejeição da ideia de uma revolução permanente e realça a atividade política de ordem pública, que se caracterizaria como um ato de sacrifício dos interesses privados dos cidadãos em prol do bem comum. Rejeita, por outro lado, a “amnesia revolucionária”, mas adverte que o engajamento popular deve ocorrer em contextos históricos bem demarcados, períodos de “criatividade constitucional” em que a voz popular se faz ouvir de maneira especial. Mas não é o que deve ocorrer rotineiramente, quando os governantes não devem se colocar como representantes do povo em sua integralidade, não sendo restringidos em suas ações, portanto, pelo modelo constitucional imposto nos períodos de mobilização popular supramencionados.

Os autores de “O Federalista”, Hamilton, Jay e Madison, discordavam entre si em diversos pontos, e tinham reservas a pontos específicos da Constituição proposta, mas “concordavam, no entanto, que a Constituição elaborada pela Convenção Federal oferecia um ordenamento político incontestavelmente superior ao vigente sob os Artigos da Confederação”, consistindo seus esforços teóricos no texto histórico mencionado como uma defesa à ratificação da Constituição, bem como a explicitação da teoria política<sup>6</sup> a embasar o novo texto constitucional (LIMONGI, 2011, p. 188).

---

<sup>6</sup> A este respeito, assevera Fernando P. Limongi (2011, p. 188) que “o desafio teórico enfrentado por ‘O Federalista’ era o de desmentir os dogmas arraigados de uma longa tradição. Tratava-se de demonstrar que o espírito comercial da época não impedia a constituição de governos populares e, tampouco, estes dependiam exclusivamente da virtude do povo ou precisavam permanecer confinados a pequenos territórios. Estes postulados são literalmente invertidos. Aumentar o território e o número de interesses é benéfico à sorte desta forma de

*Publius*<sup>7</sup> (ACKERMAN, 2006, p. 244-245, 251-252) não adere à ideia de uma “revolução permanente”, sendo que a Convenção possuiria credibilidade para representar a população apenas em circunstâncias bastante peculiares. Há aqui a rejeição da possibilidade de desenvolvimento de uma política mobilizada da cidadania brotando sob determinações normativas. Mesmo porque, a invocação popular constante levaria à destruição do modelo constitucional pelo egoísmo e pelas paixões de algumas facções, sendo as mais poderosas destas capazes de usar seu poder com a justificativa da representação popular. Daí o realce da representação política como o ponto de triunfo dos norte-americanos em comparação às experiências fracassadas dos “antigos governantes”. A defesa aqui reside no fato de que tal governo representativo apresenta a vantagem de conseguir equalizar uma multidão de diferentes crenças religiosas e interesses econômicos e, embora esta diferença pudesse ser instrumentalizada pelas “facções” mais poderosas, a supressão das mesmas traria um peso descomunal na perda da liberdade. O que *Publius* está propondo aqui é que haja preservação dos princípios da Revolução Americana através da construção de um arcabouço constitucional que possibilite o estabelecimento da representação. E o que se atinge em suas construções, por outro lado, é a própria defesa da representação em detrimento da democracia nos moldes clássicos, da antiguidade.

Ackerman (2006, p. 261) demarca bem a posição representada por *Publius*: “ele” era um representante de uma população de comerciantes, agricultores, artesãos que empreenderam um evento “revolucionário” para a defesa da vida, da liberdade e da propriedade, e não por nenhuma concepção igualitarista (materialmente) ou mesmo para o fim da escravidão. Não eram esses os interesses que moviam os revolucionários que, como *Publius*, tinham uma posição social a ser mantida contra os desmandos da coroa inglesa, e não um mundo novo a ser criado.

A Revolução Americana, que não teve nem de longe o mesmo alcance revolucionário da experiência francesa a ela posterior, estabeleceu a independência das treze colônias britânicas da América do Norte em 1776, que representou, segundo Comparato (2010, p. 63-64, 111-113, 120), o “ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito

---

governo. Pela primeira vez, a teorização sobre os governos populares deixava de se mirar nos exemplos da Antiguidade, iniciando-se, assim, sua teorização eminentemente moderna”.

<sup>7</sup> Segundo Fernando Papaterra Limongi (2011, p. 187), “‘O Federalista’ é fruto da reunião de uma série de ensaios publicados na imprensa de Nova York em 1788, com o objetivo de contribuir para a ratificação da Constituição pelos Estados. Obra conjunta de três autores, Alexander Hamilton (1755-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1829), os artigos eram assinados por *Publius*”.

aos direitos humanos”. Estabeleceu-se, em solo americano, a igualdade dos homens diante da lei, numa sociedade que rechaçou com veemência a conformação aristocrática europeia e a sua divisão da sociedade em estamentos rigidamente apartados. Claro está que a igualdade em comento não ultrapassou os limites do formalismo jurídico, não ensejando uma efetiva igualdade material, socioeconômica. Mas, por outro lado, favoreceu o desenvolvimento econômico burguês-capitalista num ambiente de abolição das prerrogativas estamentais e de livre circulação de mercadorias num mercado unificado. A igualdade jurídica exercia, neste contexto, função precípua na garantia da livre concorrência, e o regime político então estabelecido não poderia ser outro que não uma democracia tipicamente burguesa, que deu vazão ao “espírito empresarial” e à “paixão do lucro”, sendo que depois de aproximadamente dois séculos os Estados Unidos se transformaram na maior potência capitalista mundial. A democracia moderna que nasce nesse contexto é a democracia dos proprietários ricos contra o regime estamental, e não uma democracia social que amparasse os pobres. Os Estados Unidos nasceram afirmando a liberdade, especialmente de opinião e religião, a igualdade em seu aspecto jurídico, tão somente, mas negligenciou o terceiro elemento fundamental das promessas da modernidade: a fraternidade sucumbiu diante da afirmação de um empedernido individualismo.

Comparato (2010, p. 119, 123) lembra, ainda, que a relevância da Declaração de Independência americana reside no reconhecimento da legitimidade da soberania popular ao lado da existência de direitos que seriam atributos intrínsecos de todos os homens. As declarações de direitos norte-americanas confirmaram, entre outras coisas, a tendência do desenvolvimento histórico principalmente europeu, desde ao menos o fim da Idade Média, estabelecendo a autonomia dos indivíduos para além das famílias, dos estamentos ou da religião aos quais pertenciam. O Estado Liberal erigiu, em lugar destes vetustos mecanismos de segurança para as pessoas a eles pertencentes, a *legalidade* como eixo central da proteção individual. Destarte, as declarações de direitos americanas consagraram, fundamentalmente, direitos individuais, o que reverbera até o presente momento na tradição do pensamento político e jurídico estadunidense.

Os norte-americanos, deste modo, não desencadearam um movimento de “reestruturação” dos antigos direitos e liberdades e da constituição inglesa, a despeito de almejarem a reafirmação de direitos (*rights*), pois a experiência inglesa engendrara um parlamento soberano “tirânico”, em certa medida, já que havia instituído impostos sem a devida representação política (o histórico questionamento acerca do *taxation without representation*). Era premente, portanto, a elaboração de uma constituição que estabelecesse garantias aos

cidadãos perante as leis advindas do parlamento, e que seria a materialização de uma decisão tomada pelo povo americano (*We the People*). Povo este que era responsável por poucas, raras decisões, mas decisões em “momentos constitucionais” através do exercício de um autêntico poder constituinte, enquanto ao governo caberia tomar decisões frequentemente, numa combinação nomeada por alguns como “democracia dualista”. Neste ponto, há patente diferença com relação à experiência do constitucionalismo francês, na medida em que a ideia aqui não é a construção de um soberano outro (como a “Nação”), mas justamente o engendramento de um governo limitado por normas jurídicas escritas concebidas como lei superior (constituição). A constituição seria, destarte, um acordo popular que institui um governo submetido à lei maior. Neste contexto, o poder judicial é alçado a verdadeiro defensor da constituição através do *judicial review*, o controle de constitucionalidade das leis realizado pelos juízes. É a grande inovação trazida pela experiência do constitucionalismo americano a constituição enquanto lei suprema (*paramount law*), diferente da experiência inglesa de onipotência parlamentar e, de outro lado, da experiência francesa que acabou por descambar para uma onipotência da lei. Assim, o constitucionalismo norte-americano consagrou, a partir do início do século XIX, o princípio da supremacia da Constituição como elemento basilar de seu sistema jurídico, tendo como evento paradigmático o caso *Marbury v. Madison* de 1803, precedente que também consignou o princípio da *judiciabilidade* de qualquer direito amparado no texto constitucional (CANOTILHO, 1998, p. 58-60; BERCOVICI, 2008, p. 121; COMPARATO, 2010, p. 125-127).

Canotilho também aponta que a fórmula do “império do direito” desenvolvida nos Estados Unidos também apresentou singularidades. Figurou em sua centralidade a ideia de *always under law*: “o Estado Constitucional arranca, desde logo, do direito do povo fazer uma lei superior (*higher lawmaking*), ou seja, uma constituição onde se estabelecessem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites”, na qual se incluem os direitos e liberdades dos cidadãos positivados nesta *higher law* consagrada no documento constitucional. Outro aspecto central ao modelo de Estado de Direito estadunidense é a associação da “juridicidade do poder à justificação (*justifying*) do governo”, ou seja, não basta qualquer justificação do poder, mas “as razões do governo devem ser razões públicas que tornem patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições”. É um governo inteiramente subordinado à lei (*government under law*). Assim, a aceitação e justificação do “governo” estão necessariamente vinculadas ao cumprimento da “obrigação jurídico-constitucional de governar segundo leis dotadas de unidade, publicidade, durabilidade e antecedência”. Por fim, o terceiro pilar desta conformação de Estado está relacionado ao Poder Judiciário, que deve ser constituído por juízes

enquanto agentes do povo sobre os quais repousa a confiança na proteção à justiça e aos direitos contidos na lei superior, podendo para isso, inclusive, “desaplicar” as “más leis” do governo (*judicial review of legislation*) (CANOTILHO, 1998, p. 88-89).

### *c) Experiência Francesa*

A “revolução americana”, de modo similar à Revolução Gloriosa do fim do século XVII, redundou numa espécie de “restauração” das antigas prerrogativas da população norte-americana. Já o evento francês de 1789 operou uma radical “mudança semântica” no vocábulo “revolução” que passou, então, a designar uma reformulação integral das estruturas sociais e políticas, ou seja, a criação não apenas de um regime político, mas de uma sociedade como um todo, e das relações de poder que a conformam. É, portanto, a partir da Revolução Francesa que surge a “concepção moderna e profunda de revolução”, enquanto evento ruptural, mudança total de toda ordem jurídico-política, e não somente uma mudança constitucional. É justamente no século XVIII que o vocábulo ganhará a conotação de “ruptura com o passado e como intenção consciente de mudar o mundo”, tendo a crença no progresso da humanidade como ponto central. A experiência revolucionária francesa, destarte, foi marcada por um profundo universalismo, na medida em que os revolucionários colocavam-se na posição de “apóstolos de um novo mundo” que se espraíaria por todos os povos e por toda posteridade (COMPARATO, 2010, p. 141, 146; BERCOVICI, 2008, p. 94, 95, 134).

Canotilho realça que, enquanto a narrativa historicista é a chave apropriada para a leitura da formação da “constituição” inglesa, a mesma não serve para a análise da experiência do constitucionalismo revolucionário francês, com suas categorias políticas expressas em “palavras de combate”, como “estado, nação, poder constituinte, soberania nacional, constituição escrita”. O constitucionalismo inglês, a despeito de acabar com o absolutismo monárquico, não acabou totalmente com a sociedade (e o direito) estamental forjada no medievo. A experiência francesa revolucionária almejava a construção de uma “nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma qualquer ordem jurídica estamental”. Rompe-se radicalmente com o Antigo Regime e sua lógica de divisão em estamentos a partir do estabelecimento da igualdade essencial entre os homens, enquanto indivíduos, ao menos diante das leis. Há, ademais, outra repercussão digna de nota ínsita ao individualismo na *artificialidade* da nova ordem erigida pelos homens: “a ordem política é querida e conformada através de um contrato social assente nas vontades individuais

(tal como defendiam as doutrinas contraturalistas)”. Para além da afirmação dos direitos do indivíduo e da artificialização da ordem política há um terceiro elemento apontado como imbricação destes dois elementos: o “construtivismo político-constitucional”. Havia a necessidade de elaboração de uma constituição escrita que consagrasse os direitos e estabelecesse as balizas jurídicas ao poder político. Quem deve “fazer” tal documento? Deve ser um “poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autónoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a constituição” (CANOTILHO, 1998, p. 56-58).

A experiência francesa apresentou, conforme interpretação de Keith Michael Baker (1989, p. 521-523), um elo fundamental entre Revolução e Constituição em seu início. Enquanto no caso americano a tradução da vontade revolucionária se deu com a formação de uma ordem constitucional estável, o francês foi marcado pela existência de uma “brecha” cada vez maior entre Revolução e Constituição, o que dificultou enormemente a fiel tradução do evento revolucionário num texto normativo. Houve, ainda, uma intensa disputa entre duas concepções radicalmente diversas de constituição: de um lado, os defensores de uma Constituição monárquica tradicional; de outro, aqueles que entendiam que a França não possuía uma Constituição já que nunca havia conseguido estabelecer uma vontade política durável que desse ensejo à fixação da mesma. Havia mesmo certa hesitação na definição do termo, na medida em que, ao longo do século XVIII, as leituras oscilavam entre constituição enquanto instituição, estabelecimento e, lado outro, como modo de existência, disposição de uma entidade, ou seja, o arranjo já existente entre as partes de um todo (seja o corpo humano ou o corpo social). Exemplo da primeira concepção acerca do termo é a leitura realizada por Montesquieu, arrimada na experiência revolucionária inglesa, em que “constituição” figura como vocábulo que serve para descrever a ordenação essencial de um Estado, seu modo de existência política e a maneira na qual os poderes entram na conformação do governo.

O embate travado no contexto revolucionário francês girava em torno da questão: “devia a Constituição ser restaurada ou criada?”. Não cabe aqui descrever todo o debate entre partidários de Sieyès ou de Rousseau, de um lado, ou mesmo das concepções tradicionalistas, de outro, o que já foi sobejamente descrito por diversos teóricos da constituição. O cerne aqui é justamente a disputa semântica supramencionada, e os impactos históricos evidentes que ambas as acepções podem ensejar. A opção vencedora, ao menos num primeiro momento, já é de conhecimento de todos: a decisão da Assembleia de que uma Declaração de Direitos precederia a Constituição deixou patente a opção por uma constituição a ser criada, tendo seus princípios fundamentais consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, servindo de pilar para a posterior elaboração do texto constitucional, o que não eliminou certa

ambiguidade na leitura e interpretação dos mesmos. Foram estabelecidos limites explícitos ao exercício do poder, com a finalidade de rechaçar seu uso arbitrário (estabelecimento de direitos e da separação de poderes), a vontade geral ganhou proeminência, sendo sua expressão garantida na Declaração, e devendo ocorrer através da “lei” (patente influência da teoria rousseauiana) e, também, a consagração da fórmula de Sieyès de que toda autoridade emanaria expressamente da “Nação”, nela residindo o princípio de toda a soberania. A vagueza de tais determinações é evidente e possibilitou disputas nos eventos revolucionários posteriores, mormente no que se refere à problemática da relação entre “vontade geral” e sua relação constante com um governo instituído (BAKER, 1989, p. 525-527).

Fato é que, segundo Canotilho, a elaboração teórica em torno do Estado constitucional francês teve como base a proposição de um ordenamento jurídico hierarquizado, o que serve de modelo para os Estados constitucionais até o presente. Esta construção hierárquica começava com a “Declaração dos Direitos Universais do Homem e do Cidadão”, de 1789, em seu ápice, seguida pela Constituição francesa (1791), pelas leis e, em sua base, os atos executivos de aplicação das leis. No entanto, a despeito desta ser a estrutura teoricamente elaborada para o ordenamento jurídico francês, o Estado se transformou num simples Estado Legal (*L'État légal*), conferindo na prática a preeminência da lei sobre os demais espécimes normativos. Ou seja, “a supremacia da constituição foi neutralizada pela supremacia da lei”, conformando um verdadeiro “Estado de Legalidade”, assentado na doutrina da soberania nacional manifestada pela assembleia legislativa francesa. A superioridade da lei com vistas à submissão do poder político ao direito, neste caso, manifestou-se por três aspectos centrais: a garantia dos cidadãos de que apenas o órgão representativo da vontade geral (poder legislativo) poderia editar leis; a lei constituiria fonte jurídica hierarquicamente superior dado a sua “dignidade”, advinda do fato de ser obra dos representantes da Nação, sendo que qualquer medida do poder executivo para execução das leis deveria observar o princípio da legalidade administrativa, estando em conformidade com as mesmas; e, ainda, que como produto da vontade geral, as leis eram caracterizadas pela generalidade, garantindo a igualdade diante das mesmas e a consequente rejeição dos privilégios característicos do período absolutista (CANOTILHO, 1998, p. 89-90).

## **5. A CRÍTICA AO ESTADO E AO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL**

Após tratamento sumário dado às principais experiências liberais de constitucionalismo e Estado de Direito, cabe tecer algumas críticas<sup>8</sup> aos fenômenos estudados, principalmente no que diz respeito ao arrefecimento da luta popular que os engendrou.

Restou evidente que o constitucionalismo surge das lutas revolucionárias, mas acaba por servir de entrave à continuidade das mesmas, atuando como mecanismo de conservação do novo *status quo* constituído a partir da ascensão política da classe burguesa.

Bercovici (2008, p. 158) ressalta que de coincidentes, inicialmente, constituição e revolução passaram a antípodas, tornando-se incompatíveis, sendo a constituição “exigida por aqueles preocupados em terminar a revolução, vista agora como geradora de desordem, não de ordem”, ressaltando-se como fundamental a função estabilizadora da experiência constitucional para barrar o evento revolucionário e constituir, em seu lugar, um Estado ordinário, marcado pela segurança e estabilidade providenciais ao desenvolvimento dos empreendimentos econômicos burgueses.

Troca-se, destarte, a efervescência revolucionária pela reação conservadora e a necessidade de racionalização do poder político, tudo com vistas à aludida estabilidade:

O ideal constitucional das revoluções do século XVIII, segundo Stolleis, pode ser resumido na pretensão de racionalização do poder, o fim dos privilégios, garantia dos direitos de liberdade, com a nação representando-se a si mesma, gerando identidade ou quase-identidade entre governantes e governados. Com o Terror, no entanto, o entusiasmo constitucional revolucionário se encerra, sendo substituído pela reação conservadora e pelo romantismo político. O medo da revolução fortalece o princípio monárquico. O novo ideal constitucional é o de uma monarquia constitucional, com bicameralismo, voto censitário, separação de poderes, direitos individuais e as garantias do *Rechtsstaat*.

[...]

O constitucionalismo europeu da primeira metade do século XIX é, marcadamente, um constitucionalismo monárquico, com uma estrutura dualista e balanceada entre rei e parlamento, buscando limitar o poder real com a constituição escrita (BERCOVICI, 2008, p. 164-165).

---

<sup>8</sup> Vale ressaltar que no espectro autoritário também houve contundentes críticas ao paradigma liberal, como a realizada por Carl Schmitt (2006, p. 54): “a burguesia liberal quer um Deus, mas ele não pode tornar-se ativo; ela quer um monarca, mas ele deve ser impotente; ela exige liberdade e igualdade e, apesar disso, limitação do direito eleitoral às classes possuidoras para que educação e posse garantam a necessária influência sobre a legislação, como se educação e posse dessem o direito de oprimir pessoas pobres e incultas; ela extingue a aristocracia de sangue e de família, mas permite o desavergonhado domínio aristocrático do dinheiro, a mais ignorante e ordinária forma de aristocracia; ela não quer nem a soberania do rei nem a do povo. Que ela quer na verdade?”. Em outra de suas conhecidas obras, o jurista alemão destaca a questão da “negação do político” ínsita ao liberalismo individualista (SCHMITT, 2009, pp. 75-76): “Mas a questão que se coloca é sobre a possibilidade de se obter uma idéia especificamente política a partir do conceito puro e conseqüente do liberalismo individualístico. A resposta há de ser negativa, pois a negação do político, contida em todo individualismo conseqüente, conduz a uma prática política da desconfiança contra todos os poderes políticos e formas de Estado imagináveis, mas nunca a uma própria teoria positiva de Estado e política”.

É que de classe revolucionária em luta contra o despotismo monárquico a burguesia se converteu, rapidamente, em classe detentora do poder político e econômico, mesmo quando não ocupou diretamente o Estado, e o despotismo agora temido pela sociedade burguesa em gestação era outro. Não mais o do monarca absolutista prenhe de um poder desmedido, o que também foi solucionado pela constituição, mas um pretense despotismo das massas. Zippelius (1997, p. 375), neste sentido, destaca a diferença entre o conceito liberal de liberdade e o conceito democrático de liberdade. O liberal coloca em destaque a liberdade dita negativa, que compreende a liberdade de ação do indivíduo diante do Estado, protegida por direitos fundamentais que protegem o cidadão de uma interferência indevida por parte do poder público, enquanto a liberdade democrática diz respeito à liberdade do *status activus*, ou seja, o espaço de liberdade de atuação do cidadão na formação da vontade coletiva. Mas, segundo o autor, quando ambas as liberdades (que “não convergem necessariamente”) não estão associadas há real perigo do exercício de “uma tirania muito pouco liberal”, consistindo “num domínio da multidão sem garantia de liberdade contra ela”.

Esta concepção é claramente influenciada pela leitura liberal que irá identificar qualquer atuação popular com possibilidade de autoritarismo da maioria, como reativação de uma espécie de “jacobinismo”. O anseio é o de “terminar a revolução” de forma definitiva, resolvendo a questão da soberania e marginalizando a teoria do Poder Constituinte. O encobrimento deste é central ao Estado Liberal, assim como o uso dos eventos revolucionários, no correr do século XIX, para associação entre democracia e tirania. Assim, as constituições perdem seu teor revolucionário como elemento basilar para a mudança social radical, refletindo, em vez disso, um modelo político marcado pela moderação, submetido ao império da lei e equilibrado em suas relações entre o Poder Executivo (monárquico, em larga medida) e o Legislativo, principal *locus* de manifestação do poder político conquistado pela burguesia (BERCOVICI, 2008, p. 168, 169).

Mesmo Habermas (2003, p. 134) admite que “os liberais evocam o perigo de uma ‘tirania da maioria’, postulam o primado de direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político”.

Em síntese, pode-se afirmar que

O constitucionalismo, e o direito constitucional, estão estreitamente vinculados com o liberalismo. O Estado misto vai ser visto como a melhor forma de governo. O governo constitucional representativo, ao misturar elementos democráticos com elementos não democráticos, configura, nas palavras de Manin, a “constituição mista dos tempos modernos”. O constitucionalismo do século XIX se coloca em confronto com a revolução e seus corolários: poder constituinte, soberania popular e expansão

da democracia. A valorização da constituição como norma é utilizada para fazer frente ao discurso revolucionário da soberania popular. O constitucionalismo busca a estabilidade ameaçada pela interpretação radical e democrática da revolução. Mais do que isso, o ciclo polibiano das formas de governo vai ser imobilizado pela pretensão de eternidade do liberalismo (BERCOVICI, 2008, p. 176).

O “risco do ‘despotismo democrático’ vai ser combatido com o discurso do Estado de direito fundado na oposição entre direito e política”. E o direito público ocidental se afirma opondo-se à soberania popular, entre os séculos XIX e XX, sendo que a soberania estatal, o Estado de Direito e a Constituição do Estado privada de uma origem popular, passam a ser os sustentáculos do sistema de direito público (BERCOVICI, 2008, p. 281-282).

Neste sentido, Paulo Bonavides destaca, em tese clássica (2014, p. 40), que para o liberalismo o Estado sempre foi tido como elemento atemorizador do indivíduo, sendo o poder político o maior inimigo da liberdade. Haveria, portanto, uma patente antinomia para o pensamento liberal clássico, já que o poder era imprescindível ao ordenamento jurídico e, outrossim, o principal turbador do livre exercício das potencialidades do indivíduo burguês. O sujeito era, destarte, plenamente livre na sociedade civil, à qual deveria restar apartada da instituição estatal, para que não houvesse interferências indevidas. Para tanto, a formação de um Estado de Direito seria fórmula encontrada por tais pensadores para proteção de, ao menos, uma parte da liberdade plena da qual os indivíduos hipoteticamente gozavam numa realidade pré-estatal, o “estado de natureza” do vocabulário contratualista. O Estado Liberal de Direito seria submetido, no novo contexto, à proeminência da liberdade individual, devendo ser este direito natural preservado, e funcionando a instituição estatal como “serva” do cidadão. Este *Estado Gendarme* se eximia de qualquer responsabilidade pela promoção do bem-estar de sua população, o que só poderia ocorrer se os cidadãos pudessem exercer livremente suas capacidades, sem qualquer intromissão do poder público. A este cumpriria apenas a manutenção da segurança, a proteção da propriedade privada, a manutenção da ordem pública, tudo em prol da continuidade e do desenvolvimento da acumulação capitalista.

Foi a burguesia que formulou os “princípios filosóficos de sua revolta social”, passando de classe dominada a dominante, generalizando seu pensamento como se representasse um ideal comum a todos os componentes da sociedade. Mas, quando de sua assunção ao poder político, não se observou o interesse na manutenção do caráter universal dos princípios estipulados pela classe burguesa, sustentando-os apenas formalmente, restando deles excluída a maior parte da população (BONAVIDES, 2014, p. 42-43).

Assim, o Estado Liberal erigido pelo constitucionalismo pós-revolucionário significou o triunfo do princípio liberal sobre o princípio democrático. E, “na estreiteza de sua formulação

habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”. Como já mencionado, a liberdade política era formal e restrita e, como tal, tornou-se inócua com relação à questão social advinda da espoliação dos trabalhadores nas fábricas e no campo (BONAVIDES, 1993, p. 57-58, 184).

O Estado deveria se abster de qualquer pretensão intervencionista, o que era associado ao paternalismo pela tradição liberal, ficando livre o indivíduo para o desenvolvimento de suas atividades econômicas. Zippelius (1997, p. 378-379) aponta um “optimismo grandioso” a embalar este pensamento que, no entanto, fracassou na concepção de uma instituição estatal que apenas viabilizasse a atuação desimpedida de indivíduos, mas sem interferir na realidade socioeconômica, já que esta possuía suas próprias leis. É que a pretensa liberdade econômica redundou numa exploração inaudita dos operários nas indústrias, restando ao proletariado a liberdade de escolha entre a indignidade e a fome.

No séc. XIX, principalmente, evidenciou-se que este esquema de Estado de Direito burguês era inócuo, de excessiva abstração, sem fulcro na realidade social. A conformação liberal da primeira versão do constitucionalismo contribuiu para a manutenção de um quadro de gritantes injustiças sociais, como era de se esperar, o que gerou intensas mobilizações das classes exploradas. O aspecto ideal dos pilares do liberalismo conduziu à negação prática dos mesmos na história. A liberdade à época defendida levou, paradoxalmente, a graves situações de arbítrio, com a vulnerabilidade e exposição das classes trabalhadoras a condições de espoliação talvez ainda mais intensivas que as da servidão medieval. As liberdades e a igualdade abstratas, bem como o resguardo incondicional da propriedade privada, terminaram por enredar um período de intensa exploração das classes populares e, conseqüentemente, de uma acumulação inaudita de capital nas mãos das elites, tendo as revoluções industriais intensificado a desumanidade das condições de trabalho nas fábricas. Isso porque, a igualdade do liberalismo representava uma mera formalidade que servia, sob seu “manto de abstração”, à desigualdade social, política e econômica, escamoteando a “nua contradição entre a liberdade do liberalismo e a escravidão social dos trabalhadores”, que morriam de fome e opressão enquanto Tribunais e legislações repetiam o anódino brado da igualdade de todos os homens diante da lei. (BONAVIDES, 2014, p. 43, 59, 61; CARVALHO NETTO, 2000, p. 479).

## CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu proceder à crítica do constitucionalismo liberal, buscando entender as nuances de sua realização histórica e os modelos de Estado a ele correlatos. A versão inaugural do constitucionalismo estava calcada numa concepção individualista, na proteção à liberdade individual, elementos tão caros à teoria liberal, bem como na proteção da “sagrada” propriedade privada burguesa.

Um constitucionalismo erigido contra a revolução, a soberania popular, o poder constituinte e a democracia radical, dando forma a um Estado de Direito com a pretensão (desmedida) de conformar todas as relações sociais, e que tinha o “império da lei” como seu pilar fundamental.

O que se viu foi a formação de um Estado liberal capitalista que se de um lado consagrou a igualdade formal, de outro protegia os direitos da burguesia em detrimento da igualdade material. Em apertada síntese, tentou-se demonstrar que o constitucionalismo e o Estado de Direito liberais serviram ao propósito de amainar a energia emancipatória advinda das revoluções burguesas, em prol da segurança e estabilidade necessárias ao desenvolvimento do sistema socioeconômico capitalista. As constituições, a princípio componentes das pautas revolucionárias, passaram a chancelar a nova ordem instaurada e a figurar como elemento de moderação, de proteção da ordem contra mudanças radicais.

O que se verificou, de fato, foi a oposição entre política e direito, servindo a forma jurídica como arcabouço protetor das instituições vigentes e do sistema capitalista que se consolidava à época. O princípio liberal se sobrepôs ao princípio democrático e o Estado passou a ser um “mal necessário”, agindo para que a estabilidade fosse garantida através de seu braço armado, quando necessário.

Da crise do paradigma liberal, inaugurador do constitucionalismo, advém a premência de construção de um novo paradigma constitucional que tente ir além da ideologia individualista, da defesa de um Estado mínimo, preocupado com a garantia da propriedade e manutenção da ordem e da segurança jurídica. A questão social nele engendrada precisava ser amenizada sob pena de se pôr a perder todo o edifício institucional erigido pelo constitucionalismo.

Mas este foi apenas o começo da história do constitucionalismo, num processo que ainda está em aberto e cuja realização plena demandaria a intensificação da soberania popular e do poder constituinte do povo como instâncias permanentes (Cf. MÜLLER, 2003), incessantes, que não deixem o elemento democrático se perder na racionalidade cristalizadora do Estado de Direito de cariz liberal.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BAILYN, Bernard. **As origens ideológicas da Revolução Americana**. Bauru (SP): Edusc, 2003.
- BAKER, Keith Michael. “Constituição”. In: FURET, François e OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BERCOVICI, Gilberto. O Ainda Indispensável Direito Econômico. In: Maria Victoria de Mesquita Benevides; Gilberto Bercovici; Claudineu de Melo. (Org.). **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 4. ed. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1976.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.
- FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. t. 3.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 3.<sup>a</sup> ed. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e desafios da Constituição**. 1.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e desafios da Constituição**. 1.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARTRE, Jean-Paul. **A náusea**. São Paulo: Nova Fronteira, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. 1.<sup>a</sup> ed. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político/Teoria do Partisan**. 1.<sup>a</sup> ed. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10.<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEFFORT, Francisco (org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Lisboa – PT: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Submissão: 15/05/2019 Aprovação: 30/06/2023

## SAMUEL PUFENDORF, O ESTADO NATURAL E O ESTADO SOCIAL

### *SAMUEL PUFENDORF, THE NATURAL STATE AND THE SOCIAL STATE*

*Gilson Xavier de Azevedo<sup>1</sup>*  
Universidade Estadual de Goiás

#### **Resumo:**

O objetivo desse texto é discorrer sobre a concepção de Estado, Contrato Social e República em Samuel Pufendorf, a partir dos conceitos de Direito Natural, Direito Positivo, homem físico e homem jurídico. Parte-se do problema relacionado à necessidade de revisitar frequentemente os autores clássicos do jusnaturalismo para se entender o momento presente, sobretudo em relação às transformações modernas inauguradas por esse movimento. Aponta-se como hipótese que a compreensão do pensamento de Pufendorf por ampliar nosso olhar para entendermos o difícil momento histórico em que se vive, não somente no contexto europeu, mas também latino, onde se parece que foi instaurada uma guerra de todos contra todos do ponto de vista da segurança pública. Justifica-se o presente estudo como parte de um conjunto de artigos escritos a muitas mãos que comporão o livro Filosofia do direito entre os jusnaturalistas. Adotou-se por metodologia o estudo revisional, visitando algumas obras originais de Pufendorf para o enriquecimento da análise pretendida.

#### **Palavras-chave:**

Samuel Pufendorf. Direito natural. Jusnaturalismo.

#### **Abstract:**

The purpose of this text is to discuss the concept of State, Social Contract and Republic in Samuel Pufendorf, from the concepts of Natural Law, Positive Right, physical man and legal man. It starts from the problem related to the necessity of revisiting often the classic authors of the natural one to understand the present moment, especially in relation to the modern transformations inaugurated by this movement. It is hypothesized that the understanding of Pufendorf's thinking by widening our gaze to understand the difficult historical moment in which we live, not only in the European context, but also in Latin, where it seems that a war of all against all was established. point of view of public safety. The present study is justified as part of a set of articles written to many hands that will compose the book Philosophy of law among the naturalists. The review study was adopted by methodology, visiting some original works of Pufendorf for the enrichment of the intended analysis.

#### **Keywords:**

Samuel Pufendorf. Natural law. Jusnaturalismo.

## 1. INTRODUÇÃO

Samuel Pufendorf nasceu na cidade alemã de Dorfchemnitz aos 8 de janeiro de 1632 e faleceu em Berlim, 26 de outubro de 1694. Exímio jurista, recebeu o título de nobre e mais tarde foi elevado a barão às vésperas de sua morte em 1684, o seu nome passou a ser Samuel von Pufendorf. Pelas suas obras e conhecimento, foi um dos expoentes da corrente

---

<sup>1</sup> Pós-doutorado (Lusófona/Lisboa/PT). Doutor em Ciências da Religião pela PUC-GO (2014-2017-BOLSISTA FAPEG). Mestre em Ciências da Religião pela PUC-GO (2012-2014 - BOLSISTA FAPEG). Filósofo (Dom Felício, 1998/FAEME, 2007), Pedagogo (UVA-ACARAÚ, 2004) e Teólogo (FAETEL, 2002/MACKENZIE, 2006), Pós-graduado em Administração Escolar e Coordenação Pedagógica (UVA-RJ, 2006), Ética e cidadania (UFG, 2012) e Filósofo Clínico (Inst. Packter/PUC, 2013). Professor Titular de Antropologia pela FAJOP (2017), Filosofia do Direito e Filosofia Empresarial pela FAQUI (desde 2006); Coordenador do NAED (Núcleo de Apoio à Educação à distância pela FAQUI (2017); Docente Efetivo da Universidade Estadual de Goiás, Câmpus Quirinópolis (Concurso 2013); Articulista.

jusnaturalista criando o conceito de transpersonalismo, de modo que, seus escritos tiveram grande influência no ensino do Direito europeu, em especial nos países de tradição católica, com suas obras sendo adotadas no currículo de muitas universidades.

Dentre suas principais obras, destacam-se: *De iure naturae et gentium libri octo* (1672); *De officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali* (1673); *De statu imperii germanici ad Laelium fratrem, dominum Trezolani, liber unus*, Genf (1667); *Elementorum Iurisprudentiae Universalis Libri Duo*, Jena (1660); *Über die Natur und Eigenschaft der christlichen Religion und Kirche in Ansehung des bürgerlichen Lebens und Staats* (1687) e *De Rebus Gestis Friderici Wilhelmi Magni Electoris Brandenburgici Commentariorum Libri Novendecim*, postum (1695).

As obras enunciadas por Pufendorf constituem uma filosofia política que corroboram a uma solução para a questão nascente da justiça (SAHD, 2007). Havia grande necessidade de se estabelecer noções claras de certo e errado. Ele consegue estabelecer em suas obras os fundamentos da teoria jusnaturalista ao defender que independente das leis civis, existe no homem uma ordem moral que é a lei natural, indicando ao homem o caminho do mal, pois “cada homem deve cultivar e manter na medida do possível a sociabilidade” (PUFENDORF, 1998, p. 15).

Pufendorf fazia uma síntese feliz das doutrinas de Grócio e de Hobbes ao dizer que "a lei natural deriva dos ditames da reta razão, no sentido de que o intelecto humano é capaz de compreender com clareza, a partir da observação de nossa condição, que é preciso viver necessariamente do acordo com as normas do Direito natural e investigar, ao mesmo tempo, o princípio de onde tais normas recebem sua sólida e clara demonstração" (ABAGNANNO, 1998).

Graças a Grócio, Hobbes e Pufendorf, a doutrina tradicional do Direito natural transformou-se em técnica racional das relações humanas, que, embora estritamente dependente do conceito de racionalidade geométrica predominante na época, constitui uma noção que ainda hoje poderia ser recuperada com vistas a uma teoria geral do Direito. Nota-se que a função de Pufendorf para a estruturação do direito positivo fora essencial, pois estabelece ditames compreensivos sobre condição humana e condição social. Tal distinção será melhor compreendida nas considerações do item a seguir.

## **2. FUNDAMENTOS DO DIREITO NATURAL**

O conjunto das doutrinas do direito natural coadunam para o fato de que cada indivíduo

é responsável, corresponsável e transresponsável por manter o que Pufendorf chama de "medida possível da sociabilidade".

Nos questionamentos de SAHD (2007, p. 222):

A justiça é uma convenção ou uma lei absoluta? Ela é uma invenção dos homens, ou uma ordem da razão eterna? Existe em si? Ou é apenas uma relação arbitrária e variável, mudando com o tempo e os lugares? Há um direito e, por conseguinte, há direitos? Ou o único direito possível é o direito do mais forte?

Como legitimação do Estado que é sua evolução natural, o direito é "fruto do trabalho perspicaz do legislador ou se, ao contrário, existe regras de justiça absolutas, imutáveis, universais que se impõem aos governantes, dominam o Estado e inspiram o direito positivo" (SAHD, 2007, p. 222).

Talvez a influência mais direta sofrida por Pufendorf seja Hobbes e suas concepções negativas sobre o estado de natureza:

[...] no estado de natureza, os indivíduos estão originariamente centrados sobre a singularidade, e não relacionados com outra coisa. Se eles entram em alguma forma de sociedade, isso não se deve a um impulso natural irresistível nem à busca da virtude, mas a um cálculo que visa à utilidade individual. Na medida em que a sociabilidade do homem é finalizada à conservação de si, ele é, paradoxalmente, profundamente egoísta. A mesma definição da lei de natureza, lugar fundamentalmente de todo o direito natural, mostra explicitamente que a necessidade de sociedade é uma consequência da necessidade de conservação e que, portanto, o verdadeiro princípio do direito natural é a autoconservação do indivíduo (SCATTOLA, 2005, p. 104).

Conforme o citado, os homens, embora sociáveis, não são capazes apenas por sua boa vontade de constituir um corpo social coeso. Os homens sociáveis, são também *inbecillis*, ou seja, tem uma besta, as emoções incontroláveis, dentro de si, trazem esse Daimoneon consigo, é um *indigenita*, um indigente em sua vontade.

A esse respeito, Pufendorf coloca duas questões de fundo epistemológico, pois está à procura de realmente conhecer e estabelecer a taxionomia do direito e de seu método: como conhecer a justiça objetiva? Qual será o fundamento da obrigação de fazer ou não fazer que manda o direito natural? Em sua obra mais famosa, *De Jure Naturae et Gentium*, Pufendorf propõe uma reflexão sobre a natureza das leis e percebe que o homem num dado momento histórico entre os séculos XV e X a.C. se vê diante de um problema limitante que é a liberdade.

O problema da liberdade debatida em Santo Agostinho no viés do livre arbítrio, só pode ser vista no jusnaturalismo como inútil e danosa, pois implica na necessidade de um respeito ao outro e a sua propriedade, problema esse que emerge no século XVII.

[...] primeiro, o respeito à pessoa do outro (“ninguém deve ofender os outros salvo se é provocado”); segundo, o respeito à propriedade de outrem (“a cada um deve ser permitido usufruir seus próprios bens”); terceiro, o respeito aos pactos (“cada um deve manter a promessa empenhada”); e quarto, o respeito aos interesses alheios (“cada um deve promover com ânimo feliz a vantagem de outrem nos limites do possível e segundo as obrigações mais rigorosas que nós atribuímos”) (SAHD, 2007, p. 224).

Na busca de superar todo e qualquer misticismo entorno da lei, Pufendorf entende que as leis naturais não são inatas, mas ao contrário devem ser ensinadas e isso demanda tempo e métodos. O problema da racionalidade e a vontade aparecem nele como forma de entendimento da origem social do direito. A via da racionalidade e Pufendorf passa antes pela compreensão da moral religiosa que entretende ser dever do ser humano a busca da ascese, da purificação dos sentidos e das vontades, da mortificação do corpo e elevação da alma, de modo que, "a lei natural repousa tanto sobre a onipotente vontade de Deus (que desejou que o homem fosse criado) como sobre a infinita sabedoria ou razão de Deus, desejando que as leis naturais fossem conformes à natureza do homem" (SAHD, 2007, p. 224).

Uma vez que Deus é o supremo criador das leis da natureza, criou o homem e imputou nele o desejo moral em detrimento ao carnal. Em *Elementa Jurisprudentiae Universalis* (1999), ressalta que o homem tem um *vinculum iuris* com os demais homens. Os vínculos humanos são tão naturais, cria Pufendorf, que a esposa obedece tranquilamente ao marido e o cidadão o faz em relação ao súdito, assim como todo ser vivente a Deus. Trata-se de uma "qualidade moral operadora" que permite ao homem realizar e fazer escolhas.

Para ser susceptível de obrigação, é preciso, de um lado, advir de um Superior, e de outro, ter um entendimento que permita conhecer a regra prescrita e uma vontade livre como princípio interior sempre pronto para voltar-se para qualquer lado, mas consciente de que quando o Superior prescrever alguma regra, estar convencido que não deve dela se desviar (PUFENDORF, 1998, p. 8).

Estamos terminantemente vinculados à nossa criação. Nossa liberdade depende de Deus, mas nossa maldade, depende de nossas escolhas. A lei natural nesse contexto é imutável, reduzindo sua condição absoluta à onipotência divina. Mesmo não fugindo do império religioso constituído em seu século, Pufendorf entende que existe um controle social que foge ao próprio controle social e depende exclusivamente do acaso. "Na tentativa de conciliar duas tradições opostas, Pufendorf acaba, no entanto, por oscilar entre posições nem sempre homogêneas: as leis naturais são as leis que o homem conhece mediante a razão e o fundamento do direito natural das coisas que nos dá a certeza da sua imutabilidade e universalidade" (SAHD, 2007, p. 226).

SAHD (2007) entende que Pufendorf mostra-se como voluntarista, pois reforça o papel da razão sobre a vontade humana, e se mostra como racionalista, já que atribui à experiência a mediação entre o homem e a lei natural.

O homem, então, no curso da sua vida compara-se com toda uma série de deveres, que servem para regulamentar o seu comportamento e estão reunidas em duas grandes classes: os deveres absolutos (não fazer o mal, respeitar a palavra empenhada, reparar os danos provocados, etc.) que, pertencentes aos homens enquanto tais são universais e eternos e se erguem sobre o vínculo da consciência, e os deveres convencionais que derivam, ao contrário, dos acordos estipulados, em virtude dos quais cada dever subscrito corresponde para o outro o direito de exigir o seu cumprimento. Os deveres absolutos são obrigações naturais, os deveres convencionados são obrigações civis ou jurídicas (SAHD, 2007, p. 226).

Pufendorf tem uma visão negativa do estado de natureza, por crer que este represente um estado de direitos imperfeitos, dado não estarem sujeito ao jugo racional e, portanto, constitui um direito imperfeito. Por sua vez, o direito positivo parte da *volutas humaniae* e das convenções humanas que constituem a crença na capacidade de elevação política.

Vale ressaltar que Pufendorf não seguiu o caminho bilateral ao tratar de direito natural e positivo, pois considerava que cada indivíduo ou tem ou é impelido socialmente a ter suas obrigações e responsabilidade, sem as quais, não pode ser livre. Pufendorf defende o retorno à natureza objetiva das coisas que a razão tem apenas por tarefa discernir. Ele reprova o círculo vicioso da argumentação grotiana ao estabelecer na própria 'razão as regras das máximas da Razão' (SADH, 2010, p. 246).

Para o teórico Pufendorf, a lei natural é elementar regra de orientação para nossa condição *imbecillis*.

De acordo com Richard Tuck, a teoria da correlatividade entre direitos e deveres tem por consequência que a linguagem separada dos direitos está perdida, pois todos os direitos podem ser expressos em termos de algum princípio maior de ordem moral. Assim, se não há uma linguagem verdadeiramente separada dos direitos, então há pouca margem para a autonomia ou a liberdade do indivíduo. Se, por outro lado, a teoria da correlação é falsa e, portanto, os direitos são conceitualmente independentes dos deveres, então nós podemos ter uma teoria moral ou política que afirma a soberania ou a autonomia do indivíduo (SADH, 2010, p. 246).

Nesse caso, a teoria dos deveres morais e dos direitos civis é uma condição humana de levar a cabo o império da razão e possibilidade filosófica. De um lado temos os seres físicos e sua natureza imbecilidade, a condição de seres bestas, feras, animais, seres incontroláveis; do outro temos os seres morais, indivíduos elevados à máxima condição de seres distintos do mundo apenas físico e momentâneo. Ao contrário disso, Pufendorf afirma que somos *entia moralia*.

Cada indivíduo tem em si algo que mesmo se Deus não existisse, em nós existiria, ou seja, o *entia moralia*. Tal princípio aperfeiçoa a vida humana por meio de um princípio que não lhe brota naturalmente. Em sua obra *De jure naturae et gentium* (1672), Pufendorf sobrevaloriza o termo *impositiones socialis*, ou instituições sociais como marcos teóricos e conceituais pelos quais devemos nos orientar. Ele inaugura a crença definitiva na capacidade humana de legislar e obedecer. O ser moral é nesse caso uma invenção, uma crença. São "homens são capazes de instituir enquanto conjugam os poderes da natureza e da liberdade" (SADH, 2010, p. 248).

Nesse sentido, a *entia moralia* é seria uma expressão máxima da liberdade humana em ato. Se as realidades morais são passageiras, depende de usos e costumes, no *impositio*, ou seja, nas instituições do Estado, ganham solidez. Nesse sentido, liberdade é um conceito que expressa a capacidade humana de ter consciência de si e de seu agir imerso em um todo social e por isso mesmo, a condição jurídica é antes uma condição epistemológica.

Os homens são capazes de acrescentar à natureza, pela impositio de sua vontade, uma dimensão cultural que expressa sua liberdade em ato e os caracteriza como seres morais. Assim, pelo efeito da vontade inventiva e criadora – legado de Deus – a especificidade da natureza humana é se abrir ao horizonte de sentido e de valor para além da simples natureza, embora sem desafiar as suas forças imanentes. Mais exatamente, a conjunção das duas nobres faculdades (entendimento e vontade) faz do homem um ser livre, capaz de se adaptar a regras que inventa para si mesmo (SADH, 2010, p. 250).

Os *entia moralia*, os entes morais, indivíduos dotados de consciência social, podem ser seres públicos ou privados, segundo sua função empregatícia. Pufendorf os chama de pessoas simples. Já as pessoas públicas são aquelas devotadas ao serviço público, ou seja os políticos e os eclesiásticos. Contudo, ambos têm a função de serem pessoas morais. "As pessoas morais compostas são formadas 'quando vários indivíduos humanos se unem de maneira tal que o que querem ou o que fazem, em virtude desta união, representa uma única vontade e uma única ação'" (SADH, 2010, p. 251).

No *De jure naturae et gentium* (1672) é clara a obrigação dos seres sociais de buscarem um agir matemático, cartesiano em relação aos bestiais. Os *entia moralia* devem se distinguir dos *entia física*, que seguem unicamente as impressões da natureza.

Kelsen (1997) coloca em xeque toda essa ordem e princípios do direito natural, separando ser e dever ser como condições distintas o que dicotomiza o homem semelhante ao que fizera Agostinho distinguindo corpo animal e alma imortal.

Pufendorf aparece como um voluntarista que reconhece a autoridade da razão e, ao mesmo tempo, um racionalista que sabe atribuir o justo peso aos dados da experiência. A razão permaneceria abstrata se não pudesse apoiar-se sobre a natureza da coisa que formou a experiência do homem; mas a natureza da coisa remete, por sua vez, à vontade divina que a criou deste modo e não de outro (SADH, 2010, p. 254).

Em vez de agir por *amor sui, imbecillitas e pravitas animi*, o homem do século XVII vislumbra a possibilidade de um *agire gentium*, um agir para todos e não para si, dado que suas representações são a fonte de seu agir. O direito se firma tanto em sua origem como hoje numa condição de crença no coletivo. O direito natural moderno firma-se na capacidade representativa do mesmo<sup>2</sup>.

O direito natural moderno será um direito subjetivo, criado e definido pela razão humana, no caso do racionalismo jurídico, ou pela vontade humana, no caso do voluntarismo jurídico, e não mais um direito objetivo, inscrito em qualquer ordem imanente ou transcendente do mundo. Aplica-se ao direito a convicção de que o homem é o princípio de toda normatização (SADH, 2010, p. 254).

Direito não é nem pode ser moral, pensa Pufendorf, dado que seria efêmero. O direito não pode se basear na incerteza situacional. Os indivíduos, os Estados e países devem firmar seus compromissos e levá-los a cabo. "s alianças são buscadas entre aqueles que mantêm laços especiais pelo interesse comum, na maior parte das vezes determinada pela segurança interna contra o ataque de outros Estados" (SADH, 2010, p. 256). Note o leitor que na teoria do Estado de Pufendorf, não há espaço nem mesmo para uma política de Estado se estas estiver distanciada da reta razão. Os elementos não racionais que permeiam a tecitura do Estado atrapalham sua efetivação, pensa Pufendorf a partir de uma leitura da lógica política de Aristóteles<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Pufendorf explica que o homem, refletindo sobre a sua natureza e constituição física, descobre imediatamente e de modo claro e evidente a necessidade de por um freio à ilimitada liberdade de que possui no estado de natureza. A liberdade aqui se revela ao mesmo tempo inútil e danosa. Para cumprir tal finalidade, porém, ele precisa recorrer à razão, a qual impõe as leis naturais, formulando assim a regra básica do agir humano. As leis naturais fundamentais que orientam o homem no estado de natureza – que permitem deduzir todas as normas práticas – nos impõem: primeiro, o respeito à pessoa do outro (“ninguém deve ofender os outros salvo se é provocado”); segundo, o respeito à propriedade de outrem (“a cada um deve ser permitido usufruir seus próprios bens”); terceiro, o respeito aos pactos (“cada um deve manter a promessa empenhada”); e quarto, respeito aos interesses alheios (“cada um deve promover com ânimo feliz a vantagem de outrem nos limites do possível e segundo as obrigações mais rigorosas que nos atri-buímos”) SAHD, L. F. N. A. E. S. Samuel Pufendorf e o discurso dos direitos. In: Síntese–Revista de Filosofia, v. 37, n. 118. Belo Horizonte., 2010. pp. 243-266.

<sup>3</sup> Pufendorf parece refletir sobre as posições de Grotius ao menos em quatro pontos: a) a consideração da vantagem ou utilidade que um determinado Estado pode esperar de uma guerra; b) o desejo de um determinado Estado em aumentar o seu território e poder de influências sobre os demais; c) as exi-gências vinculadas ao dever de acabar uma guerra; d) o respeito dos tratados e conven-ções estabelecidos com outros Estados (Ibidem).

A palavra direito nada significa mais aqui do que aquilo que é justo. Isto, num sentido mais negativo que afirmativo, de modo que o direito transparece como aquilo que não é injusto. Ora, é injusto o que repugna à natureza da sociedade dos seres dotados de razão [...]. Há um significado de direito diferente do anterior, mas que dele decorre e que se refere à pessoa. Tomado neste sentido o direito é uma qualidade moral ligada ao indivíduo para possuir ou fazer de modo justo alguma coisa [...] Há um terceiro significado da palavra direito, segundo o qual o termo é sinônimo da palavra lei, tomado no sentido mais amplo e que indica uma regra das ações morais que obrigam a quem é honesto (GRÓTIUS, 2004, p. 73;78;79).

Nota-se que a reta razão desses pensadores era muito mais determinar o que seria reta razão do que o que seria direito. Direito, mesmo na Grécia Clássica sempre fora uma consequência das atitudes humanas, assim como liberdade e justiça. Pufendorf foi um forte expoente dessa tendência ao perceber que não se pode ser *iuris* sem antes ser *animalis*. Somos uma condição única dependente de uma comunidade associativa que é o contrato social. Nossos direitos decorrem antes de um direito indeterminado, furtivo, caótico que é nossa condição natural, pois "naturalmente ninguém possui uma porção particular e pode se apoderar de tudo em detrimento dos outros" (PUFENDORF, 1997).

Pufendorf pensa o Estado como forma de superar a situação de guerra descrita por Hobbes. O Estado é o remédio para a precária condição humana. O Estado moderno é a realização perfeita do desenvolvimento moral da humanidade, o lugar certo da superação do afastamento entre a sociedade civil artificial <sup>4</sup>.

### 3. SOCIABILIDADE E DIREITO

Quando se pensa em direito social, o campo da sociologia abrupta em assumir o primeiro lugar em nossa intuição. No entanto, o que criou o âmbito social foi o âmbito jurídico, o que criou este fora o âmbito político e a política se fez graças à construção cultural. Não se deseja aqui uma compreensão simplista em achar que tais estruturas não se constituem ao mesmo tempo, mas a lógica colocada é uma lógica de potencialização de estruturas, ou seja, uma potencializa e empodera a seguinte.

Se o direito individual passa a existir a partir do coletivo, os direitos sociais passam a existir como tal no processo de ordenamento e pacificação das sociedades industriais como

---

<sup>4</sup> O Estado deve ser entendido como criado para nossos fins, nossa proteção e defesa. Pode-se dizer que a adequação dessa forma de organização, como também de suas correspondentes formas de socialização, é determinada pelo seu sucesso em satisfazer nossos fins. Mas também enobrece a união dos homens e de seus esforços em instaurar e efetivar o direito natural. Sua origem está em Deus e sua finalidade em governar a humanidade. O Estado no sistema de Pufendorf é o ponto final da sociabilidade, sua realização plena, e como tal exige um direito que regule e ordene o comportamento dos cidadãos (Ibidem).

alternativa de produção. O princípio da responsabilidade individual só se efetiva na intervenção governamental que lhe assume e lhe dá status de lei.

Tais políticas seriam portanto compensatórias por essas desigualdades fortuitas e, como tais, pontuais. Não cabe, nesta perspectiva teórica, uma ação do Estado voltada para um reordenamento da sociedade, pois resultando da livre escolha dos cidadãos (alguns deles apoiados previamente por políticas governamentais), esta seria a melhor ordem possível (OLIVEIRA, 2000, p. 160).

Os conflitos gerados por acidentes e situações não previsíveis fazem com que hajam conflitos de interesses que por vezes se sobrepõem ao Estado como foi tratado no tópico anterior. Há que se fugir do conflito de interesse, mas não há como escapar da sociabilidade. Somos seres naturais que enxergam a lei natural, mas como seres naturais, nascemos imbecis, incapazes de sobreviver sozinhos. Precisamos de educação desde o mamar até chegar à autonomia. Desse modo só se tem segurança e só se é sociável em sociedade. Ninguém em sã juízo tentara ser sociável com leões famintos.

Pufendorf admite que se o apetite ha, e o de auto-conservação; mas a compreensão da lei natural nos leva a realizar esse desejo através da sociabilidade, de resto tão natural em nós quando esta razão que nos leva a uma autoconsciência. Nesse sentido, a lei natural fundamental e a de que cada homem deve fazer tudo que for possível para cultivar e preservar a socialitas (OLIVEIRA, 2000, p. 161).

A sociedade nasce portanto do desejo de conservação individual, do amor enquanto desejo de bem estar ao outro e do valor da divisão social do trabalho.

A política seria anterior ao estado, pois é a primeira manifestação do "humano" propriamente dito. Só se faz política por meio da linguagem. Do aprimoramento da linguagem, e da política nasce o poder de interpretação do ser humano e a constituição de leis, regras e razão. "os homens reconhecem as desvantagens de viverem longe uns dos outros e gradualmente se aproximam, formando pequenos estados (civitates), e depois estados maiores, nos quais os menores coalescem, livremente ou pela forma" (OLIVEIRA, 2000, p. 167).

Sadh (2009) aborda a esse respeito, a ideia de *summum imperium*, ou seja, para ele existiriam dois contratos sociais, o da votação da constituição e o da submissão a estas leis. "Movendo-se, assim, na órbita do *iuris naturalis scientia*, constrói um "sistema" capaz de fundamentar a ética individual e social sem contar com as hipóteses religiosas" (SADH, 2009, p. 144).<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> A obra de Pufendorf é, do ponto de vista metodológico, mais complexa e mais sutil: de fato, mesmo o jurisconsulto declare, também ele, ter a intenção de construir um 'sistema do direito natural', ele se afasta do

Ao escrever *De Officio Hominis et Civis Juxta Legem Naturalem Libri Duo* (1673), Pufendorf busca facilitar a compreensão de alunos e professores iniciados na pesquisa. Juntos, conteúdos e temas jurídicos se agrupam, de modo a projetar um direito natural que consolida princípios universais que fundamentem os deveres comuns. O direito é quem determina os princípios universais que fundamentam os deveres comuns. Determina ainda as obrigações do estado. O direito natural é portanto uma evolução da condição natural que ante apelava à intervenção divina. O direito natural é animado para o conduzir, educar e proporcionarão homem a condição de *membrus socialis*. O direito natural serve ainda para julgar as ações externas do homem e considera a natura peremptória do homem (SADH, 2009, p. 146).

O primeiro dever de quem vive coletivamente está na busca incansável de todos os meios possíveis para não causar dano a nenhum outro; mas ficar aí somente não basta, a busca incansável seria insuficiente. O homem também precisa eliminar os meios e as ocasiões propícias a provocar uma reação antissocial, isto é, devem atuar visando aos outros, respeitando a dignidade e a igualdade de cada um, e evitar qualquer tipo de injúria e dano aos demais: 'que cada um estime e trate o outro como naturalmente igual a ele ou como igualmente homem' (SADH, 2009, p. 147).

A sociedade seria na perspectiva acima, uma evolução da coletividade, pois implicaria no amor, ou seja, a construção de laços afetivos e vínculos entre os indivíduos.

Pufendorf (1997) entende que em qualquer forma de sociedade o respeito seria um valor *sine qua non* para o estabelecimento dos laços mencionados. Todos são igualmente dignos de agir, ir e vir, e as várias linguagens que sedimentam as relações e as ações sociais, tais como promessas, compromissos, contratos, heranças, são elos que integram indivíduo e grupo. As obrigações sociais que diariamente cumprimos são os ritos de iniciação que faz de nós membros úteis e que nos afastam de sanções e condenações. "Ao contrário de alguns animais que, sem sacrificar suas necessidades naturais, podem viver sozinhos, fora do estado social, o homem só pode suprir suas necessidades de modo satisfatório associando-se a outros homens" (2009, p. 147).

Desse modo, agir na medida do possível a sociabilidade é realizar o atributo por excelência da condição humana, sem o qual, a sociabilidade torna-se quimera, devaneio e utopia. Pufendorf ao pensar o direito inaugura algumas bases do existencialismo, pois nele o ser individual (ser para si), para o ser em relação (ser para o s outros). O homem só se constitui

---

esquema hipotético-dedutivo dos matemáticos e, no curso de seus escritos, a razão adquire um perfil diferente, de modo que, quando Thomasius lembra a admiração que Pufendorf dedicava a seu mestre Weigel e aproxima a evolução de seu pensamento àquela adotada por Grócio e Hobbes, ele suprime o que faz a originalidade de textos nos quais as constâncias se manifestam entre as nuances (GOYARD-FABRE, 2007, p. 40).

na relação consigo e só se realiza na relação social como frisa Sadh (2009):

A observação da natureza mostra que o homem é um ser talhado para viver em sociedade, pois a sua constituição física indica claramente que ele foi feito para viver com os outros numa relação societária. Por um lado, ele tem numerosas necessidades naturais, por outro, a natureza não o dotou diretamente dos meios indispensáveis para satisfazer a essas necessidades. Ao contrário de alguns animais que, sem sacrificar suas necessidades naturais, podem viver sozinhos, fora do estado social, o homem só pode suprir suas necessidades de modo satisfatório associando-se a outros homens (SADH, 2009, p. 148).

A solidão enquanto afastamento social é na visão de Denzer (1972) um risco de morte violenta forme ressaltou Hobbes em o Leviatã. Viver em sociedade não é uma invenção fruto dos apetites humanos, um mero capricho, mas antes uma um dever, uma necessidade frente à fragilidade humana. O homem é tão fraco (no sentido metafórico) que não conseguiu ser forte e livre como os animais e por isso precisou criar uma sociedade que o protegesse dele próprio, dado que os homens no estado de natureza, além de não de ajudarem mutuamente, são presas fáceis e se prejudicam costumeiramente enquanto não constituem o contrato social.

#### 4. A QUESTÃO DO CONTRATO SOCIAL

Quando um indivíduo se alia ao Estado, assina simbolicamente um contrato, um pacto, um vínculo com outros indivíduos. Ele se compromete a fazer o possível para manter a sociabilidade, respeito e devoção à liberdade dos outros, ou seja: "[...] fazer com que sejam postas em Execução, tanto para que toda Pessoa honesta desfrute de seus Direitos sem Aborrecimentos, Desvios ou impedimentos; quanto para que também todo Malfeitor receba o Castigo devido à Qualidade de seu Crime, de acordo com sua Intenção e Malícia ao cometê-lo" (PUFENDORF, 2007, p. 322). Para Cavalcante (2014), um bom contrato erige ao poder bons governantes, capazes de impor-se com justiça na preservação dos direitos de outrem.

A certo modo o jusnaturalismo fora uma expressão do espírito protestante, dado que primava pela disciplina como regra geral de *salut* (salvação). A Salvação só se conservaria pela conduta ilibada. "Lutero plantou na alma alemã o germe de um tipo original de positivismo jurídico, fundado na fé religiosa, extremo em suas consequências e que se resume ao culto da autoridade e à apologia da obediência e da disciplina" (VILLEY, 2005, p. 333).

Pufendorf ao considerar o Estado como uma espécie de salvação, entende que o aristotelismo de Villey é temerário, mas titubeia também ao entender que a salvação promovida pelo Estado à vida segura dos cidadãos é uma necessidade da própria condição humana, quando

na realidade não considera que está diante de um contexto histórico atípico relacionada à violência e brutalidade em que a Europa submergiu durante a Guerra dos Trinta Anos.

A insegurança provocada por este sangrento conflito [a Guerra dos Trinta Anos] determinou no autor a necessidade imperiosa da formação dos Estados para se alcançar a segurança política, social e econômica dos países territorialmente em expansão. Estados que pudessem assim garantir o desenvolvimento dos homens. É nos Estados que ‘se encontra um remédio imediato, bem ajustado às características dos homens’ (SADH, 2009, p. 153).

A ingenuidade de Pufendorf é na realidade fruto de um conjunto de atributos que os partícipes da esfera social devem possuir para que esta funcione corretamente e o contrato social seja primeiro respeitado e efetivado depois<sup>6</sup>. Desse modo, o Estado moderno é a perfeita realização do desenvolvimento da racionalidade humana. O Estado, criado para nossos fins deve garantir segurança a todos e a condição de cidadania e pertencimento. O Estado é o cume da sonhada sociabilidade, bem como sua realização plena, exigindo assim um direito que regule e ordene a ação cidadã. “Para que uma multidão se torne uma única pessoa, é preciso que seus membros em conjunto tenham de comum acordo unido suas vontades e suas forças por meio de alguma convenção” (PUFENDORF, 1998, p. 2).

Sadh (2009) entende que todo contrato é antes das cláusulas um compromisso de indivíduos capazes de cumpri-las. Embora Rousseau entenda que há uma perda de liberdade ao se aderir ao Estado, Pufendorf vê esta perda como um ganho de liberdade e proteção social, pois cada indivíduo se submete voluntariamente à autoridade de um governante e de uma assembleia. "O *pactum unionis* assim descrito é necessário, mas não é suficiente para engendrar a sociedade civil autêntica e durável. Um segundo compromisso deve permitir por um decreto (decretum) fixar e reger 'a forma de governo'" (SADH, 2009, p. 158).

Operando-se dessa maneira, Pufendorf pensa ter conseguido conciliar a liberdade individual com as necessidades da vida social, pois o Estado estaria apto a cumprir a paz em seus quatro aspectos: segurança vital (ser membro e estar capacitado para administrar a justiça), segurança para promover a doutrina cristã, segurança material para viver com dignidade segundo políticas econômicas que proporcionem o bem-estar de todos, e segurança para distribuir com justiça as honras governamentais (SADH, 2009, p. 159).

---

<sup>6</sup> É preciso atuar de acordo com os deveres impostos pelo modelo de cidadão e observar três tipos de regras gerais (os deveres para com o próximo): não provocar injúria, dano e lesão grave aos direitos e propriedades dos outros (é o direito natural à integridade corporal); buscar o bem-estar dos outros e reconhecer mutuamente a igual dignidade de todos os homens (é a igualdade de direitos do cidadão, princípio de justiça da modernidade) prevenir as ações destrutivas e os comportamentos negativos, estimulando e fomentando a confiança, a fidelidade e a gratidão ao maximizar a benevolência. Este esquema serve para explicar e justificar as obrigações derivadas dos atos jurídicos, dos usos e costumes, das relações sociais e até mesmo dos atos de fala (SADH, 2009, p. 153).

Nota-se que a posição assumida por Sadh (2009) é negativa em relação ao teórico Pufendorf, pois aventa a possibilidade de a teorização mencionada ser apenas um devaneio do teórico. Nesse pressuposto, mesmo que o seja no todo ou em parte, Pufendorf consegue orientar o debate acerca do direito natural e do contrato frente às demandas e incompreensões existentes em sua época.

## 5. CONCLUSÃO

Finalizamos este artigo pensando no quanto Pufendorf precisou elevar sua compreensão para então tornar-se alguém além de seu tempo. Suas contribuições são ao mesmo tempo críticas a autores como Hobbes e Rousseau e são reconstruções compreensivas a respeito de um *Estadus Nacendis* que inevitavelmente viria à tona. Considero como muito enriquecedoras as contribuições dos comentadores a que tive acesso, bem como às obras em inglês de Samuel Pufendorf, disponíveis na rede. Espero com o presente texto, ampliar o escopo do debate entorno da filosofia do direito de sua maior cognoscibilidade.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia** (Verbetes Direito). Tradução Alfredo Bosi, 2º ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 279-288.

CAVALCANTE, R.; FERREIRA, R. M. Do dever dos governantes ou a atualidade de Pufendorf. In: Ronaldo Cavalcante, Priscilla Santana Silva. (Org.). **Sociedade e Direito Humanos: a filosofia do direito aplicada**. 01 ed. São Paulo: Fonte Editorial Ltda, 2015, v. 01, p. 01-276.

GROTIUS, H. **Direito da guerra e da paz** (2v). Santa Catarina: Unijuí, 2004.

KELSEN, H. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes: 1997.

OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. Sociabilidade e direito no liberalismo nascente. **Lua Nova**, São Paulo, n. 50, p. 159-183, 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452000000200009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 maio 2018.

PUFENDORF, Samuel. **Obras Completas**. v. 3: Elementos da jurisprudência universal. Herausgegeben von Thomas Behme. Berlin: Akademie Verlag, 1999.

\_\_\_\_\_. **Obras Completas**. v. 2: O Ofício. Herausgegeben von Gerald Hartung. Berlin: Akademie Verlag, 1997.

\_\_\_\_\_. **Obras Completas. v. 4:** Da natureza dos povos (Liber primus – Liber quartus). Herausgegeben von Frank Böhling. Berlin: Akademie Verlag, 1998 (1972).

\_\_\_\_\_. **O direito natural e o direito das gentes.** Caen: Presses Universitaires de Caen, 1989.

\_\_\_\_\_. **Os deveres do homem e do cidadão:** de acordo com as leis do direito natural. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. Samuel Pufendorf e o discurso dos direitos. In: **Síntese–Revista de Filosofia**, v. 37, n. 118. Belo Horizonte, 2010. pp. 243-266.

\_\_\_\_\_. O Contrato Social em Pufendorf. **Revista de filosofia Aurora**. v. 21, n. 28 (2009). Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/1213/1144>>. Acesso em: 19 Maio 2018.

\_\_\_\_\_. Teorias da lei natural: Pufendorf e Rousseau. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 30, n. 2, p. 219-234, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732007000200014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732007000200014&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 19 Maio 2018.

SCATTOLA, M. Ordem e imperium: das políticas aristotélicas do começo do séculoXVII ao direito natural de Pufendorf. In Giuseppe Duso (org.) **O Poder. História da Filosofia Política Moderna** (trad. de A. Ciacchi, L. C. Silva e G. Tosi). Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 94-110.

VILLEY, M. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

**Submissão: 10/02/2020 Aprovação: 08/05/2023**

## ANTINOMIAS FEDERATIVAS AMBIENTAIS: A CONCORRÊNCIA LEGISLATIVA E A PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO

*ENVIRONMENTAL FEDERATIVE ANTINOMIES: CONCURRENT LEGISLATION  
AND PREVAILING NORMS*

*Fernando José Armando Ribeiro*<sup>1</sup>  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

*Marcelo Azevedo Maffra*<sup>2</sup>  
Ministério Público de Minas Gerais

### **Resumo:**

O presente trabalho apresenta um estudo sistemático acerca dos limites da competência legislativa ambiental, integrado com a eficácia dos direitos fundamentais, em busca de soluções hermenêuticas para as antinomias entre normas editadas por diferentes entes federativos. O objetivo é responder se os estados e municípios, para proteger o seu patrimônio ambiental, podem editar regras mais restritivas do que aquelas constantes da legislação federal. A partir da análise da evolução do pensamento jurídico, a pesquisa procurou compreender as consequências hermenêuticas decorrentes do reconhecimento do equilíbrio ambiental como direito fundamental. O estudo traz reflexões críticas acerca do federalismo cooperativo brasileiro, especialmente sobre a dificuldade em alcançar o equilíbrio entre a autonomia dos entes periféricos e a unidade nacional do ordenamento jurídico. O trabalho apresenta um exame analítico sobre as regras da competência legislativa concorrente, com ênfase nos limites constitucionais impostos aos entes federativos. Por meio de ampla pesquisa bibliográfica, a pesquisa enfrenta as dificuldades práticas em conciliar a proteção ambiental regional com as normas gerais editadas no plano nacional. Ao final, o trabalho apresenta parâmetros hermenêuticos para auxiliar a solução das antinomias federativas ambientais, de forma a assegurar a máxima efetividade ao direito fundamental.

### **Palavras-chave:**

Direitos Fundamentais. Federalismo. Competência Legislativa. Meio Ambiente.

### **Abstract:**

The work presents a systematic study about the limits of environmental legislative competence, integrated with the effectiveness of fundamental rights, in search of hermeneutic solutions for the antinomies between norms edited by different federative entities. The objective is to answer whether states and municipalities, in order to protect their environmental heritage, can enact more restrictive rules than those contained in federal legislation. Based on the analysis of the evolution of legal thought, the research sought to understand the hermeneutic consequences arising from the recognition of environmental balance as a fundamental right. The study brings critical reflections on Brazilian cooperative federalism, especially on the difficulty in achieving a balance between the autonomy of peripheral entities and the national unity of the legal system. The work presents an analytical examination of the rules of concurrent legislative competence, with emphasis on the constitutional limits imposed on federal entities. Through extensive bibliographical research, the paper faces the practical difficulties in reconciling regional environmental protection with the general norms issued at the national level. In the end, the work presents hermeneutical parameters to help solve the federal environmental antinomies, in order to ensure the maximum effectiveness of the fundamental right.

### **Keywords:**

Fundamental rights. Federalism. Legislative Competence. Environment.

---

<sup>1</sup> Doutor em Filosofia do Direito. Pós-doutor pelo Univesidade da Califónia em Berkeley, Juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Doutorando em História e Bens Culturais pela FGV (2023). Mestre em Direito Público pela PUC/MG (2021). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho (2013). Graduado em Direito pela PUC/MG (2003). Promotor de Justiça do MPMG (2005). Atualmente é Coordenador das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural (2020-atual). Professor de Direito do Patrimônio Cultural. Promotor de Justiça.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou a proteção do meio ambiente à condição de direito fundamental, dedicando um capítulo específico a preservação ambiental.

Dentro de toda sistemática criada para garantir a efetividade da tutela da sadia qualidade de vida, o texto constitucional atribuiu aos entes federativos o poder-dever de legislar, concorrentemente, sobre a proteção ao meio ambiente. Dessa forma, União, estados, Distrito Federal e municípios podem editar legislação própria sobre o assunto, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Todavia, esse consórcio normativo requer um constante esforço hermenêutico para conciliar a autonomia dos entes federativos com a uniformidade do ordenamento jurídico nacional. A regra criada para ampliar ao máximo o espectro normativo de proteção acabou por conceber um complexo emaranhado de leis, que muitas vezes entram em rota de colisão e prejudicam a salvaguarda do bem jurídico ambiental.

Na prática, os entes federativos, não raramente, acabam se atropelando, de forma que tais superposições legislativas ensejam frequentes antinomias e que, nem sempre, são solucionadas pelos critérios hermenêuticos clássicos (cronológico, hierárquico e especialidade).

O cerne da questão é saber até onde vai a autonomia dos estados e municípios para regulamentar a utilização dos recursos naturais no âmbito regional e local. Em outros termos, os entes periféricos podem editar regras mais restritivas do que aquelas constantes da legislação federal?

O presente trabalho apresenta criterioso levantamento normativo e doutrinário envolvendo soluções práticas para as antinomias federativas ambientais. Os resultados indicam entendimentos bastante heterogêneos, especialmente no Supremo Tribunal Federal, que possui decisões diametralmente opostas sobre o tema.

Vê-se que o debate, apesar de não ser recente, permanece extremamente oportuno, pois subsiste a necessidade de aprofundamento nas reflexões para a adequada compreensão dos espaços legislativos reservados a cada um dos entes federativos. Principalmente porque a efetividade na proteção do meio ambiente não pode permanecer fragilizada pela controvérsia.

Até porque existe atualmente uma forte tendência no Brasil de fragilização das regras de proteção ambiental, especialmente no plano normativo federal, motivadas por pressões políticas setoriais que insistem em enxergar a preservação do meio ambiente como entrave

ao desenvolvimento econômico. Essa visão antropocêntrica e individualista tem ensejado um exponencial crescimento dos índices de desmatamento no país, notadamente pela expansão desordenada do agronegócio.

Nesse cenário, a presente discussão assume extrema relevância, já que, em que pese a manifesta desídia do Governo Federal no desenvolvimento de políticas preservacionistas, subsiste a possibilidade dos estados e municípios tutelarem o patrimônio ambiental dentro do seu âmbito territorial.

## **2. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DA MÁXIMA EFICÁCIA**

### **2.1 A evolução da hermenêutica jurídica**

Na idade média, o pensamento jurídico foi marcado por um forte dualismo entre o Direito Canônico e o Direito Civil. Naquela época, boa parte dos estudiosos do Direito, com destaque para a Escola dos Glosadores, dedicava-se a interpretação gramatical do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

A partir do século XV, o pensamento jurídico foi marcado pela busca de uma compreensão racional do Direito, baseada em critérios puramente científicos. Na busca da verdade objetiva, os métodos foram se tornando cada vez mais rígidos, com etapas estanques e formais, com o objetivo de purificar a ciência.

Até o início do século XX, a hermenêutica jurídica era calcada no pensamento objetivo e vista como um processo lógico e racional, voltado para a busca do sentido e alcance dos preceitos legais. A interpretação destinava-se a, por meio de métodos dedutivos, extrair a resposta correta da plenitude das regras jurídicas. As leis eram tidas como obras perfeitas e acabadas, que comportavam todas as situações fáticas possíveis, sendo desnecessária a utilização de elementos exteriores ao Direito.

Nesse contexto, Augusto Comte e John Stuart Mill inauguraram a corrente do positivismo jurídico, na qual o Direito resumia-se à lei. Em obediência à separação de poderes, o julgador limitava-se a investigar os fatos, já que a norma jurídica dispensa interpretação. Na lógica formal pura, a aplicação do Direito era o resultado de uma operação silogística perfeita, que se resumiria à sobreposição da premissa maior (lei) à menor (fato) até obter a conclusão (decisão).

O positivismo legalista ganhou força com a Escola da Exegese que, a partir do início da vigência do Código de Napoleão em 1804, passou a admitir a utilização de métodos de

interpretação para buscar a vontade do legislador (método subjetivo), mas apenas nos casos de obscuridade (vontade real) ou lacuna (vontade presumida) da lei.

No início do século XX, surge o positivismo normativista desenvolvido por Hans Kelsen, segundo o qual o Direito deveria afastar quaisquer influências externas, limitando-se às regras expressamente previstas no ordenamento. Na incansável busca pela objetividade científica, pregava-se a completa exclusão de quaisquer referências axiológicas, em uma completa separação do Direito das outras ordens sociais (política, moral, economia, religião, ética).

A partir de meados do século XX, começaram a eclodir diversos questionamentos sobre a validade dos métodos científicos puristas nas ciências sociais. O pensamento totalizador, que sustentava a existência de uma realidade imutável lastreada em certezas absolutas, foi gradativamente substituído pelo racionalismo crítico, onde o conhecimento é sempre provisório, refutável e corrigível.

Com o giro linguístico, a linguagem deixou de ser uma intermediadora entre sujeito e objeto e passou a ter uma função ontológica. Não há conhecimento puro e significados descontextualizados, pois o homem é que dá sentido às coisas e externa sua maneira de ver o mundo por meio da linguagem. Com efeito, a filosofia torna-se essencialmente hermenêutica, que se altera em perspectivas distintas.

A partir da fenomenologia de Martin Heidegger, a comunidade jurídica passa a perceber que a ação interpretativa é indissociável das concepções prévias do intérprete, pois o ser humano faz parte da história e está incluído na realidade que tenta compreender. Não há sujeito isolado no mundo e, por isso, nenhum método interpretativo será capaz de alcançar plenamente a tão sonhada neutralidade.

Outrossim, o caráter genérico e indeterminado, inerente às normas, impossibilitam uma leitura unívoca do comando legal. Apesar de vinculada ao ordenamento jurídico e orientar-se por procedimentos objetivos pré-estabelecidos, a ação interpretativa depende de aspectos construtivos e criativos na materialização das normas abstratas.

Na década de 1960, Hans-Georg Gadamer (2005, p. 261) defendeu que todo sujeito está mergulhado dentro de um contexto histórico do qual é impossível se dissociar totalmente. A compreensão está condicionada às experiências do intérprete, que lhe dá acesso ao mundo e antecipa os sentidos daquilo que se deseja compreender.

Paralelamente, o pós-positivismo surgiu para reaproximar o Direito da moral e da justiça, que passaram a funcionar como catalizadores de todo o ordenamento jurídico. Aos

poucos, ampliou-se o campo da visão jurídica para além da legalidade estrita, sem ignorar o direito posto e, ao mesmo tempo, sem socorrer-se de categorias metafísicas.

Os valores tornam-se parte integrante do ordenamento jurídico, na forma de princípios constitucionais implícitos ou expressos. Abandonou-se a ideia de que os princípios possuíam apenas uma dimensão axiológica, sem eficácia imediata. Constituem-se, doravante, como “mandamentos nucleares do sistema, disposições fundamentais que serviam, ao mesmo tempo, como fonte de unidade do ordenamento e critério para a adequada interpretação das normas jurídicas.” (BARCELLOS, 2018, p. 97).

A reinserção de elementos valorativos na hermenêutica livraram o Direito das amarras do purismo metodológico. Em consequência, o intérprete foi convocado a participar ativamente do processo de construção da solução para o caso concreto, trazendo consigo sua compreensão do mundo. A interpretação estará sempre condicionada por inúmeras variáveis e o sujeito precisa ter consciência da sua imersão na realidade, para trabalhar seus pré-conceitos nocivos dentro do processo hermenêutico.

Apesar de não existir uma única resposta correta, o que se busca, por meio da razão crítica, é o diálogo entre a carga de conhecimento preexistente com os novos argumentos que se apresentam, para, assim, renovar o círculo hermenêutico e alcançar a melhor solução para o caso concreto. O paradigma do Estado Democrático de Direito exige do intérprete um compromisso com a intersubjetividade, de modo que a interpretação deve ser o resultado da análise crítica de todas as leituras possíveis.

## **2.2 O espírito da Constituição**

A interpretação constitucional, além de compreender os elementos da hermenêutica tradicional, exige que o aplicador do Direito conheça as particularidades próprias da norma fundamental. A posição hierárquica da Constituição no ordenamento jurídico, bem como seu conteúdo político e a baixa densidade semântica do texto constitucional demandam cautela e discernimento do intérprete na utilização dos métodos clássicos.

A abertura textual da Constituição decorre da constante utilização de linguagem indeterminada, com expressões vagas e imprecisas, que exigem esforço hermenêutico para sua concretização. O modelo normativo axiológico é necessário para garantir a plasticidade de um texto com caráter permanente, que a todo tempo precisa se ajustar às frequentes mutações da realidade política e social, para preservar sua eficácia.

Para garantir longevidade à Constituição, evita-se o detalhamento do texto, que ensejaria rigidez normativa e dificultaria a adaptação do conteúdo à realidade. A técnica de redação imprecisa exige do intérprete a utilização dos valores constitucionais no processo de concretização dos enunciados normativos. A interpretação plausível da Constituição, entendida como instrumento de governo voltado para o bem da coletividade, deve afastar-se de uma leitura restritiva e literal e mirar na essência da norma fundamental, de forma a aclimatar a Constituição ao contexto fático, que varia de acordo com o tempo e as circunstâncias.

Os princípios que estão na base da comunidade política possuem “ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral, até mesmo para dar unidade e harmonia ao sistema.” (BARCELLOS, 2018, p. 101). Além do caráter deontológico, os princípios também funcionam como “critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema.” (MIRANDA, 2007, p. 176).

Significa dizer que a interpretação constitucional segue a trilha dos postulados básicos e valores supremos que o constituinte elegeu como fundamentos do Estado Democrático de Direito. É nos princípios fundamentais que reside a fonte primária de concretização do Direito, pois “são o *humus* fecundo de que se alimenta todo o projeto constitucional, aquelas dependem destes como fonte diretiva da missão política do Estado.” (PEIXINHO, 2015, p. 80).

O dinamismo da sociedade reivindica certa elasticidade da Constituição, já que sua rigidez a impede de acompanhar a velocidade das transformações sociais. “Interpretar a Constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la.” (BONAVIDES, 2014, p. 494). É o fenômeno da mutação constitucional, em há alteração do significado ou do alcance da norma constitucional, sem que exista mudança no texto expresso do dispositivo. “Muda o sentido sem mudar o texto” (CANOTILHO, 1993, p. 231).

O raciocínio torna-se ainda mais adequado quando opera para garantir maior efetividade dos direitos fundamentais, como veremos a seguir.

### **3. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO**

A Constituição de 1988 foi a primeira na história brasileira a conferir tratamento específico à proteção do meio ambiente, dedicando um capítulo inteiro, além de diversas outros dispositivos esparsos, sobre a matéria.

O patamar mínimo de qualidade ambiental está entre as necessidades sociais essenciais e insere-se dentro do âmbito de proteção da incolumidade da vida humana, que é o mais relevante de todos os direitos. Por isso, a salvaguarda de um mínimo existencial socioambiental é verdadeiro pré-requisito para o exercício de todos os demais direitos, já que é preciso estar vivo para usufruí-los.

Ademais, o direito à vida é muito mais abrangente do que a mera sobrevivência biológica, pois traz consigo o predicado constitucional da dignidade. Para o pleno desenvolvimento da personalidade humana a vida deve ser digna e saudável, o que demanda uma tutela mais ampla e qualificada do ambiente. A vida humana digna está na base do sistema jurídico e sua necessidade de proteção contra quaisquer ameaças antecede a de quaisquer outros direitos.

O art. 1º, III, da Constituição inseriu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, por constituir verdadeira pedra basilar e fonte de validade da ordem estatal. Caracteriza-se como matriz axiológica do ordenamento jurídico, cuja força hermenêutica ilumina todo o catálogo normativo para garantir a concretização dos direitos de personalidade.

Por força do dever de solidariedade, a atual concepção da dignidade ultrapassou a órbita individual de cada ser humano e passou a abranger a coletividade socioambiental na qual estamos inseridos, reconhecendo o valor intrínseco da natureza. É impossível dissociar a espécie humana do ambiente em que ela se desenvolve, de forma que é necessária a inclusão do aspecto coletivo (social) e ecológico na proteção jurídica conferida à dignidade humana.

Vale dizer, o atual estágio da sociedade de risco determinou alteração no anterior paradigma antropocêntrico, que apresentava uma visão meramente instrumental da natureza, para provocar verdadeira mutação na interpretação constitucional do art. 1º, III, ampliando o âmbito de proteção para abarcar não apenas a dignidade individual humana, mas de todos os seres vivos de forma coletiva. Por isso, trata-se de um direito fundamental destinado a interesses superiores do gênero humano.

A contextualização é indispensável para compreender o verdadeiro alcance do art. 225, da Constituição, que reconhece expressamente a higidez ambiental como direito fundamental dos seres vivos, ao dizer que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é “essencial à sadia qualidade de vida”. (BRASIL, 1988).

Ao mesmo tempo que reconhece a jusfundamentalidade do direito ao equilíbrio ecológico, o texto constitucional traz uma cláusula geral de responsabilidade para com os

recursos naturais. A dupla funcionalidade do dispositivo revela um verdadeiro direito-dever, já que os titulares do direito são também detentores de deveres fundamentais de proteção.

Os deveres fundamentais carregam consigo funções de defesa, correspondentes as obrigações de não atentar contra o equilíbrio ecológico, e prestacionais, relacionadas à adoção de medidas para a proteção ambiental. Isto é, a tarefa não se limita à não causar danos, abrange também a missão de agir para prevenir e reparar quaisquer lesões.

O dever geral de proteção já seria um consectário lógico da dimensão objetiva<sup>3</sup> do direito fundamental, que, por si só, obrigaria o Estado a garantir efetividade ao comando constitucional. No entanto, o constituinte houve por bem deixar expresso o compromisso estatal com a melhoria da qualidade ambiental, aumentando, assim, o grau de responsabilidade para com os recursos naturais.

Não há dúvidas de que a expressão genérica “poder público”, contida no art. 225, §1º, da Constituição Federal, abrange os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e todos os entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

O princípio da intervenção estatal compulsória inclui o adequado exercício da capacidade legislativa atribuída aos entes federativos, que têm a missão impostergável de disciplinar a proteção ambiental dentro das suas competências normativas. Para além de permitir que todos os entes federativos legislassem concorrentemente sobre a proteção dos bens ambientais, a Constituição exigiu a adoção de medidas capazes de assegurar a tutela efetiva do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É o que consta no Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: “Os Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente.” (ONU, 1992).

Competência não é faculdade, e sim poder-dever. No que toca aos direitos fundamentais, a discricionariedade legislativa reside apenas na maneira de garantir a eficácia social. A insuficiência de proteção, ou seja, quando a norma não é capaz de assegurar o amparo eficaz do núcleo mínimo, justifica inclusive a intervenção do Judiciário, para suprir a atuação deficiente do Legislativo.

---

<sup>3</sup> “A ideia de proporcionalidade como proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais - mesmo os de matriz liberal -, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente”. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013. p. 481).

### 3.2 Consequências hermenêuticas

Consideram-se fundamentais os direitos evidenciadores da dignidade humana e que mereceram reconhecimento pela Constituição. Não basta a essencialidade do direito, é imprescindível sua positivação no texto constitucional para ser considerado fundamental. É o que se denomina “essencialidade juridificada.” (COSTA NETO, 2003, p. 12).

Mas também é preciso conferir-lhes eficácia social, sob pena do texto constitucional tornar-se um repertório de promessas inalcançáveis ou um conjunto de súplicas à legislação infraconstitucional. Efetividade traduz a densificação do dever-ser, a realização do Direito no plano dos fatos, no mundo real. Significa tirar os direitos do papel e utilizá-los como instrumentos de transformação da realidade (art. 5º, §2º, CF).

Todo o sistema jurídico é substancialmente vinculado aos direitos fundamentais, que tem força normativa suficiente para “excluir alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigir alguns conteúdos como constitucionalmente necessários.” (ALEXY, 2015, p. 543). A relevância desses valores essenciais à sociedade determina que sua força normativa irradie por todo ordenamento jurídico, impondo aos três poderes a obrigação permanente de assegurar níveis eficientes de proteção, seja em razão do dever de progressividade, seja por aplicação do princípio da proporcionalidade.

Justamente por isso, os direitos fundamentais funcionam como “parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica” e “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”. É o que se denomina de “interpretação conforme os direitos fundamentais.” (SARLET, 2015, p. 77).

No mesmo sentido, ao dissertar acerca da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, Daniel Sarmiento (2004, p. 155) afirma que “os valores que dão suporte a estes direitos penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação dos dispositivos legais e atuando como diretrizes para o legislador, administrador e juiz”, especialmente em relação à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

A doutrina ressalta o inadiável compromisso do intérprete com a efetividade da Constituição: “entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.” (BARROSO, 2018, p. 94).

A abertura textual da Constituição traz consigo a utilização de conteúdos abertos e expressões indeterminadas, para permitir a constante atualização hermenêutica do texto. Daí a

importância dos princípios fundamentais enquanto definidores do espírito constitucional: eventuais dúvidas na interpretação dos preceitos constitucionais devem sempre militar em favor da efetividade dos direitos fundamentais.

No Direito Ambiental, a tese foi denominada de princípio do *in dubio pro natura*, segundo o qual o meio ambiente equilibrado deve funcionar como parâmetro da atividade interpretativa: quando existir dúvida acerca da melhor leitura jurídica, a escolha deve recair sobre aquela mais benéfica à qualidade ambiental.

O Ministro Antônio Herman Benjamin (2014), do Superior Tribunal de Justiça, explica que “na tarefa de compreensão e aplicação da norma ambiental é inadmissível que o juiz invente algo que não está, expressa ou implicitamente, no dispositivo ou sistema legal; no entanto, havendo pluralidade de sentidos possíveis, deve escolher o que melhor garanta os processos ecológicos essenciais e a biodiversidade.” (BENJAMIN, 2014, p. 172).

A tarefa do intérprete é analisar a norma com as lentes esverdeadas confeccionadas pelo Estado de Direito Ambiental. A luz do equilíbrio ecológico deve clarear o olhar sobre os conteúdos desalumiados da ordem jurídica, pois só assim será possível caminhar com o mínimo de qualidade ecológica até as futuras gerações.

Obviamente, não significa dizer que, do ponto de vista epistemológico, os direitos fundamentais estão em uma posição hierárquica superior aos demais dispositivos constitucionais. Todos os princípios e regras previstas no texto constitucional estão no mesmo plano jurídico-normativo, de forma que a interpretação adequada deve mirar na unidade e harmonia da Carta da República.

O que se defende é a garantia da efetividade da proteção ambiental, dentro do sistema lógico-formal existente. Portanto, para enfrentar o problema das antinomias federativas ambientais, o presente trabalho parte da premissa de que as normas jurídicas infraconstitucionais em conflito foram editadas em conformidade com o devido processo legislativo constitucional.

A proposta é que, quando o problema não for resolvido mediante verificação dos limites constitucionais ao exercício da competência legislativa, a solução das antinomias federativas ambientais seja realizada em benefício dos direitos fundamentais.

## **4. FEDERALISMO E PROTEÇÃO AMBIENTAL**

### **4.1 Federalismo cooperativo e pluralismo jurídico**

O federalismo foi concebido como forma de tentar conciliar antagonismos regionais, por meio da integração de populações historicamente independentes, mas que possuíam interesses sociais, econômicos, culturais ou políticos comuns. A fusão de comunidades heterogêneas em uma única nação é, até hoje, o maior desafio do sistema federativo, que visa equacionar interesses regionais com a prevalência da unidade nacional (BARACHO, 1986).

O modelo clássico de federalismo, concebido na Convenção da Filadélfia, em 1787, consagrou a técnica dos poderes enumerados à União e dos poderes reservados aos estados, com uma rígida separação de atribuições entre os entes federativos. A fórmula refletia um sistema extremamente segregacionista, de colaboração mínima entre os membros da federação.

A separação absoluta de competências que marcou o federalismo dualista está diretamente ligada ao modelo de Estado liberal adotado nos Estados Unidos, que não exigia grandes esforços da União na uniformização das questões nacionais.

No século XX, o surgimento do Estado social mudou totalmente a perspectiva da repartição de competências ao exigir unidade de planejamento e direcionamento na implementação de políticas públicas em escala nacional. Com efeito, o federalismo passou a ser compreendido como um princípio fundamental, que tem como finalidade reunir diferentes realidades políticas em um conjunto normativo comum, com atuação colaborativa entre os entes federativos.

O novo desenho veio para tentar equacionar as forças dentro do pacto federativo e incentivar a cooperação na execução dos objetivos comuns. Surge como remédio para combater a centralização de poderes e, ao mesmo tempo para conferir maior eficiência na repartição de funções. Seu grande mérito é permitir resultados uniformes, sem deixar de preservar a diversidade.

No Brasil, a forte inspiração oligárquica, que tanto influenciou as formatações anteriores, cedeu espaço para o aperfeiçoamento das estruturas federais na Constituição de 1988, que foram redesenhadas para a execução políticas públicas direcionadas ao desenvolvimento regional. O principal destaque foi o profundo aperfeiçoamento da cooperação entre os entes federativos e dos instrumentos voltados à superação das desigualdades regionais (BERCOVICI; SIQUEIRA NETO, 2008, p. 7).

As balizas do federalismo de equilíbrio estão assentadas no artigo 3º, da Constituição, que, ao elencar a redução das desigualdades regionais e a solidariedade como objetivos da República, outorga aos entes federativos a missão de atuar em conjunto na edificação do projeto de desenvolvimento nacional.

O trabalho cooperativo opera-se principalmente no exercício das competências comuns (administrativas) e concorrentes (legislativas), além constituir relevante vetor interpretativo nas relações federativas. Ao ampliar consideravelmente o rol da atuação conjunta, a Constituição contribuiu decisivamente para a transição do federalismo dual para o modelo cooperativo, em que prevalece a atuação sistêmica e integrada, sem comprometer a autonomia de cada um.

O papel central de fortalecer a unidade não pode implicar o esvaziamento da autonomia político-administrativa dos entes federativos e nem prejudicar o relacionamento horizontal igualitário entre eles. O equilíbrio dentro do pacto federativo pressupõe que sejam reservados os espaços para atuação dos estados e municípios, em perfeita harmonia com o conjunto nacional.

Nesse contexto, foi assegurado aos estados e municípios o direito de participar ativamente do processo de tomada de decisões políticas, especialmente por meio da experimentação legislativa. Os entes locais possuem plena capacidade de pensar modelos normativos adequados para a solução de seus problemas. Desses laboratórios legislativos podem surgir novas propostas sociais, políticas e econômicas, que eventualmente serão absorvidas pela União ou por outros entes federativos.

Sem dúvidas, a cooperação traz melhores resultados no desenvolvimento de diversas políticas públicas, dentre elas a proteção ambiental, que exige uma atuação colaborativa da sociedade com o poder público, nos três níveis da federação, para alcançar benefícios concretos.

Um dos grandes méritos do modelo federalista foi facilitar o acesso dos cidadãos ao poder público, ao aproximar as pessoas dos centros de poder. O exercício da cidadania pressupõe proximidade com as decisões políticas, de modo a permitir participação popular nas discussões. Até porque uma sociedade democrática é construída de baixo para cima.

A criação de vários centros de poder reforça o projeto de sociedade pluralista, conforme preconizado pelo preâmbulo e pelo art. 1º, V, da Constituição Federal. A participação popular está expressamente prevista no art. 1º, parágrafo único: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Para Habermas (2002, p. 59), a legitimidade do ordenamento jurídico exige a real participação dos envolvidos em todo o processo decisório, a fim de garantir a aceitabilidade social e reduzir os riscos do dissenso. Nesse contexto, o pluralismo jurídico é tido como um dos elementos essenciais do Estado Democrático de Direito, já que o povo é o verdadeiro

titular do poder e, conseqüentemente, deve participar coletivamente dos processos políticos. Os cidadãos não são meros destinatários das normas, cumpridores dos deveres materializados no ordenamento jurídico pelas oligarquias dominantes. A democracia clama pela permanente participação plural da sociedade no dinâmico processo de criação do Direito.

O pluralismo político é imprescindível para que o interesse público não seja monopolizado pelas forças de poder dominantes. A ampliação da participação social nos debates jurídicos não só propicia maior oxigenação na implementação das políticas públicas, mas também assegura o efetivo exercício do controle social e favorece a efetividade dos direitos fundamentais, pois facilita o acesso às informações e, com isso, permite um controle mais efetivo da execução das decisões políticas.

Portanto, conclui-se que existe uma forte relação entre federalismo, democracia e direitos fundamentais, pois a descentralização política favorece a participação social que, por sua vez, impulsiona o processo de efetivação do texto constitucional.

#### **4.2 Estado federal e repartição de competências**

O princípio federativo, consagrado nos artigos 1º e 18 da CF, pressupõe a descentralização política, com a pluralidade de centros autônomos de poder. O poder exercido pelos entes federativos recai sobre o mesmo povo e território, sendo imprescindível a distribuição constitucional das funções estatais para delimitar o campo de atuação de cada um.

Na Constituição Federal de 1988, a repartição das competências orienta-se pelo princípio geral da predominância do interesse, segundo o qual a União é responsável pelos assuntos de interesse nacional, ao passo que os estados cuidam das questões de interesse regional e os municípios das matérias de interesse local.

A regra de ouro foi muito bem definida por Celso Ribeiro Bastos (1988): “nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior”, ou seja, somente é da competência da União e dos estados aquelas tarefas que não podem ser adequadamente cumpridas pelos municípios. Logo, por força dos princípios da subsidiariedade e da predominância do interesse “o município prefere ao estado e à União. O estado, por sua vez, prefere à União.” (BASTOS, 1988, p. 416).

A subsidiariedade visa fortalecer a descentralização política e a autonomia dos entes políticos locais, favorecendo a democracia participativa. Apregoa-se o máximo respeito à

autonomia do ente federativo local, ao qual deve ser permitido o esgotamento das suas competências até o limite de suas possibilidades, antes da atuação dos entes federativos maiores.

Prioriza-se a atuação dos municípios, dada sua proximidade com os cidadãos, franqueando-lhe a plena oportunidade de agir e, somente quando não for possível a solução local, passa-se à esfera imediatamente superior. Igualmente, antes da atuação da União, deve-se permitir aos estados o esgotamento total das suas capacidades para tratar dos assuntos regionais.

A Constituição de 1988 distribui as tarefas aos entes federados utilizando dois modelos: horizontal e vertical. No primeiro, não há concorrência entre os entes federativos, cada um age separadamente dos demais, dentro do seu espaço reservado. No segundo, as matérias são partilhadas entre todos, que podem agir em conjunto. No modelo vertical, cabe à União a função garantir uniformidade nas questões nacionais, ao tempo que estados e municípios assumem a responsabilidade pelos assuntos regionais e locais, respectivamente.

#### **4.3 Repartição vertical de competências: concorrência legislativa**

No modelo originário de competências concorrentes, inaugurado na Constituição dos Estados Unidos da América, o ente central exercia apenas os poderes legiferantes enumerados. Os entes periféricos possuíam competência residual, para legislar sobre todos os outros assuntos que não fossem atribuídos à União.

A Constituição de Weimar, promulgada em 1919, na Alemanha, trouxe o modelo embrionário da competência concorrente limitada, no qual o poder regulamentar da União ficava restrito à edição de normas fundamentais e os estados responsáveis pelas normas de aplicação. A Lei Fundamental de 1949 ampliou significativamente as matérias atinentes à competência legislativa concorrente, que passou a abranger vinte e três assuntos diferentes. O extenso rol superou, de longe, a lista de competências exclusivas da União, trazendo maior equilíbrio ao federalismo alemão.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 apresentou um misto dos dois modelos, com várias hipóteses de competência concorrente clássica e algumas do sistema limitado. A mesma técnica foi repetida na Constituição de 1946, que compreendia seis casos de competência legislativa concorrente, ao tempo em que o texto constitucional de 1967 ampliou para nove as possibilidades de cumulação.

Em 1988, o constituinte originário optou pelo modelo de competência legislativa concorrente limitada, não cumulativo, atribuindo à União o poder de legislar sobre normas gerais e aos estados o poder de editar normas específicas para complementar a legislação nacional. A competência concorrente ilimitada permaneceu apenas em relação ao poder dos estados e municípios para suplementarem a ausência de norma geral editada pela União. Vejamos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre [...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (BRASIL, 1988).

Na concorrência<sup>4</sup> legislativa, permite-se a existência simultânea de normas federais, estaduais e municipais, que precisam funcionar juntas, de forma harmônica e integrada. Não há hierarquia entre elas, mas sim superposição de ordens jurídicas, que devem complementar-se (KELSEN, 2007, p. 183).

Trata-se de competência concorrente não cumulativa, onde o texto constitucional define os espaços reservados a cada um dos entes federativos, para exercer a sua competência com exclusividade, sem hierarquia. Logo, as antinomias não devem ser resolvidas pela supremacia da normatização nacional, mas pelas regras da competência legislativa concorrente: a inobservância dos limites estabelecidos pelo constituinte enseja a inconstitucionalidade da lei invasora.

A controvérsia reside no art. 24, §1º, da Constituição Federal, que trouxe um conceito jurídico indeterminado como elemento delimitador da competência concorrente, ao estabelecer que “a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.” (BRASIL, 1988).

Ao adotarmos os marcos tradicionais da Teoria do Direito, o conceito de normas gerais, por si mesmo, chega a ser ambíguo e contraditório. Afinal, todas as leis são, por definição, normas gerais, em razão do conteúdo abstrato<sup>5</sup>. O aparente desacerto semântico,

---

<sup>4</sup> Etimologicamente, o verbete “concorrente” pode significar adversário, inimigo ou oponente. Por outro lado, também pode refletir a ideia de convergente, simultâneo, concomitante ou cooperante. Evidentemente, à luz do federalismo cooperativo, o segundo sentido é o único possível na leitura do dispositivo constitucional.

<sup>5</sup> Para Kelsen (2009, p. 271) a lei é a norma jurídica geral positiva, que traz um comando amplo e abstrato, enquanto a decisão judicial é a norma individual, que regula a relação jurídica concreta.

embora compreensível pela abertura textual da Constituição, dificulta a determinação do alcance da regra, provocando uma avalanche de debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

As primeiras linhas sobre o assunto começaram a ser escritas na década de 1930 e ganharam maiores considerações a partir da previsão de normas gerais de Direito Financeiro no artigo 6º, XV, *b*, da Constituição de 1946. Nos idos de 1960, Geraldo Ataliba sustentava que a edição de normas gerais deveria ser feita de forma excepcional, a União só poderia atuar “nas áreas de atrito entre as unidades federadas, onde houver lacunas constitucionais insuscetíveis de preenchimento por qualquer das ordens parciais isoladamente” (*apud* ALMEIDA, 2013, p. 131).

Desde aquela época, prevalece o entendimento de que normas gerais devem limitar-se a estabelecer princípios e diretrizes, de forma aberta e com alto grau de abstração. Seu conteúdo restringe-se aos preceitos fundamentais, linhas mestras que indicam a direção a ser trilhada nas demais esferas. Regulamentam o básico, os contornos gerais, sem exaurir a matéria, sem trazer minúcias.

Significa dizer que, no sistema concorrente, as leis nacionais devem ter um caráter mais genérico e abstrato do que as leis regionais e locais. Não lhe é permitido esgotar o assunto, sob pena de invadir o campo de atuação dos demais entes federativos. O ente central deve respeitar o espaço destinado aos entes periféricos, aos quais cabe a regulamentação específica, de acordo com as peculiaridades regionais e locais.

Raul Machado Horta (1995, p. 419) defende que, no âmbito da competência concorrente, normas gerais devem ser leis quadros, molduras legislativas. Cabem aos estados e municípios complementá-las mediante o preenchimento dos claros deixados pelas leis de normas gerais, de forma a afeiçoá-las às peculiaridades locais e aperfeiçoar suas finalidades.

A edição de normas gerais nacionais tem por escopo assegurar um patamar mínimo de homogeneidade, segurança e estabilidade, de forma a prevenir que o excesso de diversidade se torne prejudicial a unidade da federação. A intenção é preservar “aquilo que a Constituição quer que seja nacional”, ou seja, “seu fim é a uniformização do essencial sem cercear o acidental, peculiar das unidades federadas”, o que “se justifica na medida em que a excessiva diversificação normativa prejudique o conjunto do país.” (MOREIRA NETO, 1988, p. 160).

No sentido empregado pelo texto constitucional, as normas gerais funcionam como condicionantes que limitam a atuação dos demais entes federativos, sem deles subtrair a capacidade legislativa. Não se pode confundir competência concorrente com competência

privativa da União, “centralizando algo que deve ser descentralizado. Uma norma geral não é uma norma completa e única, pois, se assim o fosse, pouco restaria ao federalismo.” (GUIMARÃES, 2005, p. 211).

A partir dos parâmetros definidos pela norma geral, cabem aos estados e municípios suplementarem a legislação federal, a partir das realidades regionais e locais.

Tomado no sentido etimológico, o verbo suplementar traz a ideia de acrescentar, completar ou ampliar. Paulo Affonso Leme Machado (2005) ressalta que “suplementar não é desunir. Suplementar não é somente ornamentar uma norma geral, como se a competência representasse uma superfluidade. Adicionar, completar e aprimorar a norma geral federal faz parte de um federalismo participativo e cooperativo”. O autor arremata dizendo que “a diversidade é própria do federalismo; admitir o contrário é retroceder ao regime unitário imperial.” (MACHADO, 2005, p. 269).

O âmbito de atuação das normas especiais também se orienta pelo princípio da predominância do interesse, de forma que ao ente federativo periférico cabe perquirir a adequação da norma geral às particularidades do seu território e, se for o caso, implementar medidas mais pertinentes aos problemas regionais ou locais. O objetivo é oportunizar a experimentação legislativa, as soluções caseiras, permitir diferentes abordagens.

Nesse contexto, a autonomia dos estados e municípios permite a edição de regras especiais que melhorem o nível de proteção trazido pela lei federal. Como bem registrou o Ministro Carlos Ayres Britto, as legislações suplementares têm o dever de “solver os déficits de proteção e defesa de que as normas gerais venham a padecer.” (BRASIL, 2019a).

#### **4.4 Competência legislativa para a proteção ambiental**

Como visto, o art. 24 da Constituição estabelece que, em relação à proteção do meio ambiente, a competência legislativa é, em regra, concorrente, de forma que cada um dos entes federados pode, de forma conjunta e coordenada, editar legislação própria sobre o assunto, observados os limites traçados pelo texto constitucional.

Em adição, o art. 30, I e II, da Constituição permitiu aos municípios suplementarem a legislação federal e estadual, além de legislarem genericamente sobre assuntos de

interesse local. A regra confere legitimidade para a regulamentação da proteção ao meio ambiente no âmbito municipal<sup>6</sup>.

Álvaro Luiz Valery Mirra (1994) compara o Direito Ambiental brasileiro a uma grande bacia hidrográfica, formada por um rio principal, representado pelas normas centrais do ordenamento jurídico, e seus afluentes, constituídos pelas normas específicas. Para ele “existe uma permanente interação e interdependência entre todos os elementos e entre todas as normas da ‘bacia’, uns influenciando e condicionando os outros.” (MIRRA, 1994, p. 11).

Cada um dos afluentes locais e regionais alimenta e aumenta a força do rio nacional, entregando-lhe vida. Por sua vez, é o principal que impulsiona o conjunto até a foz, onde dificilmente os afluentes chegariam sozinhos.

O mesmo ocorre em relação ao meio ambiente: a regulamentação das questões de interesse nacional deve ser feita de forma genérica pela legislação federal, funcionando como patamar mínimo de proteção<sup>7</sup>. A partir daí, estados e municípios atuam para melhorar o espectro de proteção, adequando a norma geral às suas singularidades. Este é o regramento básico de convivência dentro do condomínio legislativo.

Dito de outro modo, as normas gerais nacionais disciplinam questões comuns a todos os entes federativos e funcionam como piso de proteção ambiental em todo território nacional. Estados e municípios podem complementar a regra geral para impor exigências mais defensivas aos bens jurídicos ambientais. A inobservância do patamar mínimo nacional de proteção enseja a inconstitucionalidade dos atos complementares menos restritivos.

A descentralização do poder de legislar em matéria ambiental deve ser lida à luz do art. 225 da Constituição, que impõe a todos os entes federativos o dever simultâneo de atuar na proteção e preservação dos recursos naturais. A atuação integrada é própria do modelo

---

<sup>6</sup> A questão já foi decidida pelo STF: “O município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c o art. 30, I e II, da CRFB)”. (BRASIL, 2015a).

<sup>7</sup> Nesse sentido foi o voto do Ministro Francisco Rezek no julgamento da Representação 1.153/RS, em que o STF discutiu a constitucionalidade de legislação estadual do Rio Grande do Sul sobre agrotóxicos: “Seria flagrante despropósito, contudo, entender que as normas federais estabelecem limites máximos à proteção da saúde, quando, na realidade essas normas constituem um piso, a partir do qual cada estado desdobrará, na conformidade de suas condições e interesses próprios, o patrimônio legislativo. Não há como conceber possa a União, valendo-se de regra que permite estabelecer normas gerais de defesa e proteção da saúde, fixar limites a esse empenho protetivo – porventura mais firme em algumas das unidades federadas – em nome da salvaguarda de outros valores, de outros bens jurídicos que não a própria saúde. Assim, neste exato domínio, jamais poderia reputar-se ofensivo à Constituição a lei estadual que multiplicasse as cautelas e os métodos de defesa da saúde, salvo quando ofensiva à outra norma constitucional, concebida para preservar valor jurídico diverso”. (BRASIL, 1985).

cooperativo, que, em consonância com o dever solidário de proteção ambiental, exige a participação ativa de todos os entes federativos na gestão socioambiental.

O objetivo da concorrência legislativa é equilibrar a autonomia dos entes federativos com a unidade da federação. Fortalece o conjunto, sem aniquilar as particularidades. Dessa maneira, fica preservada a homogeneidade da tutela socioambiental em todo país e, simultaneamente, garante liberdade para a regulamentação das especificidades de cada região.

Evidentemente, para ser efetiva, a proteção ambiental deve ser planejada da forma mais ampla possível, a partir de uma visão global e integrada dos ecossistemas. É fundamental que a União exerça a missão de assegurar um patamar mínimo de proteção em todo país, por meio de uma política nacional de meio ambiente aplicável de forma homogênea à federação. A autonomia dos estados e municípios não pode comprometer a uniformidade nacional em relação ao piso de qualidade ambiental. Podem sim, como dito, ampliar o nível de proteção ao meio ambiente, de acordo com suas singularidades.

Eventuais antinomias federativas devem ser primeiramente analisadas à luz dos limites constitucionais da competência legislativa concorrente, de modo que a norma editada fora do espaço reservado, por ser inconstitucional, contentar-se-á em reverenciar a incidência do ato normativo válido, seja ele federal, estadual ou municipal.

O problema reside nos casos em que não existe clareza acerca da obediência às regras constitucionais da competência legislativa. Vale dizer, eventual conflito normativo pode resultar da impossibilidade de definir precisamente, no caso concreto, o que são normas gerais e especiais, já que estamos lidando com conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse cenário é que surge a necessidade de identificar outras diretrizes hermenêuticas capazes de orientar adequadamente os aplicadores do Direito a determinar qual é a norma regente do caso concreto.

#### **4.5 Antinomias federativas e a prevalência da proteção**

A dificuldade prática reside na precisa definição dos espaços reservados para cada ente federativo. Os limites para o exercício da competência legislativa concorrente são estabelecidos por critérios constitucionais abertos. A predominância do interesse e a especialidade da norma são, à primeira vista, os elementos que orientam o intérprete na solução das antinomias federativas.

A abertura da linguagem, própria do texto constitucional, exige uma postura ativa e um compromisso ético do intérprete com o conteúdo axiológico e com os princípios fundantes da ordem jurídica, dentre os quais está o equilíbrio ambiental.

Os direitos fundamentais são o centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico e sua força irradia para todas as outras fontes do Direito. A máxima eficácia garantida pelo art. 5º, §1º, da Constituição traz um comando de otimização direcionado aos intérpretes e simboliza um vigor normativo privilegiado, impondo ao poder público e à sociedade a impostergável tarefa de agir em busca da sua plena realização (SARLET, 2015, p. 242).

Do ponto de vista estrutural, os conceitos jurídicos indeterminados<sup>8</sup> trazem consigo um considerável espaço de dúvidas, que precisa ser lido de forma sistemática com os demais postulados da Constituição. A dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do sistema jurídico, funciona como farol hermenêutico para clarear o significado das expressões imprecisas e orientar a aplicação do conjunto normativo<sup>9</sup>.

No Direito Ambiental, o princípio do *in dubio pro natura* é responsável por auxiliar a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, de modo que a dúvida deve militar a favor da efetividade na proteção ambiental. Assim, a concorrência legislativa, quando não for possível solucionar o conflito pelos limites constitucionais da competência, a melhor solução hermenêutica é optar pela prevalência do comando legal que confere maior proteção ao meio ambiente, para permitir que o consórcio normativo funcione de forma sistêmica.

Paulo José Leite Farias (1999) defende a mesma tese:

Eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional (*in dubio pro natura*) [...]. Assim, teleologicamente, assegura-se a possibilidade de norma estadual estabelecer proibições, onde a lei federal permita, bem como que a lei federal estabeleça patamares mínimos de proteção ambiental a serem observados em todo o País, dando-se efetividade à proteção ambiental e ao desenvolvimento auto-sustentável. (FARIAS, 1999, p. 356).

O raciocínio também é sustentado por Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2019):

---

<sup>8</sup> A estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados comporta uma zona de certeza, em que não existem dúvidas quanto a sua interpretação razoável. A zona de certeza positiva é representada pelo campo em que predomina uma noção clara acerca da aplicação do conceito, ao passo que a zona de certeza negativa corresponde ao espaço em que existe certo consenso sobre a não incidência do conceito. Todavia, entre as zonas de certeza vigora uma grande zona de incerteza (halo conceitual), bem maior que as outras, onde predominam as dúvidas quanto à sua aplicação.

<sup>9</sup> As “competências legislativas, administrativas e judiciais encontram seu limite sempre nos direitos fundamentais; estes excluem da competência estatal o âmbito que protegem, e, nessa medida, vedam sua intervenção.” (HESSE, 2009, p. 36).

Desta forma, podemos afirmar que à União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos estados e municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um “teto” de proteção. Com isso, oportuno frisar que os estados e municípios jamais poderão legislar, de modo a oferecer menos proteção ao meio ambiente do que a União, porquanto, como já ressaltado, a esta cumpre, tão-só, fixar regras gerais. [...]

Em linhas gerais, podemos concluir que a competência legislativa em matéria ambiental estará sempre privilegiando a maior e mais efetiva preservação do meio ambiente, independentemente do ente político que a realize, porquanto todos receberam da Carta Constitucional aludida competência (arts. 24, V, VI e VII e 30, I). (FIORILLO, 2019, p. 203).

A asserção encontra guarida na jurisprudência, com destaque para o voto do Ministro do STF, Ayres Britto, proferido no julgamento da ADI 3.357/RS:

Parece-nos claro que eventual colisão normativa há de ser compreendida em termos de proteção e defesa; isto é, o exame das duas tipologias de leis passa pela aferição do maior ou menor teor de favorecimento de tais bens ou pela verificação de algo também passível de ocorrer: as normas suplementares de matriz federativamente periférica a veicular as sobreditas proteção e defesa, enquanto a norma geral de fonte legislativa federal, traindo sua destinação constitucional, deixa de fazê-lo. Ou, se não deixa totalmente de fazê-lo, labora em nítida insuficiência protetiva e de defesa. [...] Lei Estadual que, ao proibir a comercialização de produtos à base de amianto, cumpre muito mais a Constituição da República no plano da proteção da saúde (evitar riscos à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente). Quero dizer: a legislação estadual é que está muito mais próxima do sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em tema de direitos fundamentais. (BRASIL, 2019e).

Obviamente, a presente proposta hermenêutica aplica-se apenas aos conflitos federativos entre as normas formal e materialmente válidas, ou seja, editadas sob o rito do devido processo legislativo, em consonância com o conteúdo constitucional, lastreadas em evidências científicas e amparadas em critérios razoáveis. A discussão aqui apresentada só faz sentido no plano da eficácia normativa.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização de elementos subjetivos é inerente à atividade interpretativa, principalmente em decorrência da imprecisão da linguagem, razão pela qual a hermenêutica contemporânea não mais se ocupa em alcançar a neutralidade científica, tão almejada até meados do século passado.

No Direito, a generalidade e a indeterminação das normas jurídicas impossibilitam uma leitura única dos seus comandos, sendo imprescindível a utilização dos princípios fundamentais

para orientar a interpretação, de modo a garantir a coerência geral do sistema. Os valores essenciais, além de conferirem legitimidade a ordem jurídica, são a fonte primária da exegese constitucional e, por isso, vinculam a atividade interpretativa.

Nesse contexto, evidencia-se a importância dos direitos fundamentais enquanto princípios estruturais da Constituição. Sua força irradia por todo ordenamento jurídico, de modo a impulsionar a aplicação de conjunto normativo. Com efeito, em razão da aplicabilidade direta e da eficácia imediata previstas no art. 5º, §1º, do texto constitucional, os intérpretes estão juridicamente vinculados à efetiva proteção dos valores mais importantes para a sociedade, dentre os quais está a sadia qualidade de vida e o desenvolvimento sustentável.

A Constituição reconheceu expressamente a higidez ambiental como direito fundamental de todos os seres vivos, ao proclamar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida. Trata-se de direito fundamental de caráter difuso e bem de uso comum do povo, pertencente à sociedade atual e às futuras gerações.

O compromisso político assumido no texto constitucional obriga que a presente geração assegure, no mínimo, a existência de um meio ambiente nas mesmas condições que recebeu. Portanto, para além de restringir a livre iniciativa e o direito de propriedade, a promoção da qualidade ambiental constitui impostergável diretriz a ser observada em toda atividade estatal.

O texto constitucional consagrou a intervenção estatal compulsória ao determinar que o poder público é, junto com a sociedade, responsável pela tutela ambiental. Esse dever de promoção da qualidade ambiental vincula as ações do poder público e inclui o adequado exercício da capacidade legislativa pelos entes federativos, que têm a impostergável tarefa de regulamentar a utilização dos recursos naturais de modo a preservá-los para as presentes e futuras gerações.

A responsabilidade legislativa ambiental solidária ajusta-se ao nosso modelo de federalismo cooperativo, onde a descentralização política materializa-se de forma coordenada entre os entes federativos. Visando conciliar a unidade da Federação com a preservação das diversidades regionais, a Constituição distribuiu os poderes de acordo com a predominância do interesse: o ente central ocupa-se das questões nacionais e os entes periféricos possuem autonomia para tratar dos problemas regionais e locais.

Em complemento, o princípio da subsidiariedade estabelece uma ordem de preferência dos menores níveis federativos em detrimento dos maiores. Significa que os municípios possuem prioridade nas decisões políticas e, apenas quando for impossível a solução no âmbito local, passa-se à esfera imediatamente superior. Da mesma forma, antes

da atuação da União, aos estados devem ser permitido esgotamento total das suas capacidades para tratar dos assuntos regionais.

Foi nesse cenário que a Constituição compartilhou entre os entes federativos a capacidade legislativa em matéria ambiental. A União limita-se a editar normas gerais, enquanto estados e municípios têm o poder de suplementação. A legislação nacional funciona como piso de proteção, de modo que os entes periféricos podem apenas ampliar o espectro defensivo. A inobservância do patamar mínimo previsto no plano nacional enseja a inconstitucionalidade dos atos suplementares menos restritivos.

Sob o prisma do federalismo cooperativo, a uniformidade da tutela ambiental no país não pode ensejar o esvaziamento da autonomia político-administrativa dos entes federativos periféricos. A União deve respeitar os espaços legislativos reservados para atuação dos estados e municípios, que, dentro do princípio da predominância do interesse, possuem capacidade para desenvolver mecanismos efetivos para a proteção dos recursos naturais regionais e locais.

Indubitavelmente eventuais antinomias federativas devem ser primeiramente analisadas à luz dos limites constitucionais da competência legislativa concorrente, de modo que a norma editada fora do espaço reservado, por ser inconstitucional, contentar-se-á em reverenciar a incidência do ato normativo válido, seja ele federal, estadual ou municipal.

A dificuldade prática reside na precisa definição dos espaços reservados para cada ente federativo. Os limites para o exercício da competência legislativa concorrente são estabelecidos por critérios constitucionais abertos, quais sejam, a predominância do interesse e a generalidade ou especialidade das normas.

Tais conceitos jurídicos indeterminados trazem consigo consideráveis espaços de dúvidas, que precisam ser lidos de forma integrada com os demais postulados da Constituição. Nesse contexto, a sadia qualidade de vida funciona como farol hermenêutico para clarear o significado das expressões imprecisas e orientar a aplicação do conjunto normativo.

O princípio do *in dubio pro natura* funciona como norte na identificação da direção interpretativa que melhor defenda o direito fundamental ao equilíbrio ecológico. Isto é, a dúvida na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados deve ser resolvida em prol da preservação ambiental, de forma que o consórcio normativo funcione de forma sistêmica e seja conferida máxima eficácia à tutela da biodiversidade.

A promoção da qualidade ambiental é preceito de observância obrigatória na exegese do ordenamento jurídico. O aplicador do Direito foi incumbido pelo texto constitucional de buscar a interpretação mais adequada à preservação do equilíbrio ecológico para as futuras

gerações, de forma que, quando existir mais de uma leitura possível, a solução deve optar por aquela que garanta maior efetividade ao direito fundamental.

Obviamente, a presente proposta hermenêutica aplica-se apenas aos conflitos federativos entre as normas formal e materialmente válidas, ou seja, editadas sob o crivo do devido processo legislativo, em consonância com o conteúdo material da Constituição, lastreadas em evidências científicas e amparadas em critérios razoáveis. A discussão aqui apresentada só faz sentido no plano da eficácia normativa.

A tese sustentada no presente trabalho representa a leitura das regras de competência legislativa concorrente na sua melhor luz, voltada para a concretização dos valores mais importantes para a sociedade. Até porque o momento atual exige uma postura ativa dos intérpretes em prol da máxima efetividade do texto constitucional, enquanto ainda há tempo para assegurar o equilíbrio ambiental para as gerações futuras.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BENJAMIN, Antônio Herman. Hermenêutica do novo Código Florestal. In BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina: edição comemorativa, 25 anos**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Dout25anos/issue/archive>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. O artigo 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. **Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, Ano 2, nº 6, p. 49-65, abr./jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 6 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI nº 3.356/PE. Relator: Eros Grau, 30 nov. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Pleno). ADI nº 3.357/RS. Redator do acórdão: Dias Toffoli, 30 nov. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI nº 3.406/RJ. Relatora: Rosa Weber, 29 nov. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI nº 3.470/RJ. Relatora: Rosa Weber, 29 nov. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI nº 3.937/RS. Redator do acórdão: Dias Toffoli, 24 ago. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI nº **6.341/DF**. Relator: Marco Aurélio, 15 abr. 2020. Brasília: STF, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 06 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI nº **6.343/DF**. Relator: Marco Aurélio, 06 maio. 2020. Brasília: STF, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADPF nº 109/SP. Relator: Edson Fachin, 30 nov. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADPF nº **672/DF**. Relator: Alexandre de Moraes, 08 abr. 2020. Brasília: STF, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075&ori=1>>. Acesso em: 06 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). MC/ADI nº 3.937/SP. Relator: Marco Aurélio, 04 jun. 2008. Brasília: **Diário de Justiça Eletrônico**, 10 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). RE nº 586.224/SP. Relator: Luiz Fux, 05 mar. 2015. Brasília: **Diário de Justiça Eletrônico**, 08 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Representação nº 1.135/RS. Relator: Oscar Corrêa, 23 fev. 1983. Brasília: **Diário de Justiça**, 13 maio 1983, p. 6.497.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 7. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2005.

GUIMARÃES, Verônica Bezerra. As competências federativas para o controle da poluição do ar causada por veículos automotores. In KRELL, Andreas Joachim. (Org.) **A aplicação do direito ambiental no Estado federativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 205-265.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão descentralizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEITE, José Rubens Morato. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 21, n. 41, p. 203-224, nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Federalismo, amianto e meio ambiente: julgado sobre meio ambiente. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 258-267.

MAFFRA, Marcelo Azevedo. O novo Código Florestal e a prevalência das leis estaduais e municipais mais protetivas ao meio ambiente. *In* ALMEIDA, Gregório Assagra de (Org.); SOARES JUNIOR, J. (Org.); BADINI, L. L. (Org.). **Coleção Ministério Público e direitos fundamentais: Meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 706, ano 83, ago. 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, n.100, p. 127-162, out./dez. 1988.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMAMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporâneo: uma análise de teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RENCK, Maria Helena Pinheiro; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Considerações sobre a morfologia dos princípios do Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 32, dez. 2013.

RIBEIRO, Fernando Armando. **Constitucionalismo e teoria do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O meio ambiente como direito difuso e a sua proteção como exercício de cidadania. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 30, jul./dez. 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

**Submissão: 05/06/2020 Aprovação: 14/05/2023**

## **DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRABALHO: DESVENDANDO AS ESTRUTURAS DA PRECIFICAÇÃO E ASSALARIAMENTO POR MEIOS DIGITAIS**

*ECONOMIC DEPENDENCE AND DIGITAL WORK PLATFORMS: UNDERSTANDING  
THE STRUCTURES OF PRICING AND WAGE THROUGH DIGITAL MEANS*

*Murilo Sampaio Carvalho Oliveira*<sup>1</sup>  
Universidade Federal da Bahia

### **Resumo:**

Este texto discute a regulação do trabalho em plataformas digitais, a partir do resgate da ideia dependência econômica expressada pela precificação praticada. Inicia refletindo sobre tecnologia, a concepção da natureza cultural desta, as questões contemporâneas dos algoritmos e a produção massiva de dados. Adiante, investiga os caracteres e tipologias das plataformas digitais de trabalho como o novo modelo tecnológico de organização do trabalho em ascensão, ressaltando o contraste entre a sua eficiência econômica e a precariedade das condições concretas de trabalho daqueles sujeitos classificados como parceiros autônomos. Em seguida, demonstra-se a aplicabilidade da regulação do Direito do Trabalho para plataformas digitais classificadas como dirigentes, especificamente pela retomada do critério da dependência econômica mediante o método da precificação, inclusive percorrendo as críticas a tal conceito e seu uso em algumas decisões judiciais. Durante todo o texto, os exemplos dados estão ancorados a partir da empresa Uber, como estudo de caso concreto. Valendo-se do método dialético e de uma abordagem transdisciplinar de caráter sociojurídica-crítica, foram manejadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental sobre julgados. Nas conclusões, apresenta-se uma reflexão crítica sobre as questões semânticas e seus usos ideológicos, indicando a necessidade urgente de regulação do trabalho em plataformas digitais.

### **Palavras-chave:**

Plataformas digitais de trabalho. Salário por peça. Dependência econômica. Proteção Trabalhista.

### **Abstract:**

This work discusses the labor regulation in digital platforms, as of recovering the idea of expressing economic dependence through the pricing performed in such business model. The starting point was reflecting on concept of the historical and cultural natures of technology and contemporary questions regarding the algorithms and mass production of data. Further on, the characteristics and typologies of digital labor platforms were investigated as a new and rising technologic model of work organization, emphasizing the contrast between this activity's economic efficiency and the precariousness of the actual working conditions of those individuals/subjects classified as partners and self-employed. Then, it was demonstrated that Labor Law regulation is applicable to those digital platforms categorized as controlling/leading, specifically by reconsidering the criterion of economic dependence as the method of pricing, including the existing criticism on said concept and its use applied in judicial decisions. Throughout the text, the examples used are based on the company Uber, as case studies. Using the dialectical method and a multidisciplinary, socio-juridic and critical approach, there were conducted bibliographic and documental research techniques. By way of conclusion, a critical reflection on the semantical questions and their ideological uses is presented, indicating an urgent need to regulate work in digital platforms.

### **Keywords:**

Digital labor platforms. Piece-rate wage. Economic dependence. Labor protection.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre, Especialista e Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Relações Laborais pela *Universidad de Castilla-La Mancha* na Espanha. Professor Adjunto da UFBA em Direito e Processo do Trabalho. Membro da Associação de Juizes para a Democracia – AJD. Juiz do Trabalho na Bahia.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo científico sintetiza estudos sobre a regulação jurídica laboral incidente nas plataformas digitais de trabalho. Na busca por modelos regulatórios compromissários da proteção social, foram examinadas, de modo crítico e interdisciplinar, a organização e funcionamento das chamadas plataformas digitais de trabalho como modelo empresarial, as condições concretas de trabalho nesses ambientes e aplicabilidade da categoria jurídica da dependência econômica como critério adequado à caracterização do vínculo empregatício.

A partir do método dialético e numa abordagem transdisciplinar, notadamente de caráter sociojurídica-crítica que problematiza a realidade social e a forma jurídica-normativa (FONSECA, 2009, p. 52-55), foram manejadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental sobre julgados, com predominância de leituras e fichamentos de artigos de periódicos e publicações especializadas. Com o intuito de não reproduzir e legitimar estrangeirismos, os termos de outras línguas – muito frequentes nos debates tecnológicos (“tech”) – foram primeiro mencionados no vernáculo e depois na expressão inglesa ou estrangeira correspondente.

A diretriz deste episteme crítica metodológica guiou a percepção da realidade do trabalho organizado em modelos de gestão altamente tecnológicos na perspectiva da totalidade. Afastou-se, assim, do senso comum de analisar o trabalho mediado por plataformas como resultado exclusivo da condição individualizada concreta do trabalhador bem perfilada na aparência de autonomia e liberdade, que muitas vezes é total ou exclusivamente singular. Focou-se sim na totalidade sobre a coletividade dos trabalhadores – frequentemente referida como “multidão” pelo seu perfil amorfo, para fins de análise dos expedientes de controle sobre o trabalho alheio.

Por isso, a análise deu-se pelo viés da totalidade da relação, no sentido de olhar para a “empresa” que estrutura a atividade e não olhar para um trabalhador individualizado, às vezes, perdido numa “trama” alheia. Justamente no processo de totalização e de compreensão das relações sociais constitutivas da noção, demarcadamente histórica, de tecnologia, percebe-se a desproteção nesse modo de trabalho provém mais da força ideológica e da correlação das disputas políticas-econômicas do que de argumentos tecnológicos, seja nas versões de um determinismo ou solucionismo tecnológico.

O ponto de partida foi a reflexão sobre a tecnologia e sua imbricação com os processos produtivos, em especial a concepção da natureza cultural e histórica de tecnologia como forma de trabalho abstrato e as questões contemporâneas dos algoritmos e produção massiva de dados (big data). Adiante, foram investigados os caracteres e tipologias das plataformas digitais de

trabalho como o novo modelo tecnológico de organização do trabalho em ascensão, ressaltando o contraste entre a eficiência econômica desta atividade e a precariedade das condições concretas de trabalho daqueles sujeitos classificados como parceiros e autônomos. Em seguida, demonstrou-se a aplicabilidade da regulação do Direito do Trabalho para aquelas plataformas digitais classificadas como dirigentes, especificamente pela retomada do critério da dependência econômica mediante o método da precificação. Durante todo o texto, os exemplos dados estão ancorados a partir da empresa Uber, como ilustração da análise deste caso concreto e não em abstrações sobre os modos e condições de trabalho em plataformas.

## **2. TRABALHO E TECNOLOGIA**

A pandemia do Covid-19 acelera de sobremodo o anterior trajeto expansionista da tecnologia digital. As mais variadas ações humanas no ambiente não-presencial propiciam a construção simbólica e ideológica da noção de “mundo digital” que organiza uma tipologia de economia – e, igualmente, um modo de trabalho – apropriada a este ambiente virtual. Impõe-se, assim, perquirir as imbricações entre trabalho, tecnologia (digital) e sociabilidade.

A informação é elemento central desta contemporânea construção tecnológica, viabilizando até a ideia de que a ação sobre conhecimento produz mais conhecimentos, o que Castells (2011) designa por “informacionismo” e os ciclos de realimentação entre inovação e informação. Neste paradigma informacional, as tecnologias são baseadas em agir sobre a informação e na penetrabilidade na vida cotidiana, o que estimula modelos empresariais baseados em uma rede ou conglomerado de grandes empresas e pequenas e médias, sob direção de um projeto comum.

Castells (2011, p. 267) descreve a ideia geral do pós-industrialismo como a compreensão de que a geração de conhecimento seria o principal vetor da atividade econômica na sociedade da informação. O eixo predominante da economia seria, então, a prestação de serviços em razão do declínio da atividade industrial, com a conseqüente valorização das profissões especializadas em conhecimento. Esta organização empresarial em rede permite a precariedade do trabalho por meio de terceirização e a subcontratação, embora o autor ressalte que a imbricação entre inovação tecnológica e desvalorização do emprego seja uma expressão mais de ordem política e econômica, conforme os fatores de cada país, do que um dado técnico.

Em Deleuze (1990), é possível antecipar que a atividade econômica se organiza de modo disperso e desterritorializado no sentido de mecanismos de controle distintos daquele típico controle fabril fordista. O “controle ao ar livre” exposto por Deleuze é de índole subjetiva e

associado às estratégias comunicativas de liberdade, bem adequado às dinâmicas de atividades de serviços. Han (2020) prossegue caracterizando a sociedade atual como igualmente diversa daquela sociedade disciplinar foucaultiana – a fábrica era um exemplo sintomático daquele modelo –, apontando que o controle por desempenho que, na dimensão da subjetividade, resulta maior produtividade num cenário de aparência de autonomia, o que denomina de coincidência entre liberdade e coação que gera uma “auto-exploração”.

Nesse contexto de pós-industrialismo, informacionismo, economia de serviços e organizações desterritorializadas, as atuais e profundas mudanças tecnológicas recebem o epíteto de Quarta Revolução Industrial por Schwab (2016), que distingue tais novidades daquelas relacionadas à microeletrônica, semicondutores, computação pessoal e internet. A inteligência artificial, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, impressão em terceira dimensão, nanotecnologia, biotecnologia, ciências dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica são apresentados como artefatos da revolução tecnológica em curso. As atuais transformações tecnológicas se dão em alta velocidade exponencial e com tamanha amplitude e profundidade que as mudanças são sistêmicas diante de cada vez mais interações entre os sistemas físicos e virtuais.

A tecnologia sempre foi um elemento central na produção capitalista com o objetivo de alcançar mais produtividade e assim ganhar a concorrência. Particularmente no âmbito do trabalho, Wajcman (2018) lembra que a tecnologia tem servido para ampliar a produtividade e impor ritmos velozes de trabalho e, em contraste, mesmo com mais tecnologia e mais produtividade, falta tempo livre aos trabalhadores.

Quando essa concorrência se torna mundializada, essa tecnologia é também estruturada como meio principal de organização das empresas. Com isso, Wolff (2009) afirma que a concorrência da globalização funciona como fator de expansão das tecnologias de informação e comunicação. Com as tecnologias de informação e comunicação (TIC), a gestão da informação então é a estrutura organizativa que, no modelo digital de empresa, governa com mais controle e onipresença os fatos e as ações dos envolvidos, mediante os registros desses como dados, viabilizando cada vez mais programações, aqui como sinonímia de algoritmo.

Um dos conceitos-chaves deste novo padrão tecnológico é o algoritmo. Mazzotti (2017) conceitua algoritmo digital como conjunto de instruções, formuladas em linguagem de computador, para a resolução de problemas, em que uma entrada correta e a observância das instruções irá resultar na saída desejada. Ao empregar esta noção de algoritmo ao modelo digital, acrescenta que os algoritmos digitais aspiram a mecanização do pensamento humano com o propósito de torná-los mais eficientes e confiáveis. Contudo os problemas da falta de

conhecimento total do algoritmo, sua base de dados de entrada e suas instruções geram as questões de opacidade, tornando pouco transparentes tais programações.

Para os usuários de sistemas do ciberespaço, os algoritmos, conforme denuncia Silva (2017, p. 323), tem um alto potencial de condicionamento de condutas sobre seus usuários. Por não terem conhecimento, controle ou mesmo a capacidade de modificação sobre as regras de funcionamento dos algoritmos, os usuários figuram numa posição de dependência virtual ou tecnológica em relação àquele que detém ao código-fonte. Por outro lado, este mesmo código-fonte implementa uma governamentalidade algorítmica que, segundo Rouvroy e Berns (2018), que se dá em três momentos: coleta de quantidade massiva de dados; tratamento de dados e produção de conhecimento; ação sobre comportamentos. Estas noções de tecnologia digital e algoritmo são essenciais para a compreensão do conceito de plataforma digital de trabalho.

### **3. PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRABALHO**

As aplicações tecnológicas citadas acima constituem o novo modelo de negócios designadas como plataformas digitais de trabalho que, junto com o comércio digital e “plataformas industriais” (indústria 4.0), formam o cenário mais macro da economia digital, ora também chamada de capitalismo de plataformas, economia de bicos (gig economy) ou economia do compartilhamento (sharing economy). Em Caldas (2020), percebe-se como as empresas formatadas em plataformas com interesse lucrativo não se enquadram, em termos reais, como economia do compartilhamento. Kalil (2020) apresenta extensa revisão bibliográfica sobre as diversas perspectivas teóricas que conformam a ideia de capitalismo de plataforma, precisamente para enfatizar a desigualdades destas trocas e a precariedade do trabalho.

Estruturadas em alta capacidade de processamento, com mineração e tratamento de quantidades imensas de dados por meio de algoritmos e trânsito na rede mundial de computadores, as plataformas digitais são, conforme Srnicek (2018), infraestruturas digitais que permitem a interação de mais de um grupo e assim se posicionam como intermediárias que conectam usuários diferentes como clientes, anunciantes provedores produtores e distribuidores. Mais do que apenas conectar os seus usuários, as plataformas transcendem esta faceta tecnológica e comunicativa, porque constroem um modo de interação capitalista de compra e venda de diversas mercadorias, no sentido de governar e delimitar as possibilidades de ação dos seus usuários.

O modelo das plataformas de trabalho e outros tipos é sobretudo um modelo baseado na análise, tratamento e atuação conforme os dados coletados. O registro massivo destes dados de trabalho e consumo, significa que a vivência humana (inclusive as atividades produtivas) é anotada na forma de dados. Como estes registros indicam probabilidades do comportamento e uma ampla representação de traços individuais, inclusive bem organizadas por agrupamentos de identidades e semelhanças (“bolhas”).

Tais registros, na lógica capitalista, são geridos como mercadorias. Então, o trabalho plataformizado gera duplo valor: o próprio trabalho e os seus registros sobre conjunto de informações sobre sua execução. Srnicek (2018) denuncia que a atuação digital de consumidores e trabalhadores em plataformas é constitutiva de dados que são fonte de valor para aquele modelo de negócio. Trata-se de trabalho gratuito da multidão que produz riqueza, mas é apropriado apenas pelo organizador do ambiente de interação digital.

A fim de enfatizar o maior poder de controle e vigilância que o ambiente digital proporciona, Vallas e Schor (2020) falam nas plataformas como “gaiolas digitais”, tendo em vista que o mapeamento permitido pelos dados viabiliza uma cartografia total da dinâmica empresarial de uma atividade. Especialmente viabiliza a identificação das relações entre demanda e sazonalidade, permitindo que a plataforma saiba os padrões de oferta e procura e a tipologia dos bens demandados. Com tais informações em tempo real e localizadas geograficamente, é factível ao detentor das informações sobre demanda manipular a oferta, tanto em relação aos trabalhadores disponíveis como em relação as empresas fornecedoras dos bens ou serviços. As plataformas assim exercem uma governança (privada) e de certa forma oculta nos seus algoritmos sobre os seus parceiros e usuários.

Além dessa dimensão de dataficação, é imprescindível entender a plataformização do trabalho como um modelo de imbricação da financeirização da atividade econômica com a racionalidade neoliberal do sujeito como empreendedor de si, na linha sugerida por Grohmann (2020). A métrica de performance e resultado da gestão algorítmica – vide o exemplo da nota individual – funciona como mecanismo de autocobrança e internalização dos riscos do negócio como riscos apenas e exclusivamente individuais do trabalhador. O autor esclarece que o termo plataformização do trabalho é mais apropriado do que uberização, exatamente porque consegue captar a variedade dos modos de trabalho mediado por plataformas e a situação de maior dependência do trabalhador para com estes ambientes.

Nas plataformas digitais de trabalho, a precariedade social do trabalho contrasta com a ideia de evolução tecnológica ao atribuir uma série de invisibilidades de natureza técnica-ideológica aos trabalhadores. Cherry (2017) denomina de trabalho invisível virtual,

exemplificando-as como aquelas tarefas manuais de assistir vídeos e classificá-los em próprios ou impróprios para sua publicação em redes sociais, no sentido de que esses trabalhos não são reconhecidos ou vistos pelo público externo a organização da rede social. Isto é, vende-se trabalho humano real como simulacro de inteligência artificial, na conformação antiga de tratar trabalhadores como mercadoria. Outra maneira de tornar invisível trabalho das pessoas no âmbito das plataformas, é considerá-los como outras designações diversas de trabalhadores e empregados como tarefeiros (“taskers”), turcos (“turkers”), entre outros, negando-lhes a condição de sujeitos de direitos ou o reconhecimento público de que estes desenvolvem uma atividade laboral no âmbito desta plataforma.

A imposição da qualificação de “parceiro” ou trabalhador autônomo (“independent contractor”) pela empresa estruturada em plataforma resulta, *prima facie*, na exclusão da aplicação da proteção social e trabalhista, isto é, uma desconexão deste modelo de negócios com o Direito do Trabalho (2019). Com isso, há a eliminação das três seguranças básicas do Direito do Trabalho segundo Supiot (2016): segurança física concernente às condições de ambientes trabalho que não lhe provoquem ofensa física ou lhe ofendam a dignidade e psique; segurança biológica com a limitação da jornada; e a segurança econômica como o salário mínimo. Além disso, há apenas remuneração pelo tempo de trabalho efetivo de trabalho, com o desprezo dos tempos de disponibilidade ao trabalho e até, em algumas plataformas, ocorre a desconsideração do tempo de deslocamento até o local de início da demanda e seu retorno. Isto legitima a noção de trabalhador por momento e conforme a demanda (“just in time”) e, naturalmente, sem qualquer proteção social, como sinalizado por Abílio (2014).

Outro componente da precariedade é a transferência de despesas e riscos da atividade econômica para o trabalhador. Ao transferir as despesas de aquisição e manutenção dos instrumentos de trabalho e igualmente das despesas dos riscos da atividade (acidentes, multas, ociosidade, etc), obtém-se mais eficiência econômica com a delegação dessas despesas ao trabalhador. Antunes (2018) descreve o modelo da Uber como exemplo da precariedade estrutural, uma vez que transfere riscos e despesas para o trabalhador, embora estabeleça uma relação de assalariamento, todavia, sem o cumprimento dos deveres da legislação trabalhista, além tomar intermitência da ocupação o padrão para os trabalhadores.

Para Srnicek (2018), a Uber e seu modelo enxuto se organiza pela externalização de propriedades essenciais ao negócio (veículos e celulares), custos do trabalho (ao classificar seus condutores como autônomos) e os riscos do negócio (acidentes, multas, entre outros), denominando-a de plataforma “austera”. Disto, constata-se uma clara coligação entre o modelo neoliberal da austeridade na organização econômica com a precariedade do trabalho das

plataformas. Nisto, o autor circunscreve temporalmente a ascensão desse modelo de hiper-externalização e sua consequente precariedade ao período pós-crise econômico de 2008.

Filgueiras e Cavalcante (2020) desnudam que, ao contrário do discurso de novidade, o trabalho via plataformas é a antiga gestão de trabalho assalariado, mas com propagandas de negação desse assalariamento. Ao transferir as despesas de aquisição e manutenção dos instrumentos de trabalho e igualmente das despesas dos riscos da atividade (acidentes, multas, ociosidade, etc), a obtém-se mais eficiência econômica com a delegação dessas despesas ao trabalhador. A invisibilidade comunicativa e ideológica da condição de trabalhador assalariado funciona como expediente de transferência de despesas e assim mais proveito econômico sobre o trabalho alheio, além da subtração das despesas com o custeio dos direitos trabalhistas

#### **4. REGULAÇÃO DO TRABALHO DIGITAL**

A discussão sobre a regulação do trabalho mediado por plataformas digitais se impõe em razão da miríade de conflito entre estas e seus trabalhadores. A forma jurídica desta relação tem sido instrumentalizada por documentos unilaterais (termos de uso) que, materialmente, são um contrato de adesão. Daí surge uma série de tensões, tanto na dimensão de direitos fundamentais como na falta de informação e contraditório nas exclusões ou em outras punições aplicadas pelas plataformas aos trabalhadores, como na dimensão cível na falta de boa-fé objetiva ou pela necessidade de reparar prejuízos e despesas realizadas em proveito da plataforma ou ainda na dimensão trabalhista com o debate sobre o vínculo e a incidência dos direitos laborais. Como não há regulação pública, perdura, até então, o autogoverno das plataformas sobre estas relações, bem construído em termos ideológicos e privatistas como “autogovernança”. Entretanto, algumas decisões judiciais cíveis ou trabalhistas quebram esta regência unilateral da relação para impor deveres previstos na lei cível ou na legislação trabalhista via reconhecimento da relação de trabalho dependente.

Para se cogitar a normatização de práticas sociais, o primeiro passo é o diagnóstico o mais pormenorizado possível do fenômeno com o esforço para buscar denominações e classificações de acordo com suas características. As questões de denominação, numa perspectiva crítica, devem buscar retratar no título um resumo fiel do fenômeno que representam. Quando um tema é incipiente, os debates de nomenclatura são importantes para evitar compreensões superficiais ou equivocadas e para desvelar as naturalizações que o senso comum produz sobre a realidade cotidiana.

A primeira e a mais mencionada é a designação como “uberização”, numa forte metonímia na qual um tipo específico de plataforma de transporte individual em veículo privado, graças à intensa ação comunicativa e expansão econômica, funciona como epíteto para o modelo geral de plataformas digitais de trabalho. Além desse sentido de modelo econômico austero, Abílio (2017) demonstra outra semântica de uberização que expressa a noção de trabalho precário e de modelo exploratório em relação aos seus trabalhadores, que, no caso brasileiro, representa uma continuidade com outras precariedades laborais daqueles que sempre vivenciam a “viração” de ocupações informais ou desprotegidas.

Apesar frequência e prevalência do uso da expressão “uberização” tanto no sentido de modelo econômico como de gestão do trabalho pela precariedade, o modelo da empresa Uber destoa sensivelmente de outras plataformas, o que prejudica sensivelmente sua utilização, na especialmente na perspectiva crítica. Portanto, emprega-se o termo “plataforma digital de trabalho”, epíteto que indica uma infraestrutura não presencial que promove (e às vezes dirige e controla) a interação entre grupos de trabalhadores e de contratantes destes. Esta delimitação semântica de plataforma como local de encontro advém de Srnicek (2018) e Carelli, Oliveira e Grilo (2020). Essa noção também é encontrada na definição proposta pela Reforma Tributária (2020), a qual enfatiza a função de intermediação não-presencial e meios eletrônicos como elementos distintivos do modelo de negócios, no intuito de distingui-lo dos demais para fins de tributação.

Na pesquisa sobre plataformas que mediam e/ou gerenciam atividades laborais, outrora designadas como “virtuais” ou “eletrônicas”, utilizada na legislação portuguesa de 2018 (PORTUGAL, 2018), a expressão “plataforma digital” foi acolhida como adequada, porque a semântica de virtual – aquilo não presencial ou não real – não contempla a dimensão de trabalho executado presencialmente (offline) de diversas plataformas, como uma viagem em veículo privado, a entrega de uma comida ou o trabalho doméstico.

A noção de “eletrônica” realça a perspectiva física – isto é, de equipamento físico (“hardware” na linguagem informática), quando a ideia de “digital” referida como uma ambivalência entre uma linguagem comum das máquinas informáticas e homens que é, contraditoriamente, produzida por “digitais” humanas, sendo concomitantemente ação humana real que produz dados virtuais. A expressão “on line”, além dos problemas de todo anglicismo, não comporta as atividades que, ainda que demandadas via rede mundial de computadores, são executadas no mundo físico e presencial. Por isso, afigura-se mais adequada a denominação como plataformas digitais de trabalho, porque exprime a dualidade de um fenômeno que se

organiza e se gerencia no ambiente virtual, mas se concretiza e afeta os sujeitos envolvidos na realidade.

Ainda nas questões vocabulares, é estratégico recusar a designação de trabalho em “aplicativos”. Diante de organizações com objetivos econômicos subjugados pela produção de lucro, é preciso antes tratar estas plataformas como empreendimentos que se estruturam numa gestão digital com a utilização de um sítio eletrônico (site), algoritmos, banco de dados massivos (big data) e programas de computação, nos quais alguns – mas não todos – funcionam em formato reduzido para sua viabilidade em celulares, o que se chama de aplicativos. Se aplicativo é uma porta (pequena) de acesso àquele empreendimento digital, igualmente acessível pelo site, não é este nome o constitutivo deste novo modelo empresarial, até porque em plataformas de microtarefas, como a Getninjas, não há aplicativo. Mesmo sendo o mais frequente e até mais sonoro e referido nome, insistir na nomeação de aplicativos como sinônimos de empresas estruturadas no modelo de plataformas é expandir a superficialidade do senso comum e simultaneamente ocultar a dimensão econômica e lucrativa das atividades de humanos que a organizam em redes tecnológicas.

Definida a nomenclatura, cabe mencionar, dentre tantas, duas tipologias que explicam de modo pertinente a atuação das plataformas de trabalho.

A classificação mais conhecida sobre as plataformas é aquela proposta por De Stefano (2016), o qual se refere às plataformas online como denominação para as empresas que organizam ou fazem intermediação entre trabalhadores e contratantes. Dividindo-se estas em dois grandes tipos, o autor apresenta o primeiro chamado de “trabalho em multidão” (“crowdwork”), o qual é bastante variado indo de projetos, tarefas ou até microtarefas, embora todas caracterizadas por serem executadas via rede mundial de computadores (internet). O segundo grupo engloba atividades também variadas (transportes, entregas, limpeza, serviços administrativos e jurídicos), que são prestadas presencialmente mediante demanda por meio de aplicativos, o que esclarece o nome de trabalho sob demanda (“work-on-demand via apps”). A partir disso, o próprio trabalho de multidão é constituído no meio digital e assim bastante desvinculado dos aspectos territoriais, enquanto que o trabalho sob demanda é acionado e encerrado no ambiente virtual, mas prestado na dimensão física presencial.

Carelli, Oliveira e Grillo (2020) dividem estas empresas em dois agrupamentos. Primeiro, plataformas puras que apenas mediam a relação entre os consumidores e os tomadores do serviço, sem qualquer controle e ingerência sobre o trabalho. Segundo, plataformas híbridas que, além da função estrita de aproximação de pessoas, exercem controle e direção sobre os

trabalhadores. Assim, as plataformas híbridas são controladoras e dirigentes no sentido de que ordenam e governam os serviços que oferecidos entre os diversos grupos.

Reconhecidas as imprecisões e superficialidades vocabulares e diante de classificações lastreadas na atividade desenvolvida, a regulação das plataformas digitais de trabalho deve guiar-se sobre a dimensão real de suas atividades, ou seja, é preciso dar assertividade ao princípio da primazia da realidade. As invisibilidades, agora adstritas ao plano jurídico, são artificialmente criadas pelas plataformas. Nos termos de uso da Uber (2020), a linguagem da “autogovernança” transmuta discursivamente a plataforma em canal de comunicação ou lugar de venda de serviços (“marketplace”), trabalhador em “usuário” e/ou “cliente”, punição em “desativação”, controle de desempenho em “nota mínima”, vigilância constante via geolocalização, inclusive com gravação de áudio, em “monitoramento” e salário em “preço por viagem”. Deste modo, uma investigação crítica confere maior importância à realidade dos fatos e não aos nomes artificial e unilateralmente estabelecidos, a fim não se legitimar a conhecida “manipulação abusiva da qualificação do contrato” dirigida a elidir a proteção trabalhista, como apontam Amado e Santos (2017).

Nas plataformas que se perfilam apenas como mercado de trabalho (“marketplace”), o vendedor de “trabalho”, formalmente classificado como livre e autônomo, deve agir como um trabalhador livre numa economia de mercado. Somente a este livre trabalhador cabe a negociação e a barganha da sua mercadoria: o trabalho. Expedientes de controle, seja de índole econômica, de desempenho ou fiscalizatória, corroem essa ideia de autonomia e impedem que, nestas circunstâncias, a plataforma seja apenas uma mediadora ou conectora. Como ilustração, uma rádio taxi que tão somente se atenha a promover a comunicação entre clientes e taxistas seria assim uma mediadora legítima e não lhe cabendo a imputação de empregadora.

No plano oposto, há relação de emprego quando a plataforma não se adstringe à função tradicional de plataforma de mera conexão. No empenho da crítica, é imperativo ressaltar que nomear como plataforma digital àquelas que são controladoras oculta, em parte, que estas empresas são mais do que meras conectoras, porque ao organizar, controlar e se apropriar de uma atividade elas funcionam mais como empresas de transporte ou entrega sob a estrutura de plataforma digital. Por esta razão, é até mais adequado chamar certas plataformas dirigentes de empresas de transporte, tendo em vista que é esta sua atividade principal sob o prisma econômico.

Aliás, o conceito de empresa, inclusive aquele constante da CLT, é suficientemente amplo a comportar este modelo econômico. Quando as plataformas assalariam e dirigem o trabalho alheio, elas se amoldam ao conceito de empregador da CLT (art. 2º) e haverá, então, a

necessidade da regulação por meio do vínculo de emprego se, além da dependência, estiverem presentes os demais requisitos do art. 3º, notadamente diante de episódicas e singulares dificuldades de caracterização elemento da não-eventualidade.

Por outro lado, a negativa da ocorrência de controle e apropriação neste modelo empresarial é referenciada, principalmente, na posição individualizada do trabalhador que teria liberdade de ativação e desativação e, conseqüentemente, seria autônomo. Contudo, Leal e Oliveira (2021) argumentam que a liberdade logo se mostra mitigada por razões de ordem tecnológica e econômica: o autogoverno do condutor da Uber pressupõe o conhecimento do código-fonte daquela infraestrutura digital, a negociação sobre os critérios de programação dos algoritmos e a fixação do valor da venda de força de trabalho.

Quando enfocada a dimensão coletiva deste modelo econômico, é muito mais perceptível a direção exercida por certas plataformas. No caso da Uber, Castro (2020, p. 204) demonstra quando se observa a multidão de trabalhadores e as fórmulas algorítmicas que os conduzem a se ativar, a prosseguir nas extensas jornadas ou mesmo a mudar de áreas guiados pela tarifa dinâmica e a repetição de um padrão de trabalho pré-definido para se manter com uma nota mínima, há clareza na constatação de forte direção dos serviços por mecanismos indiretos e invisíveis.

Assim, a regulação trabalhista mostra-se pertinente às plataformas dirigentes, justamente porque os expedientes de controle e apropriação utilizados desqualificam estas empresas como apenas intermediárias. Entretanto, entende-se que o elemento de controle primordial e estrutural deste modelo não é a heterodireção, mas a precificação.

## **5. CONTROLE POR PRECIFICAÇÃO: A VELHA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA**

Como visto anteriormente, quando a plataforma digital adota mecanismos de controle e direção sobre o trabalho alheio oferecido aos tomadores-demandantes, esta empresa abandona, por sua própria escolha, o papel de mediador e assume, na realidade fática, a condição de empresa que assalaria trabalhadores. Dos diversos métodos de controle utilizados, a precificação – que é bastante comum em plataformas digitais de trabalho por demanda ou de microtarefas – denuncia como o dirigismo econômico é um artifício, atualmente de feição tecnológica, de domínio sobre os trabalhadores.

Atribuir o preço do labor alheio é um antigo método de gestão no modelo capitalista. No século XIX ou mesmo antes, encontram-se diversas narrativas sobre o sistema fabril externalizado de “salário por peça”, como se constata nas descrições de “putting-out-system”,

bem adequadas ao capitalismo mercantil da época e sua intensa circulação de bens. Logo, a fabricação dos produtos poderia ficar a cargo de parceiros econômicos ou mesmo assalariados, desde que estivessem sob um controle geral à distância. Naquela fórmula de controle não presencial, a gerência do trabalho assalariado se valia do pagamento atrelado ao resultado efetivo do trabalho, conseguindo assim impor maiores tempos de trabalho e também transferir alguns custos e riscos da atividade ao trabalhador.

A par dos seus estudos em economia política, Marx (2009, p. 525) descreve esse modelo de trabalho em domicílio como uma seção externa da fábrica, ou seja, a produção em domicílio é o primeiro expediente capitalista de externalização da produção. Como os custos de produção no trabalho em domicílio são do próprio trabalhador, há uma tendência de economia dos meios produtivos que implica maior sacrifício para a força de trabalho.

O arcabouço socioeconômico diferencia o assalariamento por peça de uma simples compra de produtos no mercado. No sistema de salário por peça, o contratante define previamente os caracteres do bem a ser produzido e frequentemente é o principal comprador destes, ou seja, o controle se manifesta previamente à venda quando o comprador habitual define o bem e sua qualidade. Já o trabalhador não produz mercadorias para o livre mercado, mas ao contrário atende ao chamado para produzir algo específico para um contratante. Com isso, o que se compra no sistema do salário por peça não é a peça em si, que só pode ser vendida para o demandante e por aquele é precificada, mas força de trabalho numa “forma metamorfoseada” (COLLI, 2008, p. 76).

Quando a qualidade e outros aspectos do produto estão previamente definidos, a supervisão da execução do trabalho de produção – então realizada presencialmente e com fiscalização hierárquica – perde relevo, tornando desnecessária a “inspeção do trabalho” (MARX, 2009, p. 640). A apropriação se estabelece então pela precificação prévia e não mediante uma intensa heterodireção, bem própria do modelo de gestão fordista que seria hegemônico no século seguinte.

Tomando por exemplo a fase juvenil da Indústria (1797-1815), Marx (2009, p. 643) avalia que o salário por peça é a forma mais adequada ao modo capitalista de produção, pois simultaneamente estimula a prolongação da jornada de trabalho e também acarreta rebaixamento do salário. Ao vincular maior remuneração à produtividade, o modelo do salário por peça entroniza no trabalhador o desejo por intensidade e maior extensão do tempo de trabalho (GUANAIS, 2018). Uma fórmula ardil de sugerir uma “porcentagem” nos ganhos, mas que, por ser bastante diminuta, não foge à forma social de assalariamento, inclusive com a recorrente participação de intermediários (MARX, 2009, p. 640).

Com o estímulo econômico advindo de receber mais se gerar maior produção, o trabalhador se engaja com entusiasmo neste modelo de gestão, não percebendo que a prolongação da jornada com a continuidade do valor da peça já representa por si só uma baixa no preço do trabalho (MARX, 2009, p. 641). Isto porque no sistema de salário por peça o valor atribuído ao produto não é definido apenas com o valor criado de cada peça produzida, mas sim também é estabelecido a partir de tempos médios da produção, de sorte que esse pagamento por peça/produto é fixado indiretamente pelo tempo de produção.

A explicação desse entusiasmo do trabalhador pelo modelo de salário por peça é justamente essa combinação de promessas de liberdade sobre o tempo de trabalho e obtenção de riqueza resultante da somatória da sua produtividade individual. De modo implícito, esse modelo promete a máxima liberal de que o trabalho livre produz propriedade, no sentido de que a riqueza criada pelo trabalho é propriedade natural, como diria Locke (1978), daquele que produziu a ação, forjando uma falsa ideia de “comerciante de si” (COLLI, 2008, p. 83-84). Entretanto, como os ganhos são limitados previamente pelo controle econômico, a concretude desse trabalho se desnuda como assalariamento disfarçado, com igual ou superior apropriação do trabalho alheio por quem estabeleceu a dinâmica da relação.

Na contemporaneidade, Wolff (2020, p. 97) e Colli (2008, p. 75) opinam que as novas tecnologias de informação e comunicação viabilizam um novo feitiço aos antigos “putting-out-system” e “facção”, respectivamente. Se atualmente a circulação de bens e serviços assume, segundo Lazzarato (2019, p. 12), a centralidade na economia política, lugar ocupado pela produção material fabril, o regresso das estratégias do capitalismo comercial de controle via mecanismos econômicos do poder de precificar bens e trabalho igualmente é retomado.

Externalizar ou delegar atividades é, desde o pós-fordismo, uma estratégia recorrente de acumulação flexível do capitalismo que não mais despende capital fixo em unidades fabris, insumos, despesas de manutenção e até certos custos da legislação trabalhista. Contudo, esse movimento de “pôr para fora” (outsourcing) a territorialidade da produção de bens materiais não significa transferência ou perda dos mecanismos de controle geral sobre esta atividade econômica.

Mesmo antes da ascensão das plataformas, havia uma dualidade entre visibilidade da marca e invisibilidade de seus trabalhadores. Abílio (2014) recoloca que enquanto o trabalho se invisibiliza pelas práticas de externalização, a marca empresarial ganhava demasiada visibilidade. A expansão e valorização da marca nas empresas representaria, segunda a autora, ainda mais consolidação do processo de fetichização. São três movimentos deste fetiche: o trabalho que produz os bens desta marca vale cada vez menos; a marca, bem imaterial ou mera

informação aparece como algo autônomo e, terceiro, constrói-se a ideia de que a marca agrega o valor ao bem, inclusive a justificar preços maiores em razão daquele signo.

Nas atuais cadeias globais de produção, devidamente modularizadas, as empresas centrais se encarregam de definir a atividade e/o produto e controlar a circulação, valendo-se de subcontratações e terceirizações sem, todavia, perder o comando geral da cadeia. Em certa medida, as plataformas que vendem serviços presenciais reproduzem esse modelo de máxima externalização ao definir uma atividade – muito propriamente a partir da construção de uma marca com suas estratégicas comunicativas (marketing) –, ao criar uma gestão por algoritmos que precifica o trabalho alheio e ao transferir custos de aquisição e manutenção de instrumentos de trabalho para seus trabalhadores “parceiros”. Fontes (2017) designa isto como a ação de “formas mais concentradas da propriedade, que viabilizam o controle econômico do processo na parte que lhes interessa, o controle da extração, a captura do mais-valor e sua circulação de volta à propriedade”.

Por exemplo, Dubal (2020) sustenta que as plataformas adotam o modelo do salário por peça no padrão digital (“digital piecework”), com o mesmo discurso de liberdade e meio de obtenção de renda complementar do antigo trabalho domiciliar de facção do século XIX. Castro (2020) afirma que a Uber adota o modelo de salário por peça, precisamente por “unidade de obra” e que a externalização dos ativos (ou instrumentos) de trabalho é mais um expediente de redução de custos e precarização, porque fomenta uma confusão conceitual entre instrumento de trabalho e meio de produção, além de implicar redução de despesas com capital fixo e atribuí-las formalmente aos trabalhadores.

A centralidade da propaganda de diversas plataformas é justamente aquela “liberdade de trabalho”, cujo real alcance é restrito à autogestão do tempo de trabalho, entretanto a precificação com sua tendência econômica de redução de valores funciona como método de forçar mais jornadas e redução de valores com o passar do tempo, o que se confirma nas diversas pesquisas sobre motoristas ou entregadores.

Por outro lado, relatos sobre a história da empresa da Uber indicam que a precificação variável dos valores das corridas eram um importante instrumento da gestão de trabalho. Conforme se inferiu de alguns testes feitos em Nova York, a fórmula tarifária de aumentar o valor corrida para o motorista com a permanência desta tarifa para o consumidor garantia que mais motoristas continuassem mais tempo trabalhando. Daí que Stone (2017, p. 174) conclui que a tarifa dinâmica da Uber foi um ajuste no modelo de gestão das viagens para dar suporte a demanda, inclusive podendo essa variação de tarifa ser feita manualmente.

A adesão dos trabalhadores às jornadas maiores nessas plataformas, tal como no antigo salário por peça, justifica-se no cálculo individual da vantagem prometida: mais viagens, mais remuneração. Todavia, não são usualmente computadas nesse cálculo de ganhos as diversas despesas efetuadas em razão do trabalho, a depreciação dos instrumentos de trabalho e uma série de riscos da atividade que podem acarretar prejuízos consideráveis. Isto significa que, numa avaliação profunda e crítica, a promessa de maior remuneração é uma falácia e uma armadilha de engajamento do trabalhador e de individualização dos riscos da empresa, que muitas vezes manipula informações e não repassa integralmente as porcentagens que prometeu.

Mais uma nota é importante sobre estas transferências de despesas com aquisição e operação dos instrumentos de trabalho. Algumas plataformas apresentam a estratégia de controle decorrente do modelo do salário por peça: o controle pela dívida. Como se tratam de assalariados e assim não detentores de propriedades ou meios de produção, estas plataformas avalizam direta ou indiretamente o financiamento de veículos, mochilas, telefones e outros equipamentos para o trabalho. Lazzarato (2013) desvela como o uso neoliberal da dívida implica poder e assimetria com efeitos econômicos e subjetivos sobre o endividado. Logo, quando as plataformas promovem financiamentos para seus trabalhadores estão a realizar dois fortes controles econômicos: assalariamento e endividamento!

Retomando ao campo jurídico, justamente por sua externalidade à fábrica, as regras trabalhistas de limitação de jornada do século XIX não se aplicavam no trabalho em domicílio, além de que o conjunto de despesas para execução do trabalho eram por conta do trabalhador. Essa dificuldade do direito laboral, além dos problemas sociológicos e políticos que afetam os debates sobre a efetividade da proteção social do trabalhador no capitalismo, demonstra que as principais instituições e categorias-chaves trabalhistas são feitas numa construção territorial e presencial, com forte influência da gestão fordista. Quando se trata de modelos externalizados e não-presenciais, o Direito do Trabalho, à semelhança das dificuldades políticas – e não técnicas ou tecnológicas – para limitar a jornada do trabalhador externo, reencontra dificuldades para regular o trabalho totalmente em meio digital desde do teletrabalho às microtarefas via plataformas, bem como depara-se com a dificuldade de tentar encaixar uma subordinação “presencial” nos trabalhos sob demanda por plataformas.

Adiante, a concretude deste formato de gestão do trabalho desfaz a propalada liberdade. Como o trabalhador assalariado por peça não tem acesso livre ao mercado de trabalho, em razão de produzir um bem previamente demandado e padronizado pelo contratante, a legítima noção de liberdade de atividade econômica ali não se manifesta. Isso também ocorre em muitas plataformas digitais de trabalho que, além da função de mediação, definem previamente o

padrão geral de trabalho e se valem de métodos opacos de direção, fiscalização e punição. Deste modo, a plataforma digital dirigente organiza o mercado e se impõe como elo de acesso do trabalhador aos clientes, o que se configura como uma dependência do trabalhador para com a plataforma porque sem esta não há como se vender aquele trabalho.

Essa “reinvenção do salário por peça” associada ao discurso de liberdade individual, inclusive anterior ao debate das plataformas digitais (COLLI, 2018), resgata uma construção de subjetividade do trabalhador assalariado como comerciante ou “empreendedor de si” que circula com sua mercadoria que é basicamente sua força de trabalho. Há uma construção ideológica para conduzir o assalariado a se reconhecer como capital e não como trabalho, o que explica de alguma forma o epíteto de “capital humano”.

Em Dardot e Laval (2016), descortina-se a compreensão do neoliberalismo como um modo individual de vida (governamentalidade) centrado na concorrência individualista e numa respectiva subjetividade de “empresa de si” (racionalidade), o que igualmente coopta a ideia de autonomia para transformá-la em uma coerção flexível. No lugar de uma hierarquia exteriorizada do período fordista, o neossujeito se perfaz a partir de uma subjetivação do desempenho individual como resultado apenas da sua ação individual, aí deliberadamente ocultando o papel dos mecanismos de controle daqueles que organizam e se apropriam do trabalho assalariado. Para a gestão moderna há uma clara construção aliciada de subjetividade na qual as esferas do controle de desempenho e avaliação transpõe a dimensão profissional e também alcança a dimensão pessoal. Somente uma subjetividade empresarial que maximiza a produtividade e a competitividade elucida como o próprio trabalhador realiza a vigilância sobre si mesmo, além de até celebrar a quantificação da avaliação na “nota” que lhe é imposta nos sistemas de plataformas.

A consequência da lógica do trabalhador como empresa de si é exatamente a desnecessidade da incidência dos marcos jurídicos protetivos para a relação salarial. Se todo sujeito trabalhador é um empresário no sentido de ser o único responsável pelo êxito do negócio, não faz qualquer sentido se cogitar o contrato de trabalho, até porque toda a responsabilidade é individual. Em verdade, isto é a retomada, com contornos de controle psíquico e ideológico, da concepção do trabalhador como mera mercadoria que deve ser igualada àquelas outras mercadorias vendidas por empresários. Fora das artimanhas de entusiasmos e das promessas de liberdade, o método do salário por peça é a forma mais austera da venda de força de trabalho como mera mercadoria.

## 6. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Na percepção de que o traço constitutivo do assalariado é a venda apenas de força de trabalho, recorre-se a uma compreensão ressignificada de dependência econômica (OLIVEIRA, 2012) como critério mais adequado à identificação vínculo empregatício do que as dimensões de subordinação jurídica que, em geral, vinculam-se às consequências dessa venda como supervisão, fiscalização ou punição. Mais relevante do que o trabalhador estar submetido a uma forte heterodireção, é ter o resultado econômico do seu trabalho apropriado por outrem.

A proposta é fixar a plena sinonímia entre a noção sociológica de trabalhador assalariado e a ideia de “dependência” sem adjetivos no âmbito do Direito. Considera-se que o substrato material (e extrajurídico) da forma jurídica de trabalhar “sob dependência” é a qualificação do trabalhador como despossuído, coagido e expropriado e, portanto, vendedor apenas de força de trabalho, no sentido do valor de uso e não do valor de troca (mercadoria). Convém explicitar este raciocínio:

O sentido da expressão “venda de força de trabalho” refere-se ao bem cuja utilidade econômica é restrita, por depender do seu acoplamento a um empreendimento, mais precisamente pela sua conjunção com a propriedade (meios de produção). Sendo o trabalho um dos elementos da empresa, seu destino é o de estar contido nesta. O trabalho dissociado da propriedade não pode agir como empresa; somente lhe cabe retornar a empresa pela “venda compulsória de força de trabalho”. Ao contrário, quando o trabalho se encontra associado à propriedade seu resultado deixa de ser apenas força de trabalho (valor-de-uso) e passa a ser uma real mercadoria (valor-de-troca), recebendo os epítetos jurídicos de produto ou serviço (OLIVEIRA, 2019, p. 218).

O entendimento de uma assimetria – inicialmente prévia à celebração e depois contínua à execução – do contrato de emprego, como resultante da forma de organização do trabalho na sociedade capitalista, é caracterizada no juslaboralismo como o fundamento da hipossuficiência que, por consequência, reclama um modelo protetivo para esta disciplina. Aliás, Grillo (2008, p. 130) cogita a proteção constitucional para todo o trabalhador em situação de dependência econômica, empregado ou não, como medida de justiça e correção do “um desequilíbrio estrutural entre os contratantes”.

Adjetivar como “econômica” essa dependência tem dois objetivos relacionados aos fundamentos do trabalho assalariado e sua perspectiva dialética crítica. Primeiro, o fundamento para o trabalho juridicamente dependente reside no molde da relação econômica de assalariamento, explicitando que a fundamentação extrajurídica é indispensável para a apreensão mais totalizante dos fenômenos jurídicos, sobretudo diante das abordagens sociojurídicas críticas. Segundo, ressalta-se a natureza legitimadora do Direito do Trabalho em

reproduzir, ainda que com alguma civilidade, a relação econômica de exploração do trabalho alheio, recolocando neste debate que o núcleo da relação de trabalho diz respeito à propriedade e ao poder que esta, no modelo capitalista, exerce sobre os não-proprietários (assalariados). Falar em dependência econômica é explicitar a centralidade da propriedade na constituição das relações de trabalho:

A chave da compreensão crítica da dependência é, então, seu conteúdo econômico, como correlato à ausência de propriedade. Trata-se da percepção de que esta forma de trabalho dependente é estruturada pelas condições econômicas da sociedade capitalista. Em nome da propriedade, coage-se ao trabalho, como também, por força da propriedade, expropria-se a riqueza criada pelo trabalhador (OLIVEIRA, 2012, p 221).

Se a propriedade é o elemento nuclear do molde econômico da relação, a discussão jurídica sobre a apropriação dos frutos do trabalho coaduna com a ideia ressignificada de dependência econômica. Nessa linha, a doutrina jurídica espanhola a partir de Olea (1969) desenvolveu bastante esse debate, assentando na concepção econômica da estrutura do trabalho assalariado, usando a categoria de alienação ou alheamento (“ajenidad” em espanhol), numa perspectiva mais ampla crítica do que o uso da subordinação jurídica. Há, então, critérios jurídicos fora do campo da subordinação que tentam se conectar com a leitura econômica.

No contexto tecnológico das plataformas, constata-se que, apesar dos anúncios de liberdade e autonomia, perduram ali relações assimétricas de trabalho e insertas no padrão de assalariamento numa feição moderna de salário por peça. Conforme De Stefano (2020) e Adam-Prassl (2020), a gestão por algoritmos e decisões baseadas em inteligência artificial, realçam o espectro de poder daquele que organiza a plataforma, especialmente pelo domínio das informações massivamente recolhidas (big data) e das escolhas de quem fez ao desenhar a arquitetura tecnológica de funcionamento daquele ambiente para realizar seus desígnios econômicos e invisibilizar seus problemas, em especial a precariedade do trabalho.

Superando o anterior menoscabo (BESSA, 2017) que a doutrina trabalhista atribuía à dependência econômica com sua sustentação extrajurídica, há cada vez mais autores voltando a aludir a esta teoria. Em 2011, foi apresentada uma proposta de ressignificação da dependência econômica (OLIVEIRA, 2012) a partir dos fundamentos socioeconômicos do trabalho assalariado e não das circunstâncias epidérmicas (e consequenciais) que constavam na tradição de Paul Cuche, Alexandre Zinguerovitch, Dorval Lacerda e José Martins Catharino.

Rogers (2016) debate a mesma questão a partir do princípio da anti-dominância (anti-domination principle) como fundamento axiológico para a aplicação de direitos trabalhistas quando houver na relação a dependência econômica e uma desigualdade na negociação (“economic dependence” and “unequal bargaining power”). Bem na tradição política-histórica

norte-americana de liberdade individual, o princípio da anti-dominação é a defesa dos sujeitos contra eventual poder de dominação de outros, haja vista que a legítima liberdade pressupõe a não sujeição à arbitrariedade de outrem.

Em Israel, Davidov (2017), então, reabilita o critério da dependência econômica, sugerindo que os trabalhadores em estado de dependência, ainda que sem subordinação, sejam destinatários da proteção. Cuidando do caso da Uber, Davidov identifica ali um sistema de trabalho com desvantagem sistemática (“systematic disadvantage”) que gera vulnerabilidade do condutor. A assimetria decorre: da fixação unilateral do preço da viagem que, conseqüentemente, significa estipular o lucro deste; do monitoramento constante de seus motoristas; do controle via sistema de classificação e exclusão; e da inserção total destes na organização empresarial da plataforma de transporte, feito em nome da Uber.

Na França, Dockès (2020, p. 181) assevera que há forte dependência – no sentido de fraqueza e submissão – no trabalho em plataformas, pois é esta quem gerencia o próprio mercado de trabalho ao organizar e distribuir as demandas entre os trabalhadores cadastrados. Entretanto, ressalta que essa dependência não é total, porque nesse modelo as plataformas não exigem a exclusividade do trabalhador. Countouris (2019) relata que o interesse doutrinário sobre a dependência econômica é renovado, em razão de sua serventia para a identificação da relação em emprego especialmente nas plataformas, nas quais a expressão “economicamente dependente” retrata adequadamente aqueles trabalhadores.

Compreendendo essas circunstâncias de controle indireto, irrelevância da fiscalização de jornada apenas para fins de verificação de vínculo de emprego, precificação e apropriação, a dependência econômica se apresenta como critério útil para identificar a relação de emprego no caso do trabalho em plataformas. Pimenta, Porto e Rocha asseveram que, no trabalho sob demanda (on-demand), “a utilização do critério da dependência econômica, ao lado da subordinação jurídica, pode ser extremamente útil para o reconhecimento da existência da relação de emprego” (PIMENTA; PORTO, ROCHA, 2019, p. 47).

A concepção de dependência econômica ora afirmada recoloca, de igual modo, a caracterização de trabalho autônomo não como autonomia operacional de dias e horários de ativação, mas como liberdade econômica de definir o preço do seu trabalho, o que significa, na dinâmica capitalista, estabelecer e se apropriar dos frutos do trabalho, na ideia plena de labor por conta própria.

Esta noção de autonomia econômica pode ser extraída de algumas diversas ordens jurídicas. Na Lei californiana de 2019 (ESTADOS UNIDOS, 2019), ainda que posteriormente inaplicável às plataformas por decisão plebiscitária, o terceiro indício do teste da relação de

emprego diz respeito a negócio independente (“The person is customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as that involved in the work performed”), seguindo a racionalidade do caso *Dynamex* de 2018.

Pimenta, Porto e Rocha asseveram que autonomia concerne a atuar como empresário, no sentido de decidir sobre compras de bens e serviços para a organização e funcionamento do empreendimento e as vendas dos bens produzidos. Esta real liberdade econômica para decidir é que torna legítima a imposição dos lucros e prejuízos ao trabalhador autônomo. Nesta acepção, é o conceito de autonomia que ganha contornos restritos e bem caracterizados, remanescendo um campo de incidência mais amplo para o conceito de trabalho dependente: “é empregado aquele que não atua como empresário, isto é, que não é autônomo.” (PIMENTA; PORTO, ROCHA b, 2019, p. 68). Assim, a autonomia se identifica nos indícios de criar sua própria atividade e não ser inserido na organização alheia, apropriar-se dos frutos do trabalho e, por consectário, do seu autogoverno assumir os riscos econômicos de suas escolhas.

## **7. CRÍTICA E USO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.**

Caracterizada a autonomia por uma feição econômica, por conseguinte, pela oposição à ideia de dependência econômica, é oportuno então percorrer argumentos de crítica à ideia defendida aqui. De igual modo, é importante, no campo pragmático, verificar como a dependência econômica tem sido utilizada em decisões trabalhistas sobre plataformas.

Na tentativa de enfraquecer a ideias da dependência econômica no trabalho em plataformas, são contrapostos alguns argumentos na doutrina e jurisprudência. Zipperer (2019, p. 171) afirma que não há proveito econômico da plataforma sobre o trabalhador, tendo em vista que este auferia a grande maioria do rendimento de que a precificação alheia. No segundo julgado do TST sobre no caso da empresa Uber (BRASIL, 2018), a decisão negou o vínculo, valendo-se de um argumento secundário de que a relação mais se amoldava a uma parceria, diante do alto percentual de ganho do trabalho que se situa acima de 70% do proveito econômico do trabalho.

Estes argumentos são importantes porque enfrentam o problema pelo viés da análise econômica da relação de trabalho, mas não correspondem à totalidade do fenômeno.

O erro se dá na apuração do resultado econômico bruto como se esse fosse igual ao resultado líquido: quando se quantifica os gastos de aquisição, manutenção e depreciação do veículo, combustível, tributação, ociosidade, despesas com eventuais riscos, tempo de trabalho, entre outros, apura-se que o resultado econômico líquido da plataforma é igual ou superior à

parte que auferida pelo trabalhador. O percentual bruto de remuneração se torna materialmente diminuto porque nesse modelo renovado de salário por peça diversos custos da atividade econômica ficam por conta do trabalhador.

Ribeiro e outros (2018) demonstraram que, ao se planilhar a receita bruta com a dedução de despesas de operação (seguro, combustível, lavagem, acesso à internet, alimentação, etc), a depreciação do veículo e a contribuição previdenciária e reserva de continência, o resultado líquido mensal apurado por um motorista da Uber em 2017 em Brasília era um pouco superior ao salário mínimo para uma jornada média de 44 horas semanais. Os autores explicaram que, normalmente, os motoristas apenas subtraem da receita as despesas diretas e imediatas, desconsiderando outras despesas indiretas e a longo prazo, em especial a depreciação do veículo. Do caso estudado, extrai-se os seguintes percentuais: 65% da receita auferida pelo motorista é com despesas imediatas; a totalidade das despesas diretas e indiretas para a operação do negócio corresponde a 81% do valor recebido pelo motorista. Com estes números, percebe-se que o trabalhador da empresa Uber auferi, como efetivo lucro, aproximadamente 20% da receita das viagens, da qual a plataforma já descontou uma média de 25 a 30%. Isto confirma matematicamente que se trata de trabalho expropriado e não de parceria, pois os maiores ganhos e o controle da atividade estão com a plataforma.

No Inquérito Civil do Ministério Público do Trabalho em face da Uber, o gerente geral da empresa no Rio de Janeiro no período de 2015-16 confirma que a Uber dirigia economicamente a relação com o motorista por meio de sua política de precificação, inclusive de modo a impor uma renda em valor aproximado ao salário-mínimo, conforme o seguinte trecho do depoimento:

[...] que a Uber sempre teve a preocupação de prestar o serviço de forma barata; que há um time de precificação global na matriz; que a cidade realiza planilha propondo determinado preço, que deve ser aprovado pelo Presidente Global; que a planilha leva em conta distância, número de viagens por hora, trânsito, salário mínimo, combustível e o valor do carro e respectiva depreciação; que também é comparada a tarifa com as praticadas pelos táxis; que quanto mais barato, mais o negócio cresce; que a matriz fez pressão no final do ano passado para baixar os preços; que seria a segunda baixa de tarifa do Uber X; que realizou nova planilha, em que modificou o tipo do carro, de FIT para Logan, além de dados de eficiência da cidade, baixando o preço entre 10 a 15%; que o salário mínimo era calculado por hora, com base em 44 horas semanais; que a remuneração do motorista era calculada entre 1.2 e 1.4 salários mínimos, descontando todos os custos (INQUÉRITO CIVIL, 2016).

Outra crítica oposta é que a precificação alheia é expediente comum em diversas atividades, a exemplo da tarifa de táxi, não se caracterizando por si uma situação de relação empregatícia. Da raiz dessa objeção, é preciso extrair que só precifica quem tem poder capaz de assujeitar os compradores àquele preço. No caso da “bandeirada” do táxi, essa tarifa pública

fundamenta-se no poder regulatório, ínsito ao Direito Administrativo, de dispor sobre serviços de utilidade pública, isto é, cuida-se de precificação estatal baseada no interesse com o objetivo (DIAS, 2007) de equacionar o valor razoável para a correlação oferta e disponibilidade do serviço.

Noutro giro, afirma-se que em muitas plataformas digitais o trabalhador é proprietário dos meios de produção, o qual seria um veículo (automóvel, motocicleta ou bicicleta) em atividades presenciais sob demanda ou apenas dispositivo informático (celular ou computador) em microtarefas executadas em rede (“on line”). No caso da Uber, Davidov (2017, P. 38) comenta que a propriedade do veículo poderia ser entendida como sinal de independência econômica e de que este sujeito proprietário poderia assumir os riscos do negócio, pois haveria certo controle sobre aquele ativo e o poder definir como utilizá-lo.

Novamente, a superficialidade deste raciocínio é evidenciada quando se compara a expressão econômica do valor de um veículo com a da rede tecnológica que forma a plataforma digital. Diante da totalidade econômica de uma plataforma, percebe-se que um veículo ou computador, por mais caro que seja, é, em termos de valor, insignificante, o que lhe atribui o papel de mero instrumento de trabalho. Ademais, esta diminuta propriedade sobre os instrumentos de trabalho não permite um agir autonomamente (CASTRO, 2020, p. 204) diante da atividade organizada tecnológica para fins de controle pela plataforma.

Além disso, o real meio produtivo é a organização digital da empresa que criou a plataforma, inclusive não se exigindo propriedade destes instrumentos de trabalho, mas apenas sua posse, tendo em vista os diversos sistemas de aluguel ou financiamento com intermediação da própria plataforma. Em outros casos, aceita-se que o trabalhador faça suas entregas a pé, desnudando que o bem vendido pelo obreiro é apenas força de trabalho.

Sobre a assunção dos riscos do negócio, convém situar tal elemento como um consectário do molde econômico da relação. Se há efetiva autonomia, os riscos são daquele que tomou as decisões com sua independência econômica. No entanto, se a relação é manifestadamente assimétrica e a parte empoderada impõe os riscos à hipossuficiente, há claramente um comportamento abusivo advindo da relação de poder existente. No trabalho em plataformas, a simples imposição por estas dos riscos da atividade não significa a caracterização de autonomia, porque haveria primeiro a necessidade de se assegurar liberdade, autodireção e independência econômica para que as perdas desta má-gestão sejam atribuídas à pessoa que controla realmente o negócio. Como pontuam Pimenta, Porto e Rocha (2020, p. 69): “Tomar decisões empresariais significa ter a chance de ganhar mais dinheiro, mas também o risco de sofrer prejuízos, o que revela que a pessoa trabalha por conta própria”.

Outra objeção é a alegação de o trabalhador fica simultaneamente ativado em diversas plataformas, o que impediria então sua fixação com uma destas. Este argumento diz respeito, em verdade, à exclusividade do tomador dos serviços, o qual, tanto a lei como a doutrina, não figura como elemento essencial do vínculo empregatício. Contudo, é necessário enfatizar que, durante o efetivo tempo de trabalho presencial como em entregas ou viagens, não há concomitância de trabalho em duas plataformas, isto é, o trabalho real-concreto não é prestado simultaneamente para duas empresas.

A concomitância de ativação em duas ou mais plataformas se dá no tempo à disposição em espera por viagens, e assim somente ocorre porque tal período não é remunerado pelas plataformas, logo o trabalhador deve, pelo império da necessidade, se ativar ao máximo de plataformas até receber a demanda, a partir de quando trabalha apenas para um tomador. Isto é, esta pluralidade de ativações no momento do aguardo de demandas é um fato advindo da opção do modelo de negócios estipulada pela própria empresa que, a título de não remunerar o tempo à disposição, permite que o trabalhador fique ativado em diversas plataformas.

Esta questão do tempo de ativação remota às críticas vinculadas à eventualidade do trabalho em plataformas. Seguindo a distinção acima entre tempo efetivo de trabalho e tempo de espera à disposição das demandas, é indispensável considerar não apenas o tempo de execução da tarefa, microtarefa ou atividade, mas a totalidade do tempo que o trabalhador vive a esperar por trabalho, para fins de configuração do elemento legal de não-eventualidade, o que não se confunde com o tempo de remuneração pelo tempo à disposição. Isto é, a habitualidade no trabalho em plataformas não deve ser apurada pela duração da tarefa executada, mas pela continuidade do registro do trabalhador naquele ambiente, como propõem Pimenta, Porto e Rocha (2020, p. 97).

Transpostas as críticas ao critério da dependência econômica, passa-se a referenciar como tal ideia tem sido manejada em decisões judiciais brasileiras.

Nas decisões judiciais que reconhecem o vínculo, a dependência econômica ocupa normalmente um papel argumentativo secundário.

A decisão da 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte se vale, além de outros argumentos, de uma dimensão de dependência econômica, ao questionar a divisão do resultado econômico do trabalho na Uber. Indica que auferir 20 a 25% da renda bruta e impor ao trabalhador a quase que totalidade das despesas para a operação do negócio, a plataforma estaria, em verdade, assalariando e explorando o trabalho alheio. “Tal circunstância evidencia que o autor não alienava o resultado (consequente), mas o próprio trabalho (antecedente), ratificando, assim, a dependência própria do regime de emprego” (MINAS GERAIS, 2017).

Em outra sentença mineira (MINAS GERAIS, 2020), pondera-se que, à luz do conceito de lucro e não de receita bruta, que “mesmo recebendo 75% do valor bruto do serviço, o motorista sofre desvantagem, [...] em relação à Uber, que recebe 25% do valor bruto do serviço”. Enfim, quando se discute os resultados financeiros líquidos para cada um dos contratantes na plataforma da Uber, percebe-se que a cota resultante da plataforma é superior a cota resultante do motorista.

No Rio de Janeiro, a sentença pronunciada pela 75ª do Vara do Trabalho não obstante sua posterior reforma para improcedência, estabeleceu que a precificação pela Uber elimina a autonomia do trabalho. “Se o motorista fosse um verdadeiro autônomo e gestor de uma atividade empresarial, ainda que pequena, ele fixaria o preço e o aplicativo seria um mero instrumento” (RIO DE JANEIRO, 2018, P. 14).

O Acórdão do processo 1000123-89.2017.5.02.0038 (BRASIL, 2020) reconheceu o vínculo no caso da Uber, afirmando também um dirigismo econômico da plataforma, uma vez que “Se se tratasse de mera ferramenta eletrônica, por certo as demandadas não sugeririam o preço do serviço de transporte”. Não obstante, o TST, ao apreciar o recurso contra a decisão regional, declarou a inexistência da relação de emprego, qualificando que aquele trabalhador teria “auto-determinação” ao poder ficar “offline”, o que significa flexibilidade na gestão do seu trabalho.

Na sentença da 34ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte (MINAS GERAIS, 2020), a declaração do vínculo de emprego no caso da Uber adveio de minuciosa análise sobre os termos de uso e contrato de adesão, demonstrando a direção e controle sobre serviços a partir do prisma contratual formal. Foi ressaltado a cláusula contratual que permite, formalmente, a redução do preço por parte do motorista, todavia sem afetar a parcela retida pela Uber de 25%, entretanto há também cláusula contratual que impede que o motorista cobre a mais do que o valor definido pelo sistema da Uber, combalindo formalmente a ideia de liberdade econômica na precificação.

Em João Pessoa, o Acórdão do TRT13 no processo nº 0000699-64.2019.5.13.0025 (PARAÍBA, 2020) adotou a ideia de subordinação por programação, contanto indicou que o controle da Uber se manifestava primeiro pela precificação, já imposta nos termos de uso, bem como que a imposição de preços baixos enseja maior tempo de programação pelo trabalho em razão da necessidade econômica de obter renda.

No julgamento de ação coletiva referente ao pleito de vínculo de emprego de entregadores com a empresa Loggi, a sentença da 8ª Vara do Trabalho de São Paulo descartou a tese de que aquela plataforma era apenas uma intermediadora, concluindo-se pela clara atividade econômica de entregas, com direção de serviços, entendendo pela configuração da

subordinação estrutural no caso. Ao examinar o plano fático de como o trabalho era prestado, foram usados indícios de dirigismo econômico, ali expostos como um terceiro argumento para a ideia de subordinação sentença: “O aplicativo não é apenas o meio da realização da transação, mas seu próprio realizador, idealizador, vendedor, empreendedor. [...] não se negocia preço [...] Fosse autônomo o motorista, a máquina seria dele e ele cobraria para si o frete, não para a LOGGI” (SÃO PAULO, 2019, p. 11-12).

Como visto, o poder de precificar as corridas da Uber, inclusive majorando-as pela tarifa dinâmica, é, em verdade a evidência cabal de que esta plataforma dirige a prestação dos serviços em termos econômicos. Ao fixar pequenos valores pelas corridas, ela impõe mais tempo de trabalho aos motoristas; ao transferir as despesas de manutenção e os riscos econômicos o negócio, e simultaneamente continuar definindo o preço final da viagem, a Uber consegue, ao final, fixar em termos médios o padrão remuneratório dos seus motoristas. Neste cenário, conclui Pires que não haveria elementos fáticos para se constatar autonomia no trabalho na empresa Uber, diante da “proeminência as noções de dependência econômica, trabalho por conta alheia e integração à empresa” (PIRES, 2019, p. 168) naquele modelo de trabalho.

## 8. CONCLUSÕES

O percurso sociojurídico crítico permitiu examinar o modelo de gestão do trabalho em plataformas digitais como uma renovação do antigo método de salário “por peça”, agora de feição tecnológica e assim com mais domínio e controle, além da transferência de uma série de custos e riscos para o trabalhador. No âmbito jurídico, defende-se que a precificação e sua consecutória ausência de liberdade econômica representa, por si só, a situação de dependência do trabalhador, a qual deve ser adjetivada como econômica, afim de explicitar seu fundamento extrajurídico. Isto é, quando a plataforma decide precificar o trabalho alheio ela manifesta controle próprio da posição jurídica de empregador.

De igual modo, a perspectiva crítica transpassa as questões tecnológicas que invisibilizam as questões sociais de precariedade da relação socioeconômica de trabalhar por conta alheia. Por isso, deve-se recusar as denominações de aplicativo ou atribuir mais relevância ao algoritmo do que sua programação feita por decisões humanas com seus interesses econômicos. Ultrapassados esse senso comum tecnológico, o trabalho em plataformas digitais demanda uma urgente necessidade regulatória para tratar as velhas (assalariamento e assimetria) e as novas (dados como valor e mercadoria) questões.

Portanto, falar em plataformização do trabalho – e não uberização – é pôr em debate o modelo de organização econômica estruturado no meio digital que está em ascensão. É sobretudo retomar o papel do Direito e do Direito Laboral em cumprir o desígnio da Organização Internacional do Trabalho de não permitir que o trabalhador – indissociável do seu trabalho – prossiga recebendo o tratamento de mera mercadoria (“commodity”). Sustentar, enfim, a regulação trabalhista das plataformas digitais dirigentes é, novamente, defender a ontologia e a razão de ser do Direito do Trabalho como instrumento de civilidade e dignidade para o trabalho assalariado.

## REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila. **Sem Maquiagem:** o trabalho de um milhão de revendedoras de cosméticos. Boitempo, São Paulo, 2014.

ABÍLIO, Ludmilla. **Uberização do trabalho:** subsunção real da viração. Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <<http://www.passapalavra.info/2017/02/110685>> Acesso em 22-fev-2017.

ADAMS-PRASSL, Jeremias. Gestão algorítmica e o futuro do trabalho. In CARELLI, Rodrigo; CAVALCANTI, Tiago; FONSECA, Vanessa. **O futuro do trabalho:** Os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020, p. 85-100.

AMADO, João Leal; SANTOS, Catarina Gomes. A Uber e os seus motoristas: mindthegap! In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Org.) **Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano.** São Paulo: Ltr, 2017.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão.** São Paulo: Boitempo, 2018.

ASSIS, Anne; COSTA, Joelane; OLIVEIRA, Murilo. **O Direito do Trabalho (des)conectado nas plataformas digitais.** *Revista Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 4, p. 246-266, 2019. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/24367/17785>.

BESSA, Cesar. **Além da Subordinação Jurídica no Direito do Trabalho.** São Paulo, LTr, 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Vínculo de emprego. Motorista. Uber. Ausência de subordinação. nº TST-AIRR-11199-47.2017.5.03.0185. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Brasília: DEJT, 18 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Vínculo de emprego. Motorista. Uber. Ausência de subordinação. nº RR - 1000123-89.2017.5.02.0038. Relator: Ministro Breno Medeiros. Brasília: DEJT, 07 fev. 2020. p. 1-25.

CALDAS, Josiane. **A Economia Compartilhada e a Uberização do Trabalho:** utopias do nosso tempo? Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o Século XIX. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Org.). **Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano**. São Paulo: Ltr, 2017.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O Mundo do Trabalho e os Direitos Fundamentais: O Ministério Público do Trabalho e a Representação Funcional dos Trabalhadores**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011.

CARELLI, Rodrigo Lacerda. Formas atípicas de trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CASTRO, Viviane Vidigal de. **As ilusões da uberização: um estudo à luz da experiência de motoristas Uber**. 2020. 1 recurso online (303 p.) Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP.

CHERRY, Miriam A., **People Analytics and Invisible Labor** (July 18, 2017). Saint Louis University Law Journal, 61, 1, 2016-2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3004797>

COLLI, Juliana Marília. O 'salário por peça' e sua reposição nas novas formas de trabalho à feição. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 3, n. 5, p. 75-86, 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/268361593\\_O\\_'salario\\_por\\_peca'\\_e\\_sua\\_reposicao\\_nas\\_novas\\_formas\\_de\\_trabalho\\_a\\_facao](https://www.researchgate.net/publication/268361593_O_'salario_por_peca'_e_sua_reposicao_nas_novas_formas_de_trabalho_a_facao). Acesso em: 28 nov. 2020.

COUNTOURIS, Nicola. **La gouvernance par les algorithmes et le récit alternatif du travail**. In SUPIOT, Alain. (dir) Le travail au XXe siècle. Paris: Les éditions de l'atelier, 2019.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIDOV, Guy. **The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach**. Spanish Labour Law And Employment Relations Journal, [s.l.], v. 6, n. 1-2, p.6-15, 6 nov. 2017. Universidad Carlos III de Madrid. <http://dx.doi.org/10.20318/sllerj.2017.3921>.

DE STEFANO, Valerio De. Automação, inteligência artificial e proteção laboral: padrões algorítmicos e que fazer com eles. In: CARELLI, Rodrigo; CAVALCANTI, Tiago; FONSECA, Vanessa. **O futuro do trabalho: Os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília: ESMPU, 2020, p. 21-64.

DE STEFANO, Valerio. The rise of the "just-in-time workforce": on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy". International Labor Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, Conditions of work and employment series, n. 71, Geneva, 2016. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_443267.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf). Acesso em: 18 mar. 2020.

DELEUZE, Gilles. Post – Scriptum sobre as Sociedades de Controle. In **Conversações**. Rio de Janeiro, 1990. Pgs 219-226. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=41105>. Acesso em 01 mar 2020.

DIAS, Flavio Augusto de Oliveira Passos. Serviços de táxi: elementos para um novo modelo

regulatório. 2007. 98 f. Dissertação (Mestrado em Transportes). Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

DOCKÈS, Emmanuel. Os empregados das plataformas. In: CARELLI, Rodrigo; CAVALCANTI, Tiago; FONSECA, Vanessa. **O futuro do trabalho**: Os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

DUBAL, Veena. The Time Politics of Home-Based Digital Piecework. *Ssrn Electronic Journal*, [S.L.], p. 1-17, 2020. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3649270>. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/343125177\\_The\\_Time\\_Politics\\_of\\_Home-Based\\_Digital\\_Piecework](https://www.researchgate.net/publication/343125177_The_Time_Politics_of_Home-Based_Digital_Piecework). Acesso em: 21 dez. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Ab-5 Worker Status: Employees And Independent Contractors: Assembly Bill No. 5. Disponível em: [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201920200AB5](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5). Acesso em: 18 dez. 2020.

FIGUEIRAS, Vitor; CALVALCANTE, Sávio. O trabalho no século XXI e o novo adeus à classe trabalhadora. *Princípios*, [S.L.], v. 1, n. 159, p. 11-41, 2020. Editora Cubo. <http://dx.doi.org/10.4322/principios.2675-6609.2020.159.001>. Disponível em: <https://revistaprincipios.emnuvens.com.br/principios/article/view/19>. Acesso em: 23 nov. 2020.

FIGUEIRA, Vitor; CALVALCANTE, Sávio. **O trabalho no século XXI e o novo adeus à classe trabalhadora**. *Princípios*, [S.L.], v. 1, n. 159, p. 11-41, 2020. Editora Cubo. <http://dx.doi.org/10.4322/principios.2675-6609.2020.159.001>. Disponível em: <https://revistaprincipios.emnuvens.com.br/principios/article/view/19>. Acesso em: 23 nov. 2020.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe. **Iniciação à pesquisa no direito**: pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier 2009.

FONTES, Virgínia. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. *Revista do Niep - Marx, Niterói*, v. 5, n. 8, p. 45-67, jul. 2017. Disponível em: <http://www.niepmarx.blog.br/revistadoniep/index.php/MM/article/view/220>. Acesso em: 04 jun. 2020.

GROHMANN, Rafael. Plataformização do trabalho: entre dataficação, financeirização e racionalidade neoliberal. **Revista Eptic**, São Cristóvão, SE, v. 21, n. 1, p. 106-122, 2020. Disponível em <https://revec.revistas.ufs.br/index.php/eptic/article/view/12188>. Acesso em 16 dez 2020.

GUANAIS, Juliana Biondi. Salario por pieza y superexplotación del trabajo. *Sociología del Trabajo*, [S.L.], n. 92, p. 67-85, 12 abr. 2018. Universidad Complutense de Madrid (UCM). <http://dx.doi.org/10.5209/stra.59579>. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/sociologiatrabajo/article/view/64289>. Acesso em: 3 nov. 2020.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. 2ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2020.

INQUÉRITO CIVIL n.º 1417.2016.01.000/6 da PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO, p. 214.

DIAS, Flavio Augusto de Oliveira Passos. Serviços de táxi: elementos para um novo modelo regulatório. 2007. 98 f. Dissertação (Mestrado em Transportes). Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 55.

KALIL, Renan. **A regulação do trabalho via plataformas digitais**. São Paulo: Blucher, 2020.  
LAZZARATO, Maurizio. **La fábrica del hombre endeudado**. Ensayo sobre la condición neoliberal. Buenos Aires: Amorrortu, 2013.

LAZZARATO, Maurizio. **Revolução ou fascismo?** O neoliberalismo em chave estratégica. São Paulo: n-1 edições, 2019.

LOCKE, Jonh. Segundo Tratado sobre o Governo. 2. ed. In: **Os pensadores**. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultura, 1978, p. 45-46.

MARX, Karl **O Capital: Crítica da Economia Política**. Livro I: O Processo de Circulação do Capital, São Paulo, Boitempo, 2009.

MAZZOTTI, Massimo. Algorithmic life. In: PRIDMORE-BROWN, Michele; CROCKETT, Julien. **The digital revolution: debating the promises and perils of the Internet, automation, and algorithmic lives in the last years of the Obama Administration**. Los Angeles: Los Angeles Review of Books: 2017, p. 31-39.

MINAS GERAIS. 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Sentença no processo nº 0010497-38.2017.5.03.0012. Belo Horizonte, 2017.

MINAS GERAIS. 34ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Sentença no processo nº 0011098-61.2019.5.03.0113. Belo Horizonte, 2020.

OLEA, Manoel Alonso. Introdução ao Direito do Trabalho. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1969.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. **Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho**. Revista Direito e Práxis, [S.L.], v. 11, n. 4, p. 2609-2634, dez. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50080>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50080>. Acesso em: 10 dez. 2020.

OLIVEIRA, Murilo. A resignificação da dependência econômica. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 8, n. 135, p. 58-78, mar. 2012. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/30176>. Acesso em: 28 jan. 2020.

OLIVEIRA, Murilo. Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: revistando os conceitos. 2a ed. Curitiba: Juruá, 2019.

PARAÍBA. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Acórdão em Recurso Ordinário. Processo nº 0000699-64.2019.5.13.0025. Relator: Desembargador Thiago Andrade. João Pessoa: 2020.

PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos; ROCHA, Cláudio Jannotti da.

A dependência econômica como critério identificador da relação de emprego. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, SP, v. 45, n. 206, p. 19-44, out. 2019.

PIMENTA b, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos; ROCHA, Cláudio Jannotti da. A dependência econômica e a subordinação jurídica como critérios identificadores da relação de emprego. Belo Horizonte: Editora Virtualis, 2019. PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos; ROCHA, Cláudio Jannotti da. A dependência econômica como critério identificador da relação de emprego. In ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos (org). **O Mundo do Trabalho e a 4ª Revolução Industrial**. São Paulo: Tirant Lo blanch, 2020.

PIRES, Elisa Guimarães Brandão. Aplicativos de transporte e o controle por algoritmos: repensando o pressuposto da subordinação jurídica. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito: Belo Horizonte, 2019.

PORTUGAL. Lei nº 45, de 10 de agosto de 2019. Regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrônica. Lisboa: Diário da República, 10 ago. 2018. "Lei Uber". Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115991688/details/maximized>. Acesso em: 22 jun. 2020.

PROJETO DE LEI Nº 3887/2020. (2020). Institui a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços - CBS, e altera a legislação tributária federal. Fonte: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1914962](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1914962)

RIBEIRO, Érica; OLIVEIRA, Murilo. Promessas de liberdade e estratégias de controle: crítica às condições de trabalho dos motoristas da Uber. Artigo no prelo. 2021.

RIBEIRO, H. A. S e outros. Uber: Transporte para complementação de renda. Brasília, 2018. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Hugo\\_Ribeiro27/publication/326160920\\_Uber\\_transporte\\_para\\_complementacao\\_de\\_renda/links/5b3bd5a5a6fdcc8506eebf24/Uber-transporte-para-complementacao-de-renda.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Hugo_Ribeiro27/publication/326160920_Uber_transporte_para_complementacao_de_renda/links/5b3bd5a5a6fdcc8506eebf24/Uber-transporte-para-complementacao-de-renda.pdf)> Acesso em: 18 nov 2020.

RIO DE JANEIRO. 75ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro. Sentença no processo nº 0100351-05.2017.5.01.0075. Rio de Janeiro, 2018.

ROGERS, Brishen. Employment rights in the platform econmy: getting back to basics. Policy Review 681, v. 10, p. 500505, 2016. Harvard Law and. Disponível em: [https://harvardlpr.com/wp-content/uploads/sites/20/2016/06/10.2\\_7\\_Rogers.pdf](https://harvardlpr.com/wp-content/uploads/sites/20/2016/06/10.2_7_Rogers.pdf) Acesso em: 17 nov. 2020.

ROUVROY, Antoniette; BERNS, Thomas. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação?. In: BRUNO, Fernanda et al. **Tecnopolíticas de vigilância**: perspectivas da margem. Perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 107-140.

SÃO PAULO. 8ª Vara do Trabalho de São Paulo. Sentença no processo nº 1001058-88.2018.5.02.0008. Belo São Paulo, 2019.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro. 2016.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado desenho do mundo do trabalho contemporâneo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 3, p. 121-148, jul./set. 2008.

SILVA, Tiago Falchetto. Elemento regulador do ciberespaço, o código-fonte, e-discovery e o contrato-realidade virtual na sociedade da informação. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Org.). **Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano**. São Paulo: Ltr, 2017. p. 323-329.

SLEE, Tom. *Uberização: A Nova Onda do Trabalho Precarizado*. Tradução: João Peres. São Paulo: Elefante, 2017.

SRNICEK, Nick. **Capitalismo de plataforma**. Trad. Aldo Giacometti. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018.

STONE, Brad. *As Upstarts: Como a Uber, o Airbnb e as Killer Companies do Novo Vale do Silício Estão Mudando o Mundo*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

UBER. Termos e condições gerais dos serviços de intermediação digital. Disponível em <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-terms-of-use&country=brazil&lang=pt-br>. Acesso em 05 mai 2020.

VALLAS, Steve; SCHOR, Juliet. What Do Platforms Do? Understanding the Gig Economy. **Annual Review of Sociology** V 46, N 1. 2020. Disponível em <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-soc-121919-054857>. Acesso em 05 mai 2020.

WAJCMAN, Judy. Digital technology, work extension and the acceleration society. **German Journal Of Human Resource Management: Zeitschrift für Personalforschung**, [S.L.], v. 32, n. 3-4, p. 168-176, 8 maio 2018. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/2397002218775930>.

WOLFF, Simone. “trabalho informacional” e a reificação da informação sob os novos paradigmas organizacionais. In ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Orgs.). **Infoproletários: degradação real do trabalho virtual**. São Paulo: Boitempo, 2009, pgs. 89-112.

WOLFF, S. As Startups na perspectiva das cadeias globais de valor: financeirização dos trabalhos de inovação e a reinvenção do salário por peça. *REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS - POLÍTICA & TRABALHO*, v. 51, p. 90-107, 13 maio 2020.

ZIPPERER, André. *A intermediação de trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: LTr, 2019.

Submissão: 12/03/2021 Aprovação: 05/05/2023

## ESSENTIALISM AS THE PHILOSOPHICAL FOUNDATION OF AMERICAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS (1969)

*O ESSENCIALISMO COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)*

*Leilane Serratine Grubba<sup>1</sup>*  
ATITUS Educação

*Valter Moura do Carmo<sup>2</sup>*  
Universidade Federal Rural do Semi-Árido

### **Abstract:**

The article focuses on the American Convention on Human Rights (ACHR), known as the *San José Pact of Costa Rica*, because of its political and legal importance for protecting and promoting the Americas' rights. The objective is to analyze the consistency of the theoretical foundation of that human rights document. Therefore, we will first analyze the Convention's text and point out essentialism as the philosophical foundation. Then, we will discuss the essentialist assumption philosophically. Finally, the theoretical problem of essentialism as the foundation of the Convention will be analyzed in light of Sartre's existentialism. From the considerations presented, the philosophical foundation of the rights in the 1969 Convention, essentialism, is not theoretically consistent, despite being an indispensable rhetorical argument.

### **Keywords:**

Human rights; Philosophy of law; Essentialism; Existentialism.

### **Resumo:**

O artigo tem por objeto a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, por sua importância política e jurídica para a proteção e promoção dos direitos nas Américas. O objetivo é analisar a consistência da fundamentação teórica desse documento de direitos humanos. Para tanto, analisaremos primeiramente o texto da Convenção e apontaremos o essencialismo como fundamento filosófico. Em seguida, discutiremos o pressuposto essencialista filosoficamente. Por fim, o problema teórico do essencialismo como fundamento da Convenção será analisado à luz do existencialismo de Sartre. Pelas considerações apresentadas, o fundamento filosófico dos direitos na Convenção de 1969, o essencialismo, não é teoricamente consistente, apesar de ser um argumento retórico indispensável.

### **Palavras-chave:**

Direitos Humanos; Filosofia do Direito; Essencialismo; Existencialismo.

## 1. INTRODUCTION

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito (UFSC/2015), com estágio de pós-doutoramento (UFSC/2017). Mestre em Direito (UFSC/2011). Mestre em Ciências Humanas na Universidade Federal Fronteira Sul (UFFS/2020). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da ATITUS Educação (Mestrado em Direito). Professora Colaboradora do Mestrado em Psicologia da ATITUS Educação (PPGP). Professora da Escola de Direito (ATITUS Educação).

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2009); mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2012) e doutorado em Direito pela UFSC (2016), tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES. Professor Assistente Doutor da UNIMAR onde leciona nos cursos de graduação em Direito e Medicina, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito.

The American Convention on Human Rights (ACHR), known as *the San José Pact of Costa Rica*, is an international treaty among the member countries of the Organization of American States (OAS), signed on November 22, 1969, on the occasion of the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, held in the city of San José (Costa Rica). The treaty entered into force on July 18, 1978, and is considered one of the foundations of the Inter-American System for the protection of Human Rights.

The inter-American system for the protection of human rights is one of the most consolidated regional systems in the world, formed by several international documents. The most important document in this system is the American Convention on Human Rights, signed in San José, in 1969, which only came into force in 1978. It is relevant because it represents a catalog of civil and political rights, among other rights, the right to judicial guarantees, the preservation of honor and dignity, freedom of conscience and religion, thought and expression, as well as the obligation of States to respect the rights provided therein (GRUBBA; NISTLER, 2018, p. 258).

The American Convention is made up of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, the first of which aims at the observance and effective protection of human rights in America and the second means the jurisdictional body of the respective regional system, comprising seven national judges of OAS member states, elected in a personal capacity by the states parties to the Convention (PIOVESAN, 2015, p. 150).

The Convention of 1969, based on the ideal of the Universal Declaration of Human Rights (UN, 1948), consists of eighty-one articles, which establish the essential rights of the human person as the right to life, liberty, dignity, health, education, among others, and prohibits slavery and the human servitude. Given the political and legal importance of the American Convention on Human Rights for promoting and protecting rights, this article aims at its philosophical foundation. We intend to analyze the theoretical foundation of this international human rights document in the light of existentialist philosophy by Jean-Paul Sartre. Also, we aim to ascertain whether this foundation is theoretically consistent. The scope of research in this article is limited to the express text of the Convention. Therefore, there will be no analysis of the international human rights documents on which the Convention may have been inspired.

The research problem is: Is it possible to suggest an essentialist foundation in the American Convention on Human Rights? Based on Sartre's existentialist philosophy, it is understood that the hypothesis is positive. The work will develop from the deductive method.

First, we will analyze the American Convention on Human Rights to ascertain its possible philosophical foundations. Considering that the Convention's philosophical foundation seems to be the metaphysical assumption of essentialism, some considerations will be shown to understand what that assumption is. Finally, the theoretical problem of essentialism as the foundation of the 1969 Convention will be analyzed in light of Jean-Paul Sartre's existentialism. It is also important to mention that the article does not seek to make a legal- political criticism of the Convention or the OAS but to analyze the theoretical problem of the rationale chosen for the 1969 Convention.

## 2. THE AMERICAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS (1969)

The purpose of this section is to analyze the text of the American Convention on Human Rights, signed at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, in San José, Costa Rica (November 22, 1969) to extract its philosophical foundation. In its Preamble, the American States signatory to the Convention reaffirms the purpose of “consolidating, on this continent, within the framework of democratic institutions, a regime of personal freedom and social justice, founded on respect for the *essential* rights of man” (OAS, 1969). Sequentially, the Member States recognized the existence of "*essential*" human rights, which stem from the attribute of being human (of the human essence) (OAS, 1969).

Also, member states consider that its principles have also been enshrined in other international instruments, such as the Charter of the Organization of American States, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, and the Universal Declaration of Human Rights (UN). The Member States have agreed on rights, duties, and obligations:

- the obligation to respect rights (Article 1)
- the duty to adopt provisions of domestic law (article 2)
- the right to legal personality (Article 3)
- the right to life (article 4)
- the right to personal, physical, or psychological integrity (article 5)

According to the Convention's text, Article 5 deals with the right to integrity: "Every person deprived of their liberty must be treated with respect due to the *inherent dignity* of human beings" (OAS, 1969). In this sense, one can extract the thesis that there is a dignity inherent to

the human, *a priori*, or a human essence. Besides, "Human rights are universal, without rejecting any culture. Any form of life can be compatible with the goods protected by these rights." (SOUZA; PINHEIRO, 2020, p. 408)

The analysis made the express text of the Convention of 1969, specifically about the content of the rights, duties, and freedoms, enables at least three theses based on the proclaimed human rights, which are expressed in the Preamble:

- a) there is an inherent dignity to human beings;
- b) there are essential rights of human; and
- c) rights stem from the attribute of *being human*.

The assertion that there is an inherent dignity seems to imply the recognition of the existence *a priori* (inherent or innate) human, that is, of an essence of the human (of what it is to be human), which causes *a priori* familiar to all people, regardless of possible differences.

In the history of philosophy, the debate on innatism (inherent) mainly deals with the following question: the inherent nature encompasses ideas, concepts, categories, knowledge, and principles or is born as a blank slate (white paper) and acquires information and knowledge from perception (Samet, 2008). In summary, inherent means that which is structurally linked or, still, that which, by nature, is inseparable from something (MICHAELIS DICTIONARY, 2015). It means that dignity belongs to the human being because it is structurally connected to them; that is, it is innate: every human being must be born with dignity because everyone is essentially human. In this sense, the inherent thesis connects to the essentialist thesis. More than that, the essence is the *intimate nature of things* or *what makes a thing what it is* or, still, *what constitutes the nature of an object* (MICHAELIS DICTIONARY, 2015).

The essence is a central theme in many philosophical and scientific debates. For Locke, for example, the real essence is what makes something is. According to him, a nominal essence is an abstract idea that identifies similar qualities present in a group of objects, making it possible to distinguish this group from others (JONES, 2012). In human rights, the statement that there are "essential" human rights implies recognizing that there is a human essence (with inherent dignity) from which "essential" rights arise: if human essence is a universal *a priori*, there is no need to think about different and cultural conceptions of dignified life and rights. Furthermore, given the idea that rights derive from the attribute of being human (of the essence), it seems that rights are essentialist. In this sense, the American Convention on Human Rights

(1969) is theoretically founded on the metaphysical postulate of essentialism: rights are based on a human essence, which has attributes, such as the inherent (inherent) dignity.

### 3. HOW TO UNDERSTAND ESSENTIALISM

In this section, we will argue how the essentialist thesis is justified to understand what essentialism is. The legitimacy of Philosophy seems to have been asserted, for centuries, with questions and answers inherited from the Socratic and Pre-Socratic legacy on how to distinguish real from unreal, true from false, and good from evil. Kolakowski (1990) states that the emergence of Philosophy was based on the metaphysical idea that there is an essence, and that essence can be known; the distinction between appearance and reality.

Marilena Chauí (2009) suggests that vocabulary change throughout history indicates possible modifications in asking questions and answering them. However, despite the changes, the traditional metaphysical question remained: the question of *what is it?* The question about *what is something*, philosophical investigation proper to metaphysics, is the question about the existence and the essence of reality. This question has two meanings: (a) *there is something* - the question refers to the existence of reality and can be written as follows: *what is there?*; and (b) the *nature* of something (an *entity*), referring to the essence of reality - this question can be transcribed as follows: *what is the essence of what exists?* (CHAUÍ, 2009, 180).

Following Marilena Chauí (2009) classification, the history of metaphysics is divided into three significant periods. The first period comprises the thinking of Plato and Aristotle in the 4th and 3rd centuries BC, and Descartes's thinking, until the thought of David Hume, in the 18th century. During this period, the metaphysical theories investigated *what is* and the *existing* (reality itself). When inquiring about reality itself, metaphysical thinking presupposed the existence of *the essence of reality*. More than that, it assumed that this *essence* could be *known* through rationality. This thought instituted the split between reality and appearance.

Plato (2002) stated that the truth is the essence, immutable, real, and eternal. Platonic ontology divided the world in two. The first was the sensitive world of things, change, and appearance. The second was the intelligible world of ideas or the true essence, the world of identity and truth. This second world can be known by the pure intellect, without any interference from the senses or opinions.

The assumption of the existence of two worlds led Plato to believe that the transformation of man was restricted to “only one sphere of divine creation: the world of sensitive things, this world that does not it was immutable, it was transformed, it was decomposed.” (ANDERY *et al.*, 2007, 70) The task of Platonic philosophy would be to recognize that ideas exist and to know their essence.

Otherwise, it is up to philosophy “to move from imperfect copies to perfect models, abandoning *images* for *essences*, *opinions* for *ideas*, *appearances* for *essences*.” (CHAUÍ, 2009, 186)

The metaphysical Aristotle, in turn, considers that the world of sensitive things is a real and authentic world, the essence of which can be known. In his work, *Metaphysics*, Aristotle (2012, 105) investigates *being as a being* “and the properties that are inherent to it due to its nature.” Essences, suggests Aristotle, are in things and humans, which can be known by Philosophy. To know them, the philosopher must start from sensation and reach intellection since the essence is known by thought. *Metaphysics*, in this sense, becomes the knowledge of the essence that exists in the real world. In his book *Metaphysics*, Aristotle (2012, p. 118) points out that Philosophy (ontology) must study and know *being while being*, that is, studying the *essence* of things, also called the substance of things. In this work, the thinker states that things have an inherent essence and nature.

From the arguments presented, it appears that metaphysics (ontology) was born as *essentialism* (essentialist theory): the study or the knowledge of the *essence* of things, that is, the real and true being of things, despite appearances they may have and changes they may undergo.

The first period ended when Hume (19--., 35-36) argued that the concepts formulated by thought do not correspond to external reality, which exists in itself and independently of the mind. For Hume, the formulated concepts should be considered “mere general names for things, names that come to us due to the mental or psychic habit of associating ideas with sensations, perceptions, and impressions of the senses, when they are constant, frequent and regular” (CHAUÍ, 2009, p. 181). Chauí (2009) points out that, from the end of the 16th century and, especially in the 17th century, modern thought began to change, partly because it broke with the Platonic, Aristotelian and Neoplatonic tradition, and partly because it rejected religious authority.

The second historical period of metaphysics, suggested by Chauí (2009), comprises Kant's thought, in the 18th century, up to Husserl's phenomenology, in the 20th century. During this period, metaphysical thinking started with Kant's (2002) proposal that metaphysics should know the human capacity to know itself: a critique of pure reason. According to this model, the objects studied no longer existed *by themselves* but existed *for the human being*. The third historical period of metaphysics comprises new *ontology*, which began in 1920 and continues today. This *ontology* seeks to recover the old metaphysics and the Kantian conception (2002), considering that metaphysics' object should be the subject-object or man-world connection.

Ontology, points out the Stanford entry written by Hofweber (2004), is the study of what exists. In this sense, many classical philosophical problems would be ontology problems, such as whether there is a God or the existence of universals - the metaphysical question of whether a particular entity exists. Under this standard of analysis, metaphysics was understood as a general study model that encompasses ontology as one of its parts, although the boundaries are not well defined.

Therefore, the new metaphysics seems to affirm the incompatibility between faith and reason and redefine the concept of *being*. The definition of the essence (or substance) continued to be *the being in itself and for itself*, but the substance started to be defined based on its predicates or essential attributes, that is, those attributes without which the substance is not what she is. In this sense, given the brief history presented, essentialism can be defined as the search for understanding the essence, considered what makes an object or being itself the same (its attributes that differentiate it from the others).

#### **4. THE PROBLEM OF ESSENTIALISM IN THE AMERICAN HUMAN RIGHTS CONVENTION (1969) IN THE LIGHT OF SARTRE'S EXISTENTIALISM**

The essentialist thinking has alternatives and has been criticized by thinkers like Kolakowski, Nietzsche, and Sartre. In this section, the problem of essentialism as the foundation of the 1969 Convention will be analyzed in the light of Sartre's existentialist philosophy.

Jean-Paul Sartre (1970) criticizes the essentialist thesis, suggesting that only the notion of a world (or human being) *created by someone* allows *one* to understand the idea of intrinsic nature. For him, only the notion of a human *object*, created by God or by some other deity,

makes it possible to advance the essentialist thesis that the human being has an essence. Considering the human as a being that first exists in the world and, afterward, constitutes itself in that world, Sartre denies the possibility of the existence of human essence.

According to the Stanford entry, produced by Cornwell (2010), the term existentialism belongs to intellectual history and can be adopted as a self-description by Sartre. This term was widely publicized by the postwar literary and philosophical production of Sartre, Simone de Beauvoir, Maurice Merleau-Ponty, and Albert Camus.

Existentialism was also identified with a specific European cultural movement, which flourished in the 1940s and 1950s. Among the prominent existentialist philosophers, Karl Jaspers, Martin Heidegger (who repudiated the label), Martin Buber, Jean Wahl, Gabriel Marcel. In addition to them, 19th-century philosophers Søren Kierkegaard and Friedrich Nietzsche came to be seen as precursors of the movement (CORNWELL, 2010). Existentialism is a literary and philosophical phenomenon. Historically, in the postwar, there was a very diverse circle of writers and artists linked under the term *existentialism*: Dostoyevsky, Ibsen, Kafka Jean Genet, André Gide, Andre Malraux, and artists such as Alberto Giacometti; abstract expressionists, such as Jackson Pollock, Arshile Gorky, and Willem de Kooning, and filmmakers like Jean-Luc Godard and Ingmar Bergman (CORNWELL, 2010).

What characterizes this philosophical tradition is not its concern with *existence* in general. However, its claim that thinking about human existence requires new categories that are not found in the conceptual repertoire of ancient or modern thought since human beings cannot be understood as a substance with fixed properties, nor as a subject that interacts with a world of objects (CORNWELL, 2010). In this sense, existentialism seems to be a movement that denies the human being is *prior* to the essence and affirms that the human first exists in the world and then constitutes itself in the world. Existentialism arises with the collapse of the idea that philosophy can provide substantive norms for those that already exist, which specify particular lifeways. For existentialism, the human being is an authentic being and not an essential being. If this consideration is correct, the human being is free to commit a specific action or a particular way of being in the world. In this sense, existentialism is a theory that aims at criticizing the essentialist thesis.

For Cornwell (2010), Sartre's slogan, *existence precedes essence*, introduces the most characteristic of existentialism: the human being is not essential, but a being that exists. Sartre's thought (2001) criticizes the idea common to metaphysics, which links the concept of existence with that of the essence, in such a way that *essence* designates *what the thing is*, its existence.

Sartre (1970) understands existentialism as what makes human life possible, and that declares that all truth and all action imply human means and subjectivity.

According to Sartre (1970), many thinkers used the word existentialism assumed a dimensional breadth and extension in which it does not mean anything more rigorously. For him, however, existentialism can be easily defined. There are two types of existentialists—first, the Christians, whose exponent is Jaspers. Second, atheists, like Heidegger. In common, both types of existentialists consider that *existence precedes the essence* - the need to start from subjectivity (SARTRE, 1970, p. 3).

As for the systematization of the method, in the chapter reserved for *having, doing and being*, present in work *L'être et le néant* (1943), Sartre (2001, p. 690-670) perceives the human in constant construction. Human existence, suggests Sartre, stems from each one's choices and their whole project. For the thinker, the human is a totality, in which their various choices will point to the whole project of existence. This project can be learned through a comparative method. Because all behaviors reveal the fundamental project, it is necessary to compare them to glimpse the identity in their differences. At the beginning of this section, we stated that Sartre criticizes essentialism because only the notion of a *created* human being could provide the idea of an intrinsic nature or essence. Sartre points out that this thought could be classified under the hypothesis that *the essence precedes existence*. An example of this, for Sartre (1970), is the idea of the book. He says that one must understand that it is an object manufactured by human beings if one takes a book. For its manufacture, the craftsman was inspired by a concept and a specific production technique. In this sense, the book has a definite utility.

For this reason, in the case of a book (or another object), the essence - understood as the set of techniques and qualities that allow its production and definition - precedes existence. In the case of the human being and not of any object, Sartre (1970, p. 4) also states that, if a creative God is conceived as a superior craftsman and whatever doctrine we consider, whether it be Descartes' doctrine or Leibniz, that God knows what he is creating, the concept of the human, in the spirit of God, is assimilable to the concept of a book. If God produces the human based on some techniques and according to a particular conception, then the human materializes the concept in divine intelligence. In that sense, the human essence would precede its existence.

Sartre (1970) states that, in the 18th century, philosophical atheism eliminated God's notion but did not suppress the idea that essence precedes existence. This idea seems to be present in the 1969 American Convention on Human Rights, which presupposes the human essence and its intrinsic dignity as fundamental human rights that are further proclaimed and

recognized legally. For Sartre (1970), the idea that essence precedes existence implies that humans have an *aprioristic* nature. This human nature can be found in all humans, which means that each human being is a particular example of a universal human concept.

If we take Sartre's (1970, p. 4) states into consideration, and one cannot prove God exists or has created human beings, there is at least one being in which existence precedes the essence, a being that exists before a concept - the human being. To say that existence precedes essence means that, in the first instance, "one exists, finds himself, appears in the world and only later defines himself." (SARTRE, 1970) As conceived by existentialism, the human being cannot be defined because, at first, it is nothing. Only later will this human be what they do of themselves. The starting point for existentialist philosophy will be Dostoyevsky's (2008) maxim: *if God did not exist, everything would be allowed*. That is to say, if God cannot be proved, then *existence precedes the essence*, and nothing can be explained by reference to a given and definitive human nature. The human is, therefore, free. From this assumption comes the existentialist maxim: *one is condemned to be free*.

Sartre's existentialist thinking criticizes the fundamentals of essentialism as follows: (a) denies the thesis that there is an essence prior to existence; (b) denies the thesis of the existence of a human essence; and (c) denying the first postulate of essentialism, of that there is no human essence, then is also denied the second postulated that human essence could be known. In short, Sartre (1970, p. 15) points out that, if there is no abstract human nature, that is, an essence of the human independent or prior to its existence, then there is also no human nature in general. If there is no aprioristic essence, then morality, in Sartre's thinking, is not aprioristic. In this sense, it is possible to criticize the foundation of the OAS American Convention on Human Rights of 1969, namely:

- a) that there is an inherent dignity to human beings;
- b) that there are essential human rights; and
- c) that rights derive from the attribute of being human.

If Sartre is correct about the lack of an abstract human nature (human essence), then there is no way to assert the existence of rights that belong to human beings' essence. Given this, the fundamental theses of the 1969 Convention would be denied. Also, even though there is a human essence, according to Sartre's theory, because some superior craftsmen created the human being, there would be no way of knowing which would be this human essence to, which is why she could not support human rights.

It is noticeable that there is more than a rhetorical use of the essence to base rights: assuming for a moment that the human rights proclaimed by the 1969 Convention are rights of the essence of human beings, they become unquestionable due to the impossibility of questioning their absolute metaphysical foundation - the essence. This foundation presents more to a rhetoric use – it allows a universalism of rights that disregard cultural conceptions of what it means to live a dignified life. In this sense, assuming for one moment that human rights are due to the human essence, there is no point in questioning other possible rights according to different conceptions of dignity. Therefore, the essence of human rights presents itself as a universal moral, unquestionable.

The essential rights of the human person are born as a result of struggles in the face of power, against oppression, gradually ascending, when conditions are conducive to them, and when their need is recognized to ensure each individual and society an existence dignified (BOBBIO, 1992, p. 6). In this sense, the need and possibility of problematizing subjectivity in concrete life contexts is affirmed, against the mechanisms of individualization, massification and normalization that produce subjectivities (ARCELO, 2012, p. 204). Regarding their historicity, human rights are not a given, but a human construct, which is always in a constant process of construction and reconstruction (ARENDT, 1979, p. 134).

However, theoretically, the foundation itself is questionable because of the impossibility of knowing whether or not there is, in fact, an essence and, more than that, an essential foundation of human rights. In this sense, the article's objective was not to carry out a legal-political criticism of the 1969 Convention but to show that the foundation on which the rights, duties, and obligations protected there is philosophically questionable. Theoretically, the alternative would be to provide that the foundation of the rights, which are legally important, is a political consensus about important moral values for the general population of America, but not the essence of the human being.

## **V. CONCLUSION**

The research's objective was the philosophical foundation of the American Convention on Human Rights. We analyzed the theoretical foundation of this international human rights document in the light of existentialist philosophy by Jean-Paul Sartre. Besides, ascertained whether this foundation is theoretically consistent. The research problem is: Is it possible to

suggest an essentialist foundation in the American Convention on Human Rights? The positive hypothesis is corroborated.

First, we analyzed the American Convention on Human Rights to ascertain its possible philosophical foundations, which seems to be the metaphysical assumption of essentialism. In the Convention's text, Member States recognized the existence of an "*essential*" human rights, which stem from the attribute of being human (of the human essence) (OAS, 1969).

In human rights, the statement that there are "essential" human rights implies recognizing that there is a human essence (with inherent dignity) from which "essential" rights arise: if human essence is a universal *a priori*, there is no need to think about different and cultural conceptions of dignified life and rights. Given the idea that rights derive from the attribute of being human, it seems that rights are essentialist. In this sense, the American Convention on Human Rights (1969) is theoretically founded on the metaphysical postulate of essentialism: rights are based on a human essence, which has attributes, such as the inherent (inherent) dignity.

Essentialism can be defined as the search for understanding the essence, considered what makes an object or being itself the same (its attributes that differentiate it from the others).

The theoretical problem of essentialism as the foundation of the 1969 Convention was analyzed in light of Jean-Paul Sartre's existentialism. For Sartre (1970), the idea that essence precedes existence implies that humans have an *aprioristic* nature. This human nature can be found in all humans, which means that each human being is a particular example of a universal human concept. If we take Sartre's (1970, 4) states into consideration, and one cannot prove God exists or has created human beings, there is at least one being in which existence precedes the essence, a being that exists before a concept - the human being.

Sartre's existentialist thinking criticizes the fundamentals of essentialism as follows: (a) denies the thesis that there is an essence prior to existence; (b) denies the thesis of the existence of a human essence; and (c) denying the first postulate of essentialism, of that there is no human essence, then is also denied the second postulated that human essence could be known. In short, Sartre (1970, 15) points out that, if there is no abstract human nature, that is, an essence of the human independent or prior to its existence, then there is also no human nature in general. If there is no aprioristic essence, then morality, in Sartre's thinking, is not aprioristic. In this sense, it is possible to criticize the foundation of the OAS American Convention on Human

Rights of 1969, namely: (a) that there is an inherent dignity to human beings; (b) that there are essential human rights; and (c) that rights derive from the attribute of being human.

Theoretically, the foundation theses of the 1969 Convention are questionable because of the impossibility of knowing whether there is an essence and an essential foundation of human rights. In this sense, the alternative would be to provide that the foundation of the rights, which are legally important, is a political consensus about important moral values for the American population.

## REFERENCES

ANDERY, Maria Amália *et al.* **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica.** Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

ARCELO, Adalberto Antonio Batista. O discurso dos direitos humanos sob a ótica da teoria crítica da sociedade. **Revista Mineira de Direito**, v. 15, n. 30, p. 202-218, 2012.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro. Documentário, 1979.

ARISTÓTELES. **Metafísica.** São Paulo: Edipro, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: campus, 1992.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo: Editora Ática, 2009.

CORNWELL, Steven Galt. Existentialism. 2010. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy.** Available at: <http://plato.stanford.edu/entries/existentialism/>

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Os irmãos Karamázov.** São Paulo: Editora 34, 2008.

GRUBBA, Leilane Serratine; NISTLER, Regiane. O ideal dos direitos humanos nos sistemas regionais de proteção. **Direito & Paz**, a. X, n. 38, p. 251-268, 2018.

HOFWEBER, Thomar. Logic and Ontology. 2004. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy.** Available at: <http://plato.stanford.edu/entries/logic-ontology/#Ont>

HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano.** São Paulo: Escala, 19--

JONES, Jan-Erik. **Locke on real essence.** 2012. In: **Stanford Encyclopedia.** Available at: <http://plato.stanford.edu/entries/real-essence/>

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: 70. Ed., 2002.

KOLAKOWSKI, Leszek. **Horror metafísico.** Campinas: Papirus, 1990.

MICHAELIS DICTIONARY. **Inerente**. Available at:  
<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=inerente>

MICHAELIS DICTIONARY. **Essência**. Available at:  
<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=essencia>

OAS. **American Convention**. 1969. Available at:  
[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15a ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2015.

PLATÃO. **República**. Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2002.

SAMET, Jerry. The historical controversies surrounding innateness. In: **Stanford encyclopedia**. 2008. Available at: <http://plato.stanford.edu/entries/innateness-history/>

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Paris: *Les Éditions Nagel*, 1970.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Petrópolis: Vozes, 2001.

SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. Por uma universalidade dialógica e analógica dos direitos humanos: superando os impasses do universalismo e do relativismo absolutos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 46, p. 389-410, 2020.

**Submissão: 02/12/2020 Aprovação: 19/05/2023**

## CIÊNCIA JURÍDICA E MITO: O AMOR COMO BASE EPISTEMOLÓGICA DA CIÊNCIA

*LEGAL SCIENCE AND MYTH: LOVE AS AN EPISTEMOLOGICAL BASIS OF SCIENCE*

*Victória Faria Barbiero*<sup>1</sup>  
Universidade de Brasília

*Paulo Roberto Ramos Alves*<sup>2</sup>  
Universidade de Passo Fundo

*Liton Lanes Pilau Sobrinho*<sup>3</sup>  
Universidade do Vale do Itajaí

### **Resumo:**

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar como o amor pode ser inserido em duas perspectivas distintas: tanto a biológica como a jurídica, sendo resposta efetiva como parâmetro para uma construção social mais justa. Para isso, em um primeiro momento, a partir dos conhecimentos obtidos da teoria de Francisco Varela e Humberto Maturana, explora-se as estruturas biológicas conectadas dos seres vivos e a teoria do conhecimento. Por outro lado, verifica-se o imaginário da ciência jurídica, utilizando autores como Warat, para demonstrar que o conhecimento jurídico é reproduzido de forma desviada, com o fim da manutenção do poder. Por fim, verifica-se que, apesar de se tratarem de ramos diferentes, a reconstrução da ciência deve ser dada a partir do paradigma de amor como base central das reproduções da sociabilidade.

### **Palavras-chave:**

Amor. Ciência Jurídica. Epistemologia. Senso Comum Jurídico. Teoria do Conhecimento.

### **Abstract:**

The present work seeks to analyze how love can be inserted in two different perspectives: biological and legal. For this, at first, from the knowledge obtained from the theory of Francisco Varela and Humberto Maturana, the connected biological structures of living beings and the theory of knowledge are explored. On the other hand, the imaginary of legal science is verified, using authors such as Warat, to demonstrate that legal knowledge is reproduced in a deviated way, with the end of maintaining power. Finally, although these are different branches, the reconstruction of science must be based on the love paradigm as the central basis of reproductions of sociability.

### **Keywords:**

Love. Legal science. Epistemology. Common legal sense. Knowledge Theory.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Constituição e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (2021-). Mestra em Jurisdição Constitucional e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (2019-2021). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2014-2019). Advogada.

<sup>2</sup> Doutor (2015) e Mestre (2009) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com estágio pós-doutoral na Universidade de Passo Fundo (2016). Professor e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo.

<sup>3</sup> Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo.

## 1. INTRODUÇÃO

No emaranhado enredo da existência humana, inclusive em sua representação social, poderes cruzam e aprisionam corpos e mentes para a reprodução de estamentos sociais nem sempre eivadas das melhores expectativas referentes a uma construção social solidária, justa e igual. Esses vícios sociais são encobertos por variadas estruturas de poder, que continuam se reproduzindo há séculos na sociabilidade ocidental. Alheios ao mundo ao seu redor, essas estruturas fizeram com que até mesmo a Terra e sua condição de reprodução da vida fosse colocada em xeque. Por isso, a presente pesquisa tem como escopo analisar a categoria do amor, diante do político e do social, e o que este pode significar ao ser inserido em duas perspectivas científicas diferentes, a biossocial e a jurídica.

Em um primeiro momento, a partir dos conhecimentos obtidos da teoria de Francisco Varela e Humberto Maturana (1995), explora-se o papel dos seres humanos, como estruturas biológicas autopoieticas que vivem conectadas e, na sua formação estrutural, produzem conhecimento. Há a falta de percepção (principalmente nas ciências sociais) sobre o processo da construção política e social daquilo que é conhecido como o “mundo” que cerca os indivíduos. Para isso, parte-se de uma premissa básica: o mundo não é dado previamente, mas é construído a partir da interação com o sujeito.

Assim, é possível verificar que a vida é um processo de conhecimento contínuo e, para entendê-la, é necessária a percepção sobre como os seres humanos aprendem e adquirem esse conhecimento. É exatamente a falta de conhecimento da relação indivíduo-mundo que fez com que as teorias sociais predominantes no Ocidente se reproduzissem a partir de outros parâmetros que excluem o que há de basilar na sociabilidade humana e seu manter-se vivo subsistir. Assim, somente a partir disso, é possível compreender a própria existência. Nesse processo interativo, o amor desponta como uma forma capaz de reproduzir conhecimentos a partir da compreensão do espaço do indivíduo nessa realidade “mundo”, diante de seus olhos.

Como no processo do conhecimento, a realidade jurídica é formulada a partir das experiências do Direito e seus atores, sejam oriundas das práticas jurídicas cotidianas, ou das construções textuais legislativas e teóricas. Em um segundo momento, verifica-se que a construção de um imaginário mitológico da ciência jurídica demonstra um direito que se reproduz por meio de um senso comum que fantasia os estamentos de poder e, enfim, os mantém em sua estrutura de protagonismo. Para isso, Warat faz uma abertura teórica no sentido de uma nova alternativa para rever os conceitos jurídicos e políticos cristalizados na modernidade, por meio do amor, para, afinal, pensar em um direito mais justo e igual.

Portanto, verifica-se que a reconstrução da ciência deve ser dada a partir do paradigma de amor como base central das reproduções da sociabilidade. Para isso, percebe-se um paralelo entre os autores, mesmo que possuam campos de pesquisa em ciências distintas. O amor se torna, portanto, um novo paradigma da ciência.

## **2. TEORIA DO CONHECIMENTO EM MATURANA E VARELA: O AMOR EM UMA PERSPECTIVA BIOCINCIAS**

Os seres humanos vivem em um mundo complexo de relações sociais estruturadas. Complexo, pois, se algo nos caracteriza como humanos, é sermos diferentes e plurais em nossas redes relacionais (SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p.15). São nessas tramas diárias que os indivíduos criam e recriam maneiras de se autocoordenarem. Na dinâmica da convivência em sociedade, as instituições exercem o papel de ordenação social, que, historicamente, cada cultura se desenvolveu por um determinado meio. Nesse deslinde, geralmente, surge um conjunto de pessoas que se sobrepõem a outras, que possuem protagonismo suficiente e poder para gerar os modos de condutas dos indivíduos (SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 16). Criam padrões e formas de viver: uma das formas de dominação.

Existem fatores sociais e físicos que (pré) determinam qual será a parcela de reconhecimento social que o indivíduo vai dispor, se pertencerá aos grupos das classes inferiores ou superiores. Mesmo antes do nascimento, essas definições já subsistem e somos presos a elas: o médico ao dizer que o bebê é menino ou menina preestabelece uma série de condutas que a criança será ensinada a seguir. O simples fato de uma manifestação corpórea/biológica que foi tida como feminino/masculino, inaugura o gênero em nossas vidas (BUTLER, 2018, p. 25).

Com o fenômeno da globalização, inúmeras sociedades passaram a gozar de semelhantes protagonismos que aprisionam os modos de condutas. A referência-padrão é o padrão do capital, da hegemonia liberal individualista (SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 29). Ser homem, branco, hétero, pai de família, europeu, por si só, indica uma condição de reconhecimento maior que categorias marginalizadas como negros/negras, pobres e mulheres, nas instituições contemporâneas. Isso não condiciona apenas um tratamento afável ou rechaçado, mas também a base da desigualdade/ emancipação econômica, como, por exemplo, no Brasil, que as injustiças sociais e econômicas são a herança da escravidão (SOUZA, 2017, p. 20).

É um efeito dominó, que visa à manutenção do poder nas classes dominantes. Assim, o dia a dia das sociedades contemporâneas é árduo, compostos de espaços de dominação, em que poucas classes são favorecidas, e em sua maioria massiva há a luta pela sobrevivência, a fome, a miséria, a falta de sensibilidade social e ambiental, fazendo com que as previsões do futuro sejam as mais negativas possíveis.

Quem aponta com uma interessante teoria acerca das dificuldades do homem moderno é Maturana e Varela (1995, p. 260): desconhecer o espaço do ser humano, como um ser vivo, também parte de um grande sistema de seres vivos, levou-nos a esses períodos de incerteza e desolação. "Cegos diante da transcendência de nossos atos, fingimos que o mundo tem um vir a ser independente de nós [...]", excluindo a responsabilidade que nos cabe diante da forma que agimos.

A vida é um processo contínuo de conhecimento e, se o objetivo é compreendê-la, se faz necessário compreender como os seres vivos, em suas mais diversas categorias, obtêm esse conhecimento. Dito de outra forma, é necessário entender os mecanismos que o ser humano se utiliza para conhecer o mundo. A biologia da cognição é a base necessária para a consciência geral de que vivemos no mundo e fazemos parte do seu processo vital. Construimos o mundo, e ele nos constrói no decorrer dessa caminhada. É uma dinâmica permanente. E, se esse se torna um espaço insatisfatório de se viver, a culpa cabe aos agentes dessa produção, ou seja, os indivíduos.

A epistemologia dos autores visualiza (a) o processo de formação biológica dos seres vivos através da autopoiese, e (b) a replicação da autopoiese nas mais diversas categorias da vida. Somos sistemas que se autorreproduzem e se autorreferem. O mundo tal como vivenciamos não é anterior à nossa existência, porém cada pessoa acaba gerando verdades próprias (um fenômeno individual) na tentativa de explicar o mundo a partir do que lhe foi apresentado, e tão somente. A tradição é uma história estrutural que determina como vamos enxergar, ou deixar de ver as situações (MATURANA; VARELA, 1995, p. 260). A tentação da certeza, como os autores explicam, é perigosa, pois gera preceitos que vão de encontro com o que o ser humano significa para o mundo ao seu entorno e para a própria humanidade. Existe a tentação de viver nesse mundo de certeza, que as nossas convicções apenas provam que o mundo é somente aquilo que está claramente visível, a partir de percepções individuais, e não existe nada além disso.

O processo de gerar o conhecimento desviado, ainda foi desenvolvido por teóricos que não percebiam esse processo sob bases biológicas, refutando-as e reproduzindo teorias concretizadas ainda quando o ser humano não possuía tantas ferramentas para a análise dos

processos bioquímicos ocorridos nos seres vivos. Não é possível produzir ciência sem perceber o próprio processo de conhecimento em si. Formulando conhecimentos e os inserindo no intersubjetivo social sem que este se identifique com uma ética consciente da estrutura biológica e social dos seres humanos. Toda reflexão, todo conhecimento é reproduzido por alguém. Nesse processo de autorreflexão, é quando o ser humano percebe a cegueira sobre si mesmo.

*O conhecimento do conhecimento compromete. Compromete-nos a tomar uma atitude de permanente vigilância contra a tentação da certeza, a reconhecer que nossas certezas não são provas da verdade, como se o mundo que cada um de nós vê fosse o mundo, e não um mundo, que produzimos com outros. Compromete-nos porque, ao saber que sabemos, não podemos negar o que sabemos (MATURANA; VARELA, 1995, p. 262).*

A grande virada do autor é quando abre um nicho teórico a partir da teoria dos afetos e como o ser humano biossocialmente se relaciona. A afetividade não pode ser desconsiderada, pois o que distingue a humanidade de outras espécies é a capacidade de amar, em que se caracteriza como uma biologia do amor. Os membros de diferentes culturas socializam de maneiras distintas, pois suas configurações do emocionar são diferenciadas (ROCHA; OLIVEIRA; SCHERBAUM, 2018, p. 66).

Assim, a consciência da unicidade dos seres humanos e da necessidade daquilo socialmente produzido que nos difere dos demais seres vivos geraria processos linguísticos e conhecimentos fundamentados sob uma única perspectiva: o amor, traduzido na ideia da aceitação do outro ao nosso lado, nos processos de convivência. Assim, o ser humano não vive só, e é a história da humanidade que mostra, a partir das situações vivenciadas, como o amor está sempre associado à própria ideia de sobrevivência. A sobrevivência está na cooperação. Se a mãe não acolhe o bebê, ele perece. É nesse acolhimento inicial que reside a própria existência (ROCHA; OLIVEIRA; SCHERBAUM, 2018, p. 67).

Dessa forma, tudo que tenha um caráter limitador da aceitação do outro, até mesmo como a competição, a posse da verdade ou a certeza ideológica, tem como consequência o rechaço, a destruição do fenômeno social em sua forma mais límpida e, também, o próprio humano, porque destrói o processo biológico que o gera (MATURANA; VARELA, 1995, p. 263).

Não é o conhecimento, mas o conhecimento do conhecimento o que nos compromete. Não é saber que a bomba mata, e sim o que queremos fazer com a bomba que determina se a usaremos ou não. Isso geralmente se ignora ou se finge desconhecer para evitar a responsabilidade que nos cabe em todos os nossos atos cotidianos, já que todos os nossos atos, sem exceção, contribuem para formar o mundo em que existimos

e que legitimamos precisamente por meio desses atos, num processo que configura nosso vir a ser (MATURANA; VARELA, 1995, p. 264).

Ou seja, em uma perspectiva biológica, não psíquica ou sociológica, sem amor, sem aceitação do outro, não há socialização. Sem fenômeno social, não há ser humano, e somos reduzidos a meros seres vivos autopoieticos.

### 3. OS MITOS DO ENSINO JURÍDICO TRADICIONAL

Quando se parte a um estudo filosófico, o conflito entre razão e mito se acentua. A filosofia tem como seu papel substancial a desconstrução da visão mítica da coletividade, de conduzir a conhecimentos mais racionais, com maior lógica no universo simbólico do que outras visões de mundo, contribuindo para o crescimento lógico da sociedade. A visão mítica se faz presente necessariamente em toda a compreensão do indivíduo, pois é uma necessidade humana dar sentido ao que vê e vive, e essas criações de sentidos que damos ao mundo e como o enxergamos não são dados naturais, mas criações interpretativas que construímos (RUIZ, 2004, p. 91-99). Sentimos o mundo dentro de nós e o interpretamos a partir do nosso ponto de vista, da construção cultural.

O mito é uma narrativa que possui sentido aos indivíduos que o compreendem. Podem existir narrativas com sentidos históricos, por exemplo, que por vezes perdem o sentido quando são construídas narrativas mais atraente, convincentes. Assim, “o ser humano não é um ser unicamente racional, nem exclusivamente mítico, já que ele é constitutivamente *mito-lógico*” (RUIZ, 2004, p. 98-100).

A partir desse ponto de vista, a verdade é sempre verdade em uma determinada perspectiva. As culturas dispõem as verdades de acordo com sua visão de mundo. Parafraseando Maturana e Varela (MATURANA; VARELA, 1995, p. 262), pensamos que conhecemos *o mundo*, e não *um dos mundos*, construído a partir daquilo que conseguimos enxergar.

A construção do ensino jurídico não foge do raciocínio do mito e construções que são tidas por naturais, racionais, mas carregam uma série de sentidos diversos. Warat (1994) desponta com um cabedal teórico acerca de uma crítica à ciência do direito, a fim de identificar os mitos das verdades jurídicas. Assim, potencializar o raciocínio lógico nessa ciência e analisar os fenômenos que andam junto com o ensino jurídico.

Os juristas são diretamente influenciados por uma série de representações, pré-conceitos, crenças, ficções, em suas atividades cotidianas, teóricas, práticas ou acadêmicas. De forma anônima, essas metáforas disciplinam seus atos e decisões (WARAT, 1994, p. 13). O

fetichismo que se vê o jurídico se torna convenções linguísticas prontas para suprimir a carência do Direito para com a realidade. Assim, essas fórmulas regulam o discurso e apresentam elementos com o intuito de aproximar-nos da lógica do senso comum dos juristas, tornando-os mais persuasivos (WARAT, 1994, p. 14).

Mesmo que em paralelo, não se pode deixar de esclarecer o papel essencial que o Direito exerce inserido nas lógicas de poder e dominação protagonista do tempo de hoje: a exploração unilateral é o vértice do capitalismo, e o exercício do poder por convencimento, por meio de um suposto pacto social, e não mais de forma coativa, é básico para a conformação do sistema. As figuras jurídicas como o contrato (de trabalho), o sujeito de direito e a soberania tornam o direito, ou a forma jurídica que o direito se expressa, um importante veículo de legitimação dessa ordem (MASCARO, 2013, p. 8-9).

O contrato social elaborado a partir da modernidade faz com que a incorporação do Estado aos tecidos sociais existentes seja tão sutil que o dado social produzido é visto como natural. Essa visão tradicional pode ser sintetizada pelo foco no estrito efeito do fenômeno estatal, deixando de lado a causa de seu desenvolvimento, que é derivada do surgimento da reprodução capitalista. O capitalismo origina o Estado, e não contrário, sendo um fenômeno típico da sua estrutura e não afetando a reprodução geral do capital, pelo contrário, assegurando-a (MASCARO, 2013, p. 44-45).

Observa-se que o mundo capitalista visa arquitetar um ser humano plenamente satisfeito e unificado. O cálculo econômico está submerso em todas as atividades humanas, sendo os interesses humanos compostos pelos interesses do capital. É nesse ponto que, com as revoluções liberais burguesas, Estado e direito surgem, como formas acopladas uma à outra, conectados exclusivamente à disposição plena da forma mercantil. Assim, o Estado surge como organismo soberano, dotado de um poder acima de todos na sociedade. Por sua vez, essa independência instaura-se com o Estado a partir de dominações específicas, sendo que a “autonomia estatal é estruturalmente havida só e sempre em razão da própria derivação de sua forma a partir dos mecanismos de derivação capitalista” (MASCARO, 2013, p. 45). O Estado, é um autônomo e um terceiro em relação ao capital e o trabalho, e essa separação dos aparatos estatais das classes e indivíduos se torna útil para a própria relação capitalista. O Estado se torna a garantia para a mercadoria, da propriedade privada e dos vínculos jurídicos de exploração, inclusive com seus meios de repressão (MASCARO, 2013, p. 46).

Assim, por exemplo, a figura jurídica do sujeito de direito é forma de dominação e apropriação do corpo humano e da força de trabalho. A apropriação da força de trabalho é o vértice de toda a relação trabalhista da lógica do capital baseado na produção e no lucro, assim

sendo, o Estado cria, por intermédio de institutos de natureza jurídica, os sujeitos de direito, autônomos, capazes de se submeterem a vínculos jurídicos, fundamentais à concretização do capitalismo. Como propõe Mascaro (2013), essas instituições jurídicas, aqui se incluindo a garantia do contrato e autonomia da vontade, se consolidam por meio do Estado e possibilitam uma espécie (o Estado, o direito) de mecanismo apartado do explorador (burguesia) e explorado (trabalhador). Os indivíduos sentem-se livres em buscar a satisfação de seus interesses, encobrindo a luta de classes, por não perceberem as fontes da exploração imanente, já que esse ambiente é presumidamente natural e aceito pelas partes.

Ademais, o próprio constitucionalismo sugere um contorno político-jurídico supostamente popular dado pelo poder constituinte, categoria que legitima a soberania do povo e funda/fundamenta toda a ordem democrático-constitucional. É notável como o conceito representa uma série de compromissos que nunca quiseram ser cumpridos no âmbito estatal, enquanto reside no imaginário constituinte uma estrutura que ficamos à mercê, presos em um lugar inócuo e vazio de um conceito de democracia que age como limitador das dinâmicas de participação e inclusão (MEDICI, 2016, p. 80). Ademais, apesar de estarem no âmago da reprodução jurídica da maioria dos Estados ocidentais, os direitos fundamentais não se concretizaram enquanto categoria efetiva materialmente. É evidente o distanciamento entre a norma, prescrita, e a teoria, seja ela doutrinária ou positivada, com a sua prática real. Os direitos fundamentais não são garantia de dignidade humana, liberdade ou igualdade, não garantem educação, alimentação e saúde. Pelo contrário, a precarização social e os abismos entre classes progridem, principalmente tendo em vista os novos tempos da economia neoliberal e seus sentidos contraditórios e totalizadores.

Isso demonstra uma ambivalência jurídica no sentido de efetivação e norma. Assim, para analisar o senso comum jurídico em Warat (WARAT, 1994, p. 14 - 15), construído em torno dessas dimensões de poder que ocuparam protagonismo na modernidade, como ponto de partida, é necessário perceber que os conceitos linguísticos dominantes do Direito e seus significados fazem parte de uma forma, que, apesar de ser normalmente chamada de real, é na verdade (a) um tecido de escritos intercalados e replicados, (b) uma interpretação que depende do próprio momento histórico que o lê. É um conjunto de produções de significados, que se transforma em um instrumento de poder. O saber acumulado do Direito e seus hábitos de significação, difundido nas instituições, é a condição necessária para a sua manutenção como um objeto de controle da sociedade. Porque, por trás das significações e vernáculos jurídicos estipulados, se escondem elos que servem a perpetuação do poder tal como o vemos.

Dessa forma,

[...] os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte, se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é a o lugar do secreto, As representações que o interagem pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder (WARAT, 1994, p. 15).

Além do mais, o senso comum dos juristas perfaz também a forma que a teoria do direito não impõe limites específicos entre o que é ciência e o que é saber comum. Nessas formas e representações, estariam as opiniões comuns dos juristas e ilusões teóricas classificadas como uma epistemologia do Direito, principalmente quando se diz que os profissionais do meio jurídico desempenham suas atividades diárias argumentando (WARAT, 1994, p. 93). Isso ocorre devido ao fato de que é difícil não utilizar o conhecimento comum em detrimento das razões teóricas de justificação, principalmente caso se perceba uma facilidade persuasiva maior na primeira (WARAT, 1994, p. 16).

A teoria kelseniana do Direito e da pureza como método é bom exemplo. Ao se prender em uma necessária purificação do Direito para delegar uma necessária autonomia da ciência, o autor desenvolveu uma teoria que considera, por exemplo, a Sociologia, a Ética, a Economia e a Política como elementos estranhos ao direito. Kelsen pretendeu construir uma teoria de direito totalmente puro, libertando-o de outras especulações.

Apesar de ser um grande passo para elevar as categorias de estudo do Direito como ciência, em insurgência às correntes jusnaturalistas, o concedeu todos os atributos do poder, mas acabou por desligá-lo totalmente da força. Faoro (1982, p. 33) crítica Kelsen ao considerar o Estado “como uma espécie de rei Midas que converte o direito em tudo quanto toca”, recusando as forças ativas que existem antes do direito, coexistem, e provavelmente existirão quando o direito se renovar.

É criada uma ideia perigosa ao produzir uma racionalidade positivista a serviço das funções, que, em um primeiro momento, se pretendia eliminar (MINGHELLI, 2001, p. 96-97). Por parte da dogmática jurídica, existiu um processo de recuperação ideológica pela Teoria Pura. Para o autor, recuperação ideológica seriam os mecanismos de argumentação que pretendem redefinir os sentidos críticos, a fim de readaptar à função de representação ideológica dos discursos tradicionais. Todavia, a questão é que a ciência jurídica sempre teve por objetivo mascarar as ideologias ocultas em seu discurso (MINGHELLI, 2001, p. 96-97), e Kelsen cria uma nova significação. Anteriormente, o Direito (em sua visão mais realista) apoderava-se do

Direito Natural e suas teorias para reproduzir essas dominações, agora ela se utiliza de novos mitos, introduzido pela Teoria Pura do Direito.

As estruturas jurídicas significam, na teoria, uma dimensão harmoniosa, clara, nos quais os indivíduos devem aderir se o desejo é a conciliação das contradições sociais, para que a convivência em sociedade seja mais agradável, como um legítimo sacrifício necessário (e imposto) para que a vida seja harmoniosa. Ou seja, o que Warat (WARAT, 1994, p. 35) chama de um ritual simbólico seriam essas categorias jurídicas que exprimem a função de harmonização, tais como o direito natural, o dever jurídico, ato antijurídico, natureza jurídica, e até mesmo Estado, soberania e legalidade.

Porém, o Estado, como exemplo, ao criar o direito, delimita tipos normativas que acentuam as situações de insegurança que o cidadão pode passar no seu dia a dia (WARAT, 1994, p. 110), nomeando-as, a fim de resguardar esses valores e, com isso, ser um mecanismo necessário na reprodução social. É uma dinâmica que se autossustenta. Na medida em que a sociedade vai se tornando mais complexa, outros estereótipos normativos vão sendo criados, assim perseguindo essa justiça irreal e mantendo seu caráter necessário para a manutenção do poder, que é a segurança na sociabilidade.

Nessa mesma linha, Ruiz(2004, p. 90-175) percorre um trajeto interessante sobre qual seria a função mitológica da ideia de liberdade em uma sociedade liberal. O autor não se detém a analisar o conceito a partir do jurídico, mas inclusive. A mentalidade do indivíduo moderno é liberal, e isso serve para a perpetuação do sentido de liberdade traçado: a liberdade nada mais é uma ferramenta de sacrifício para a busca do bem maior, o capital. O ter se transforma mais importante que a felicidade, e, “ao cultivar a produção de subjetividades destemperadas, o modelo liberal produz indivíduos com uma ingênua sensação de liberdade na medida em que se tornam objetos de fácil manipulação pela via da fabricação de seus desejos (RUIZ, 2004, p. 142)”.

O mesmo sentido percorre Warat (2004, p. 290), ao firmar que a liberdade expressa uma racionalidade máxima da sociedade, quando, na realidade, ela se porta como um mito.

No universo ocidental a ideia de liberdade, virtualmente solucionada no discurso, não contempla a dignidade, a solidariedade, o amor e a autonomia como condições para seu funcionamento efetivo. A liberdade fica como um nome encantado, uma sensatez fantasmática para adquirir a facilidade técnica de viver e consumir: a liberdade de mercado, o psicodrama universal do liberalismo e sua distribuição climatizada dos valores. No mercado vendem-se conforto e fetiches democráticos, toda uma mitologia da inocência cultural. No mercado, evita-se que a democracia apareça como uma injeção de intercâmbios, ações e imprevistos (WARAT, 2004, p. 290).

Dessa forma, esses quadros mitológicos da ciência do direito produzidos e reproduzidos são construídos a partir de verdades jurídicas que carregam, em seu âmago, limitações, dominações e formas de convencimento. Pretendem ocultar os componentes políticos dos indivíduos a elucidação da verdade.

A ciência jurídica é reproduzida de forma “contaminada”, não partindo da perspectiva que Maturana e Varela trabalham. Apesar de tratar de pesquisas sobre ciências distintas, diferentes perspectivas, a crítica que os autores fazem segue a mesma linha que o Warat e, também, o mesmo paradigma de reconstrução da ciência: o amor. É o que se pretende trabalhar no próximo capítulo.

#### **4. UM PARALELO ENTRE WARAT E MATURANA: A RECONSTRUÇÃO DA CIÊNCIA A PARTIR DO PARADIGMA DO AMOR**

Poucas pesquisas teóricas acoplam a análise jurídica com uma teoria dos afetos para embasar e compreender os impasses da vida política (SAFATLE, 2015, p. 25). Os estudos jurídicos são condicionados a entender que a dimensão dos afetos se relaciona apenas com a individualidade dos sujeitos, enquanto a compreensão de problemas relacionados aos vínculos sociais estaria inserida em uma perspectiva diversa. O funcionamento da sociedade como sistema de regras e normas seria divergente da estrutura de valores individuais. Todavia, essa premissa não é verdadeira.

Para Warat, a falta de trabalhar com conceitos como o amor é o grande desafio da construção moderna. Vivemos em uma cultura que a falta de amor impede um projeto de emancipação da sociedade, ainda presa nas amarras afixadas na Idade Média e nas bases liberais da liberdade individualista, tecidas no processo de queda da monarquia e suas revoluções. Para o autor, a construção da pós-modernidade deveria se dar a partir de um projeto que contemple a capacidade amorosa como um instrumento político que permita a revisão dos valores modernos (WARAT, 2004, p. 305). A proposta é “um percurso cujo sentido se irá encontrando na desconstrução da identidade simulada que nos habita: um espaço de sedução generalizada que nos vai condenado a um trânsito que ameaça ser irreversivelmente totalitário e afetivamente morto (WARAT, 2004, p. 305)”. A reconstrução das subjetividades e dos afetos nas ciências sociais.

A modernidade e seus mitos nos aprisionam em uma perspectiva de poder por convencimento, e não por coação. Esse poder é dócil, fluido, sedutor e nos condiciona em um dever de doação e sacrifício contínuo e necessário para perpetuar a visão divina da liberdade

(RUIZ, 2004, p. 20-175). Os mecanismos autênticos de poder são enfeitados por essas formas de sedução (WARAT, 2004, p. 305), e as verdades simulam uma visão harmoniosa e autêntica do mundo, que, ao mesmo tempo, incitam a insegurança caso vivessem sem elas (WARAT, 1994, p. 110). Por isso, reaparece na cultura da alteridade e dos afetos a possibilidade de inaugurar um novo tempo, pois uma nova era e uma nova ciência necessitam de uma aliança dos afetos que permita o amor ser uma instância transformadora. Ela é transformadora, pois o nosso corpo e mente se tornaram uma ansiedade destrutiva, permitindo que as dominações que cristalizam o poder em nossa visão de mundo continuem tomando nossos corpos (WARAT, 2004, p. 305). O amor vem como uma potência subjetiva, um vir a ser emancipatório, em que as pessoas passam a construir um espaço mais solidário, afável, humano, não o vislumbrando como apenas uma utopia inconquistável.

A própria democracia (real) é defendida a partir de uma visão do amor. Em uma visão muito mais sensível e desprendida de categorias jurídicas, Negri e Hardt aproveitam a visão de Spinoza em torno do conceito de amor como categoria capaz de quebrar o ritmo constante de um processo ontológico, que, a partir disso, sua síntese retorna ao social, revitalizando-o. O amor é o que move a mutação constante e a renovação da democracia. “Quando o amor intervém e a alegria se desprende da tristeza, então o ser se renova. O poder constituinte se libera completamente (NEGRI, 2002, p. 336)”.

O argumento do amor como conceito essencial da filosofia, da política e de sua proposta de construção do projeto de uma nova sociedade, fundada no respeito à alteridade e na busca pelo Comum. Não se trata do amor sentimental, mas da forma de amor própria dos pobres, isto é, a solidariedade: o cuidado com o outro, a possibilidade da criação de uma comunidade e da cooperação em projetos comuns. A falta desse tipo de amor é causa central para a fragilidade do pensamento contemporâneo. O amor é o coração vivo do projeto de Hardt e Negri. Entretanto, o sentido de pobreza aqui empregado precisa ser contextualizado; ser pobre não é viver uma “vida nua”, mas sim usar dos poderes de invenção e produção. Logo, a essência do pobre não é a “falta”, mas sim o “poder” (ROCHA; GUBER, 2017, p. 110).

É possível a criação de múltiplas subjetividades sociais por intermédio do amor. O amor não intervém tão somente no bojo das relações sociais, mas na construção do aparato político em uma macro perspectiva. O amor traduzido nesse cenário é resistência. É, assim, a vontade de reestruturação de uma democracia desviada, para um cenário em que a democracia é sinônima de legitimação do poder pelo povo, ou de um Direito que se perde em seus próprios termos e não garante ou efetiva sua razão principal.

Se por um lado, o amor é uma baliza ontológica da democracia real e das decisões da maioria, por outro, é a própria vontade do ser em se renovar e o impulso dessa renovação. É a

emancipação do ser desse sistema de padronização de comportamentos e existências. O amor é a base do poder constituinte como sujeito (esse, na visão Negriana) e, assim, é a vontade da Constituição e da democracia real de uma promessa por vir. É o amor por nós mesmos, pelo coletivo, pela esperança de um futuro melhor que faz com que a sociedade democrática seja a mais justa maneira de reerguer e consolidar um sistema jurídico constitucional, sistema esse radicalizado, permanecendo a democracia nas mãos do povo.

Assim, só poderíamos criar espaços, também jurídico e políticos, de emancipação, se previamente rompêssemos com a lógica manifesta da modernidade. Por essas razões, é possível traçar um paralelo entre o que Maturana pretende verificar, bem como a teoria crítica desenvolvida por Warat.

Em primeiro lugar, ambas as teorias se atêm em fazer uma crítica da ciência como ela se dispõe na modernidade. Por um lado, Maturana e Varela (MATURANA, 1995, p. 260) percebem que as teorias científicas ainda continuam reproduzindo conhecimentos antiquados e sem vislumbrar as necessidades do corpo biológico humano e da própria reprodução social, bem como sem perceber como o conhecimento é reproduzido, para, assim, não reproduzir o conhecimento a partir de mitos e crenças infundadas. Já Warat (1994, p. 14- 15) vê a ciência como hoje conhecemos, ou seja, o direito originado a partir da modernidade, como atrasado, pacato, ainda cheio de imaginários e fetichismos que escondem categorias políticas maiores e mais poderosas.

Para isso, ambos promovem uma reconstrução científica a partir de métodos próprios de análise a bases epistemológicas.

A ciência, para Maturana e Varela, deveria ser compreendida e construída a partir de uma biologia do amor. O amor, para os autores, tem a ver com uma lógica de co-dependência nossa com os outros, e a responsabilidade que deveríamos ter a partir de entendermos nosso lugar no mundo. Só seria possível a compreensão da biologia da existência a partir da biologia do amor (MATURANA, 1995, p. 262), pois existimos porque reproduzimos o amor, é a forma única que o humano tem da necessidade da dinâmica da convivência. Porém, os autores não avançam no amor como um método absoluto de renovação radical da realidade social.

Assim, a teoria de Warat (2004, p. 305) vem para suprir o espaço da análise na ciência jurídica. O autor pretende a reconstrução do direito e seus estamentos políticos, para uma lógica que leve em conta o ser humano a partir do amor, apenas. A construção teórica jurídica deveria retomar os afetos, a solidariedade, em seu âmago, contra os objetos viciados criados pela modernidade.

Portanto, seja como base da existência, como forma de ciência social, ou como uma ação interpretativa que condiciona os afetos a uma reconstrução dos estamentos políticos produzidos pela modernidade, o paradigma absoluto da reestruturação da ciência é o amor.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As compreensões trazidas neste trabalho, de modo geral, pretenderam expor como duas vertentes teóricas que analisam o mundo a partir de diferentes objetos, podem verificar uma construção que resgata a afetividade e o amor no centro de suas teorias.

As teorias sociais predominantes nos dias de hoje têm suas bases construídas em tempos modernos e, a partir daí, foram sendo reproduzidas e se moldando diante de uma série de dimensões de poder, principalmente do capital. Todavia, é fácil perceber que esses estamentos sociais e suas bases de subjetivação têm um custo alto para a sociedade, cada dia mais precarizada e vulnerável, bem como para o meio ambiente. O ser humano não compreende o mundo ao seu redor, e que suas ações não são alheias da responsabilidade que carrega diante dessas situações. Somos seres construídos a partir da necessidade da sociabilidade e da natureza para a manutenção.

Percebe-se que as teorias acima explanadas, apesar de trabalhadas por áreas de pesquisa diversas, verificam que o amor é a base da sociedade humana, seja como categoria que nos singulariza como seres humanos, seja como a válvula de escape aos mitos políticos, que os indivíduos enfrentam na modernidade. As teorias nem sempre se encontram, mas todas optam para a necessidade de uma nova lente a partir do amor.

O amor, aqui, não é uma figura romantizada, mas expressa solidariedade, compreensão, e responsabilidade com a posição do sujeito no mundo. Ele busca os sentimentos de pertencimento a uma comunidade e de dependência, tão afastado no pensamento liberal-individualista e no esteio das visões capitalistas. Inclusive, a retomada dos afetos, do amor e da solidariedade são cruciais, enquanto força motriz de resistência para a construção de uma nova subjetivação social.

Assim, é necessária a construção de teorias que tenham novos paradigmas, lentes e construções sociais, para que seja possível produzir uma sociedade que consiga suprir os anseios dos mais vulneráveis, bem como que possam se concretizar as teorias jurídicas mais inclusivas. Para isso, é necessário o desmonte de muitas noções e sentidos produzindo pela subjetivação dominante atual, dando lugar a novas que tenham a consciência dos espaços possíveis do sujeito.

Em conclusão, o amor é, também, uma construção mitológica. Porém, e apesar disso, é a visão mitológica mais inclusiva possível, ao pretender um mundo que as bases sejam mais solidárias e altruístas.

## REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith. **Corpos em Aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

FAORO, Raymundo. **Assembleia Constituinte**: a legitimidade recuperada. Brasília: Brasiliense, 1982.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento**: as bases biológicas do entendimento humano. São Paulo: Psy II, 1995,

MEDICI, Alejandro. **Otros nomos**: teoria del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispal, 2016.

MINGHELLI, Marcelo. Crítica waratiana à Teoria pura do direito: os mitos do ensino jurídico tradicional. **Ensino jurídico**: Leituras interdisciplinares. São Paulo: Cultura Paulista, p. 177-196, 2001.

NEGRI, Antonio. **Poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

ROCHA, Leonel Severo; GUBER, Roberta Magalhães A Mediação e o Amor na Obra de Luis Alberto Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 33, n. 1: 101-124, jan./jun. 2017.

ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Bianca N.; SCHERBAUM, Júlia F.N. **Afetividade no Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2018.

RUIZ, Castor. **Os labirintos do poder**: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação. Porto Alegre: Escritos, 2004.

SAFATLE, Vladimir. **A esquerda que não teme dizer seu nome**. São Paulo: Três Estrelas, 2012.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**: de emancipações, libertações e dominações. 1ª ed. Tradução de Ivone Fernandes Morcillo Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Lisboa: Leya, 2017.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. SA Fabris, 1994.

WARAT, Luis Alberto. O Amor tomado pelo Amor: crônica de uma paixão desmedida. *in* **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Boiteux, 2004.

**Submissão: 23/02/2021 Aprovação: 14/06/2023**

## EFICIÊNCIA E JUSTIÇA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: POR QUE NÃO ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

*EFFICIENCY AND JUSTICE IN PUBLIC PROCUREMENT: WHY NOT LAW AND ECONOMICS?*

*José Márcio de Castro*<sup>1</sup>

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

*Mateus Pereira Libório*<sup>2</sup>

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

*Patrícia Bernardes*<sup>3</sup>

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

*Petr Ekel*<sup>4</sup>

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

### **Resumo:**

Esta pesquisa emprega análise de conteúdo e técnicas de classificação para examinar a literatura nacional e internacional sobre contratações públicas que abordam a Análise Econômica do Direito (AED) nas decisões das organizações. O objetivo dessa investigação é compreender em que medida as organizações têm considerado a promoção do bem-estar social ao buscarem a eficiência econômica (redução de seus custos de transação) no processo de contratações públicas. Os resultados revelam que vinte e cinco por cento dos artigos revisado se aproximam dos conceitos e objetivos da AED, sendo que apenas oito por cento deles se alinham integralmente à AED. Essa evidência sinaliza que a maior parcela das organizações considera o bem-estar no processo contratações públicas, focando exclusivamente na eficiência de custos de transação, e que se encontra aberta para novas abordagens teóricas. Essa é uma contribuição importante na medida em que sinaliza a necessidade da incorporação de normas na legislação de contratações públicas que incentivem a promoção do bem-estar social.

### **Palavras-chave:**

Análise Econômica do Direito. Custos de Transação. Instituições. Contratações públicas. Eficiência e justiça.

### **Abstract:**

This research employs content analysis and classification techniques to examine the national and international

---

<sup>1</sup> Possui doutorado em Administração pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo/FEA/USP (1999), mestrado em Administração pelo Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração/CEPEAD/UFMG (1989). Atualmente é professor adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais no Programa de Pós-graduação em Administração (PPGA).

<sup>2</sup> Bacharel em Ciências Econômicas (2011) e Administração de Empresarial (2016) pela Faculdade de Administração de Minas Gerais (FEAD), Especialista em Administração Estratégica e Inteligência Competitiva (2014) pela Universidade de Araquara (UNIARA), Especialista em Geoprocessamento (2013) e Mestre em Geografia (2016) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Atualmente é doutorando em Administração de Empresas pela PUC Minas.

<sup>3</sup> Economista, Mestre em Economia, Doutora em Administração pelo Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora, pesquisadora e orientadora do Programa de Pós-Graduação em Administração da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, desde 2002.

<sup>4</sup> Possui graduação em Engenharia Elétrica (pelo Instituto Politécnico de Kiev, KPI, 1972), mestrado (KPI, 1973), doutorado - Ph.D. (KPI, 1981) e doutorado - D.Sc., habil. (Suprema Comissão de Atestados do Conselho de Ministros da URSS, VAK, 1990). Tem títulos de Cientista Sênior (VAK, 1986), Professor Titular (Comitê Estatal da URSS para a Educação Pública, 1991) e Acadêmico (Academia de Ciências de Engenharia da Ucrânia, 1991).

literature on public procurement that addresses the Economic Analysis of Law (AED) in organizational decisions. This investigation aims to understand the extent to which organizations have considered promoting social well-being when seeking economic efficiency (reduction of their transaction costs) in the public procurement process. The results reveal that twenty-five percent of the reviewed articles are close to the concepts and objectives of the AED, and only eight percent are fully aligned with the AED. This evidence indicates that most organizations consider well-being in the public procurement process, focusing exclusively on transaction cost efficiency. and which is open to new theoretical approaches. This is an important contribution as it signals the need to incorporate rules into public procurement legislation that promote social well-being.

**Keywords:**

law and economics; transaction costs; institutions; public procurement; efficiency and justice

## 1. INTRODUÇÃO

A Análise Econômica do Direito (AED) é uma abordagem que considera a relevância dos custos de transação e as instituições como ator ativo na determinação de incentivos que moldam o comportamento dos agentes econômicos com objetivo duplo: o uso eficiente dos recursos escassos e a justiça social (COASE, 1995; NORTH, 1990; POSNER, 2014). Portanto, a AED busca a eficiência e justiça ou eficiência do bem-estar social pela mudança institucional – leis e regras, se diferenciando da Economia de Custo de Transação (ECT) que busca a eficiência pela adaptação da estrutura de governança (OSTROM, 1986; NORTH, 1990, WILLIAMSON, 1993).

Essa diferença faz da AED uma abordagem aderente ao problema da ineficiência e dos elevados custos de transação do processo de contratações públicas no Brasil (NÓBREGA, 2012; DIAS, 2016). Mudanças institucionais no ordenamento jurídico das contratações públicas da Lei n. 8.666 (1993), revogada pela Lei nº 14.133/2021 a partir de 31/12/2023, incidem sobre todas as transações e não somente sobre transações individuais como ocorre na ECT. A AED busca prever os efeitos das mudanças institucionais no ordenamento jurídico e identificar quais mudanças institucionais podem ser bem-sucedidas através do instrumental econômico para mitigar ineficiências e reduzir custos de transação nas contratações públicas (LIBÓRIO et al., 2021; 2022).

Levando em consideração que o instrumental econômico permite antever os efeitos de alterações na legislação, e que essa característica da AED pode evitar a implementação de normas e regras ineficazes para o enfrentamento da ineficiência e dos elevados custos de transação do processo de contratações públicas no Brasil, pergunta-se: por quê não fundamentar pesquisas sobre contratações públicas pela abordagem teórica da AED?

Esta pesquisa tem como objetivo compreender em que medida as organizações têm considerado a promoção do bem-estar social ao buscarem a eficiência econômica (redução de seus custos de transação) no processo de contratações públicas. Para isso, a pesquisa revisa o

estado da arte na literatura nacional e internacional sobre contratações públicas por meio de análise de conteúdo e técnicas de classificação (SUTTON, STAW, 1995).

A partir dos resultados dessa análise, a pesquisa oferece resposta para quatro perguntas. Primeira, quais são as abordagens teóricas mais presentes na literatura? Segunda, qual é proporção que cada uma dessas abordagens teóricas ocupa na literatura? Terceira, qual parcela da literatura se preocupa com os custos de transação em contratações públicas? Quarta, qual parcela da literatura converge eficiência e justiça ao buscar a redução de custos de transação e a promoção do bem-estar social?

Oferecer repostas para essas questões preenche um gap na literatura por evidências empíricas sobre como as organizações têm se importado com a justiça ao buscar a eficiência econômica. Essa é uma contribuição importante para a literatura de contratações públicas por duas razões. Primeiro, porque traz à luz a relevância da consideração do bem-estar social nas decisões organizacionais. Segunda, porque revela em que medida as organizações consideram o bem-estar social em suas decisões, fomentando o debate sobre a necessidade de incorporar incentivos à ações de responsabilidade social na lei de contratações públicas.

Além desta introdução, a seção dois traz os principais fundamentos da AED. A seção três explora as contratações públicas, colocando-as no contexto dos custos de transação e da AED. Na seção quatro são apresentados os materiais e métodos da pesquisa. A seção cinco traz os resultados e discussões precedidos das contribuições de pesquisa. A seção seis traz as considerações finais, limitações e sugestões para pesquisas futuras.

## **2. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA AED**

Em 1937, Coase (1995) aproximou os conceitos de mercado e firma em suas dimensões jurídicas ao lançar os fundamentos da Nova Economia Institucional. A partir de então, um grupo crescente de pesquisadores da economia (BECKER, 1968; MANNE, 1969), do direito (CALABRESI, 1970) e da teoria das organizações (BARNARD, 1968; ARROW, 1974) passou a entender as organizações como umnexo de contratos de custos de transação positivos. Para esses pesquisadores os contratos são mais do que uma representação da relação entre direito, economia e organizações, sendo um instrumento capaz de explicar as consequências do ordenamento jurídico na economia e nas organizações. Isso significa que as consequências do comportamento dos agentes nos custos de transação da economia podem ser explicadas a partir do conjunto de regras e incentivos colocados pelas instituições (NORTH, 1992; 1994).

As instituições podem ser compreendidas como “(...) as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, as restrições criadas pelo homem para moldar a interação humana (...)” e que “(...) reduzem riscos e estruturam incentivos para as transações”, influenciando o desempenho da economia (NORTH, 1990, p.3). Instituições frágeis ou ausentes sinalizam maior risco de os contratos não serem cumpridos, elevando os custos das organizações com medidas protetivas, custos de transação adicionais, que influenciam negativamente o desempenho econômico (COVIELLO; et al., 2018). Por outro lado, instituições fortes e atuantes que incentivam os agentes a se comportarem de modo não oportunístico podem reduzir os custos das organizações com monitoramento de contratos e influenciar positivamente o desempenho econômico (WILLIAMSON, 1985; 1991).

O entendimento de que as instituições são importantes para a eficiência de custos nas organizações dada sua relação direta com os custos de transação permite a Posner (2014) organizar a ligação entre direito e economia e colocar em evidência a importância da eficiência no direito. Com uma agenda de pesquisa repleta de evidências empíricas capazes de antever a eficiência de normas, Posner é considerado por acadêmicos, como, Zylbersztajn e Sztajn (2005) e Gico Júnior (2012), como o pesquisador mais influente no desenvolvimento da abordagem da AED. Contudo, é preciso reconhecer que a ligação entre direito e economia foi efetuada muito antes de Posner, sendo notada nos trabalhos de Becker (1968), Manne (1969) e Calabresi (1970).

O que importa para AED é que as decisões devem considerar simultaneamente os ambientes econômico e normativo. Isso significa que o direito deve se preocupar com os impactos econômicos das regras do jogo, pois economia e direito se influenciam mutuamente assim como organizações e instituições (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005). Para isso, a AED busca incorporar ao pensamento jurídico teorias capazes de explicar como as regras do jogo incentivam ou desincentivam o comportamento dos agentes para antever se os efeitos destas regras são eficientes (ALVAREZ, 2006). Em outras palavras, o objetivo da AED é fazer prognose, antever as consequências da aplicação de regras no comportamento dos agentes econômicos e, por assim dizer, suprir a inexistência de uma teoria jurídica capaz de explicar comportamento dos indivíduos (SANTANO, 2016).

A abordagem da AED se utiliza do instrumental empírico e analítico da economia para compreender, explicar e antever custos, benefícios e implicações do ordenamento jurídico no comportamento dos agentes (GICO JÚNIOR, 2010, 2012). Dois pontos fundamentam essa abordagem:

- alterações na estrutura de incentivos e conjunto de regras influenciam o comportamento dos agentes (WILLIAMSON, 1975; NORTH, 1990, 1992);
- os recursos escassos e os orçamentos limitados, o desperdício é injusto, o que incita a convergência entre os conceitos de eficiência e justiça (ALVAREZ, 2006; GICO JÚNIOR, 2010, 2012).

Tomando como tema as contratações públicas e como objeto de estudo a Lei 8666 (1993), tal legislação assume o papel da instituição que, por sua vez, reúne os elementos para que jogadores, compradores e fornecedores, possam jogar.

### 3. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Arrowsmith (2010) define contratações públicas como a aquisição de bens e serviços de terceiros por parte do setor público. A *Organisation for Economic Co-operation and Development* mostra que as contratações públicas representam em média doze por cento do Produto Interno Bruto (PIB) dos países da OECD (OECD, 2017). Dados do Painel de Compras IBGE indicam que o volume de contratações públicas no Brasil chegou a mais de dezesseis por cento (16,8%) do PIB em 2022 (BRASIL, 2022; IBGE, 2022). Esses altos percentuais tornam as contratações públicas estratégicas para diversas finalidades, como, por exemplo, ações de sustentabilidade (DELMONICO et al. 2018).

Entretanto, as práticas legais da contratação pública brasileira estão associadas a problemas de partilha de riscos, assimetrias de informação, ineficiência de controle e regras contratuais exorbitantes favoráveis ao setor público (DIAS, 2016). Pesquisadores têm se utilizado de diversas teorias para lidar com problemas na área das contratações públicas (FLYNN; DAVIS, 2014). As teorias mais frequentemente usadas por esses pesquisadores são apresentadas no Quadro 1.

**Quadro 1. Teorias mais frequentemente usadas por esses pesquisadores na área de contratações públicas**

Teoria	Principais referências
Teoria Gerenciamento da Cadeia de Suprimentos	Oliver e Webber (1982), Houlihan (1985) e Lalonde (1998)
Teoria Geral dos Sistemas	Von Bertalanffy (1956; 1968) e Luhmann (1995)
Teoria Microeconômica de Leilões e Licitações Competitivas	Milgrom e Weber (1982), McAfee e Mcmillan (1987) e Bulow e Klemperer (1994)

Teoria Microeconômica do Agente Principal	Jensen e Meckling (1979), Shavell (1979) e Hölmstrom e Milgrom (1991)
Teoria Microeconômica de Custos de Transação	Coase (1960), North (1990) e Williamson (1979; 1989)

**Fonte: Elaborado pelos autores.**

Análise de cento e setenta e dois trabalhos sobre contratações públicas mostra que a setenta e um por cento das pesquisas não se fundamentam em teoria, se limitando a contribuições de natureza empírica (FLYNN; DAVIS, 2014). Ainda que as Teorias Microeconômicas se façam presentes em cinquenta e seis por cento dos trabalhos fundamentados em teoria, esse percentual representa apenas dezesseis por cento dos cento e setenta e dois trabalhos revisados.

A análise de duzentos e trinta e um trabalhos sobre contratações públicas realizada por mostra que apenas trinta e nove por cento deles testam ou desenvolvem teorias (PATRUCCO, LUZZINI; RONCHI, 2017). Esses autores mostram que cinquenta e quatro por cento dos trabalhos sobre contratações públicas se preocupam com aspectos econômicos como, por exemplo, eficiência, economia de custos, eficácia e *Value for Money*<sup>5</sup>. Além disso, vinte e três por cento dos trabalhos convergem objetivos econômicos com o bem-estar social, abrangendo a justiça, o desenvolvimento sustentável e políticas ambientais (PATRUCCO; et al., 2017).

Esses percentuais sugerem que há pouco desenvolvimento teórico ou teste teórico e que não há uma teoria realmente proeminente na literatura de contratações públicas, mas que aspectos econômicos como os custos de transação são frequentemente considerados. Contudo, é preciso considerar que apenas artigos publicados na revista *Journal of Public Procurement* até 2014 foram considerados.

Levando isso em consideração, colocam-se aqui três perguntas. Primeira, a presença de teorias, e, logo, o desenvolvimento e testes de teorias em trabalhos sobre contratações públicas permanece baixa e se repete em outras revistas? Segunda, qual parcela da literatura recente e de outras revistas se preocupa com aspectos econômicos fundamentando-se na teoria de custos de transação em contratações públicas? Terceira, qual parcela da literatura converge para os objetivos de redução de custos de transação com promoção do bem-estar social?

### 3.1 Custos de transação e contratações públicas

<sup>5</sup> *Value for Money* é o que um governo considera combinação ideal entre quantidade, qualidade, características e custos da contratação, principalmente de projetos de infraestrutura (BURGER; HAWKESWORTH, 2016).

Strand et al. (2011) mostram que os custos de transação em contratações públicas são significativos e representam em média quatro e meio por cento do valor dos contratos em países da Europa. Incluem-se nesse percentual custos com pesquisas de fornecedores, negociação, elaboração, execução, monitoramento e controle contratuais e custos com disputas judiciais (YAKOVLEV, BALAEVA; TKACHENKO, 2018).

Normalmente, trabalhos que buscam a eficiência de custos de transação no processo de contratações públicas concentram-se na análise individual das transações (BAJARI, MCMILLAN; TADELIS, 2009). Esse tipo de análise segue o entendimento de que o ambiente institucional, as regras do jogo e/ou incentivos são elementos que oferecem suporte para que as transações ocorram (WILLIAMSON, 2008). Portanto, esses trabalhos buscam discutir a eficiência de custos de transação das organizações a partir do alinhamento das estruturas de governança dos contratos em relação a três elementos. Primeiro, em relação às características das transações: especificidade dos ativos, frequência e incerteza (WILLIAMSON, 1979, 1989). Segundo, aos pressupostos comportamentais dos agentes, racionalidade limitada e oportunismo (SIMON, 1955; 1972; WILLIAMSON, 1979). Terceiro, em relação às possíveis alterações de natureza institucional que exigem a adaptação do modo de governanças das organizações econômicas (ZYLBERSZTAJN, 1995; FARIA; et al., 2010).

Ao considerar a existência de relevantes custos de transação em contratações públicas, assume-se que as características das transações e os pressupostos comportamentais dos agentes podem provocar problemas como seleção adversa, risco moral e administração-refém (DIAS, 2016). A seleção adversa e o risco moral são problemas ocasionados pela presença de assimetrias de informação que abrem espaço para que os agentes adotem comportamentos oportunistas (NÓBREGA, 2012). A seleção adversa ocorre quando é impossível identificar e excluir ofertantes oportunistas antes da elaboração do contrato, abrindo espaço para a contratação de produtos e serviços de qualidade inadequada (SPAGNOLO; DINI, 2005). O problema do risco moral ocorre quando o comportamento oportunista do fornecedor ocorre após a elaboração do contrato (NÓBREGA, 2012). O problema da administração-refém está relacionado a relação de dependência entre fornecedor e comprador quando o ativo é muito específico, abrindo espaço para que uma das partes explore a fragilidade ou dependência da outra parte a partir de renegociações contratuais e maiores custos de transação.

Os problemas de seleção adversa, risco moral e administração-refém têm origem na presença de cláusulas contratuais vagas ou ambíguas decorrentes da limitação do indivíduo em prever todas as contingências contratuais (HART; HÖLMSTROM, 1986; DE BOLTON; DEWATRIPONT, 2005). A racionalidade limitada e o auto interesse dos agentes contribuem

para afastar a ideia de que todas as contingências podem ser previstas e colocadas nos contratos (SIMON, 1955; 1972; WILLIAMSON, 1985). Em suma, os contratos são incompletos (KLEIN, 1980; TIROLE, 1999).

A incompletude contratual pode resultar em seleção adversa, risco moral e administração-refém e aumentar os custos de transação das contratações públicas (OECD, 2017; RIBEIRO et al. 2018). Por outro lado, contingenciar contratos para evitar tais problemas também aumentam os custos de redação e execução dos contratos (TIROLE, 1999). Esse conflito mostra que a redução de custos de transação é desafiadora, e reforça que o controle dos custos de transação pode evitar o desperdício de recursos públicos (FREITAS, 2018).

### **3.2 Análise Econômica do Direito e contratações públicas**

Evitar o desperdício de recursos públicos é um dos propósitos da AED na medida em que corresponde à busca da eficiência e da justiça (ALVAREZ, 2006). Porém, a eficiência de custos não abrange todo o conceito da AED, que também se preocupa com as garantias de igualdade de oportunidades, partindo do princípio de que eficiência e justiça são conceitos que podem ser convergentes (GICO JÚNIOR, 2012). No contexto das contratações públicas, o conceito de eficiência não se restringe à dimensão econômica, envolve o bem-estar da sociedade, como, por exemplo, o desenvolvimento nacional, as compras sustentáveis, combate ao trabalho infantil e escravo e, a proteção social dos trabalhadores (DIAS, 2016).

A AED não desconsidera os custos de transação, mas se diferencia da ECT em pelo menos dois pontos (POSNER, 1993). Primeiro, foca na eficiência do bem-estar (GICO JÚNIOR, 2012). Segundo, busca a eficiência pelo estudo dos efeitos e das consequências da aplicação de uma nova regra no comportamento dos indivíduos (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005; SANTANO, 2016). Em suma, a AED busca a eficiência do bem-estar social, antevendo os efeitos de mudanças no ambiente institucional, regras e incentivos sobre o comportamento dos indivíduos sem desconsiderar a presença dos custos de transação.

Isso quer dizer que tanto a ECT quanto a AED buscam a eficiência. Contudo, enquanto a ECT busca a eficiência de custos por meio da adaptação do modo de governança, a AED busca a eficiência do bem-estar social por meio de mudanças institucionais. Com base nessa diferenciação evidencia-se a importância de identificar qual é a parcela da literatura sobre contratações públicas alinhada aos princípios fundamentais da AED, e que colocam as instituições como o ator ativo para se atingir a eficiência do bem-estar social.

#### 4. MATERIAIS E MÉTODOS

Direcionada pelas questões de pesquisa, revisou-se a bibliografia sobre contratações públicas publicadas em onze revistas. A seleção das dez revistas da área de administração é baseada no critério *h5-median*<sup>6</sup>. Cinco revistas internacionais com maior *h5-median* foram selecionadas: *Journal of Business Research*; *Management Science*; *Strategic Management Journal*; *Journal of Management*; *Academy of Management Journal*. Cinco revistas nacionais com maior *h5-median* foram selecionadas: Revista de Administração de Empresas; Administração de Empresas em Revista; Revista de Administração Pública; Revista de Administração Contemporânea; Revista de Administração São Paulo. A seleção da décima primeira revista se baseou no critério foco e escopo específico ao estudo de teorias e práticas em contratações públicas. A *Journal of Public Procurement* foi selecionada por se enquadrar nesse critério, e ainda por ser considerada a revista mais importante da área (PATRUCCO; et al., 2017).

Os termos de busca utilizados foram: “*public procurement*” para revistas internacionais; “contratações públicas” para revistas nacionais; e “*Law and Economics*” para a *Journal of Public Procurement*. A busca realizada na *Journal of Public Procurement* foi limitada ao período entre 2016-2020 em razão do grande volume de artigos sobre contratações públicas publicados nessa revista. Por sua vez, nenhuma restrição de data foi aplicada nas buscas realizadas nas revistas nacionais e internacionais.

Em seguida, os artigos selecionados foram classificados por meio do método análise de conteúdo em fundamentado em teoria ou não fundamentado em teoria. Essa classificação se baseou no que Sutton e Staw (1995) afirmam ser um artigo fundamentado em teoria e nos três elementos encontrados nesse tipo de artigo abaixo:

- artigos que apresentam conexões entre os fenômenos, enfatizam a natureza dos relacionamentos causais e identificam a cronologia dessas conexões e relacionamentos (SUTTON; STAW, 1995).
- artigos que fazem menção à palavra teoria repetida vezes, em média 18 vezes, e que incluem seções que o autor explicita “Ei, estou sendo teórico aqui” (HAMBRICK, 2007, p. 1347).

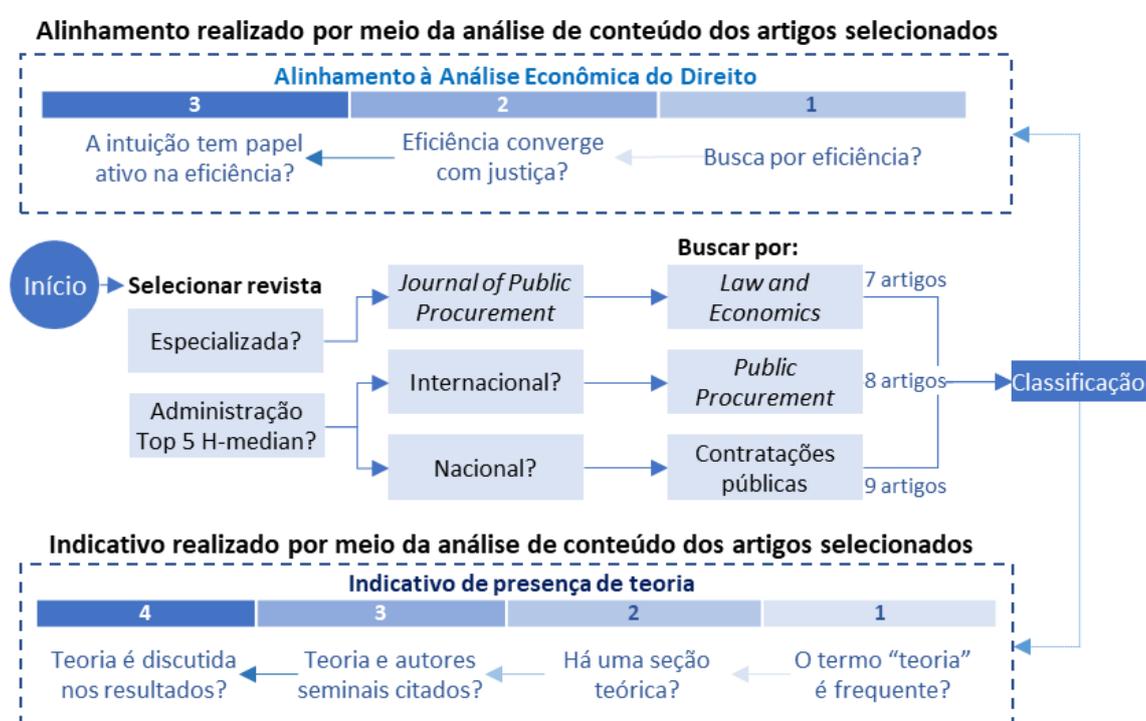
---

<sup>6</sup> O *h5-median da Google Metrics* é um índice que classifica os periódicos com base na mediana das vezes em que artigos publicados no periódico foram citados nos últimos cinco anos. Dados acessados em 03 de junho de 2020: [https://scholar.google.com/citations?view\\_op=top\\_venues&hl=en](https://scholar.google.com/citations?view_op=top_venues&hl=en).

- artigos que fazem referência a uma teoria, que citam um teórico proeminente da literatura (ver Anexo) e que usam a teoria especificada para enquadrar e discutir os resultados da pesquisa com base na teoria (FLYNN; DAVIS, 2014).

Após a essa classificação, analisou-se o conteúdo dos artigos revisados para quantificar quantos deles estão orientados pela ECT. Adicionalmente, por meio da análise de conteúdo, quantificou-se a proporção de artigos que colocam as instituições como ator ativo para alcançar a eficiência do bem-estar social. A Figura 1 ilustra o fluxo metodológico da pesquisa.

**Figura 1. Fluxo metodológico da pesquisa.**



Fonte: Elaborado pelos autores.

## 5. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Um total de cinquenta e seis publicações foram revisadas: trinta e uma de revistas internacionais, dezoito de revistas nacionais e sete da *Journal of Public Procurement*. Cinquenta e sete por cento desse total, trinta e dois artigos apenas citam contratações públicas, não se adentrando na matéria. Por sua vez, dentre os vinte e quatro artigos que se aprofundam no estudo das contratações públicas: nove foram publicados em revistas internacionais, oito publicados em revistas nacionais e sete publicados na *Journal of Public Procurement*. Esses

vinte e quatro artigos foram classificados em fundamentado em teoria ou não fundamentado em teoria pelos critérios de Hambrick (2007) e Flynn e Davis (2014).

Nove artigos foram classificados como fundamentados em teoria. A análise de conteúdo desses artigos releva a presença de conexões e relações causais entre resultados e referências explícitas com uma teoria. A Tabela 1 traz a proporção de artigos classificados como fundamentados em teoria entre as revistas consultadas.

**Tabela 1. Proporção de artigos fundamentados em teoria nas revistas consultadas**

Revista	Total	Fundamentado em teoria	Proporção
Internacionais	8	5	63%
Nacionais	9	3	33%
<i>Public Procurement</i>	7	1	14%
Total de artigos	24	9	38%

**Fonte: Elaborado pelos autores**

Entre esses nove artigos classificados como fundamentados em teoria, sete incluem uma seção teórica. Entre esses artigos a palavra teoria é citada em média dezesseis vezes. Esses resultados permitem chegar a três conclusões. Primeira, a presença de artigos fundamentados em teorias permanece baixa na *Journal of Public Procurement*, pois apenas quatorze por cento dos artigos publicados nessa revista foram classificados como fundamentados em teoria. Segunda, a presença de artigos fundamentados em teorias também é baixa em revistas nacionais, pois trinta e três por cento dos artigos publicados nessas revistas foram classificados como fundamentados em teoria. Terceira, a presença de artigos fundamentados em teorias não é baixa em revistas internacionais, pois sessenta e três por cento dos artigos publicados nessas revistas foram classificados como fundamentados em teoria.

Naturalmente, essas conclusões se baseiam nos resultados da pesquisa de Flynn e Davis (2014). Essa pesquisa estima que vinte e nove por cento dos artigos publicados entre 2001 e 2013 na *Journal of Public Procurement* são fundamentados em teoria.

A análise dos nove artigos fundamentados em teoria subsidia cinco importantes constatações. Primeira, cinquenta e seis por cento dos artigos se fundamentam na Teoria de Custos de Transação. Segunda, trinta e três por cento dos artigos se fundamentam na Teoria Leilões e Licitações Competitivas. Terceira, vinte e dois por cento dos artigos se fundamentam

na Teoria da Nova Economia Institucional. Quarta, onze por cento dos artigos se fundamentam na Teorias Institucional. Quinta, onze por cento dos artigos se fundamentam na Teoria de Contratos. Um dos artigos associa a Teoria de Custos de Transação à Teoria de Leilões e Licitações. Outros dois artigos associam a Teoria da Nova Economia Institucional às Teorias de Custos de Transação e de Leilões e Licitações.

Ampliando a análise para os vinte e quatro artigos revisados, a preocupação com a eficiência de custos de transação está presente em cinquenta e oito por cento dos casos (quatorze artigos). Portanto, pode-se afirmar que a maior parcela da literatura de contratações públicas está preocupada com a eficiência de custos de transação. Contudo, o papel das instituições para se alcançar a eficiência de custos de transação é ignorado em um dos artigos e a questão da justiça no conceito de eficiência não é considerada em outro. Logo, dez artigos consideram de fato o papel das instituições ao buscar a convergência entre eficiência e justiça. Em outras palavras, dez dos vinte e quatro artigos revisados se aproximam dos conceitos e objetivo apregoados pela AED e foram analisados com maior profundidade.

Três desses dez artigos se preocupam em demonstrar como as instituições exercem um papel importante para: tornar as contratações públicas estratégicas (GUARNIERI; GOMES, 2019), incentivar a inovação nos negócios, apoiar a formação de mercados (BLEDA; CHICOT, 2020) e atingir objetivos mais amplos, como, por exemplo, o bem-estar social, valor público, sustentabilidade, incentivo a pequenas e médias empresas, promoção de emprego e proteção de minorias (INAMINE; ERDMANN; MARCHI, 2012).

Outros dois artigos se voltam para a ampliação da participação das pequenas e médias empresas em contratações públicas. Hawkins, Gravier e Randall (2018) propõem a criação de instituições específicas para pequenas e médias empresas como objetivo de reduzir custos de transação em contratações públicas. Cabral Reis e Sampaio (2015) mostram que regras e incentivos que favorecem o aumento da participação de pequenas e médias empresas em contratações públicas não só aumentam a parcela da população envolvida nesse processo, o que significa priorizar o bem-estar social em detrimento da eficiência de custos.

Ainda sobre os artigos relacionados à AED, dois artigos se concentram no uso de sistemas de controle como forma de aumentar a eficiência do processo de contratações públicas. Abreu Campanario, Silva e Rovai (2006) mostram que sistemas eletrônicos são capazes de ampliar a concorrência e a transparência em contratações públicas, e, conseqüentemente, reduzir os custos de transação e oportunizar a alocação de recursos para a inclusão econômica e social. Faria et al. (2010) sugerem que a ampliação da eficiência dos sistemas eletrônicos por meio da divulgação de processos licitatórios, de políticas de relacionamento com fornecedores

e de contratações conjuntas podem contribuir para uma maior redução dos custos de transação em contratações públicas.

Concluindo a análise dos dez artigos, três artigos têm objetivos diversos. Cabral e Ménard (2019) focam na adaptação da estrutura de governança frente ao ambiente institucional buscando a eficiência na prestação de serviços públicos, transparência e a coesão social. Flammer (2018) mostra que a responsabilidade social corporativa ajuda a mitigar as assimetrias de informações, sinaliza confiabilidade e aumenta as chances de sucesso das empresas em contratações públicas, principalmente em contratos mais complexos e nos primeiros anos do relacionamento. Saad (2016) sugere mudanças institucionais para reduzir a fragilidade e suscetibilidade à corrupção em contratações públicas. O autor sugere alterar regulamentos, estruturas, configurações institucionais e a prática da profissão de contratação pública.

Ainda que todos os dez artigos considerem o papel das instituições e busquem uma convergência entre eficiência e justiça, nem todos eles colocam as instituições como o meio para se alcançar a eficiência.

O primeiro grupo reúne quatro artigos. Nesse grupo de artigos, as instituições, as características dos contratos e os pressupostos comportamentais são os elementos definidores do modo de governança para se alcançar a eficiência de custos de transação e para promover a justiça. O segundo grupo reúne quatro artigos. Os artigos desse grupo colocam as instituições como o instrumento para se alcançar a eficiência e a justiça. Contudo, nenhum dos artigos desse grupo propõe mudanças nas regras e incentivos, ainda que reconheçam que as mudanças institucionais são importantes para alcançar a eficiência. O terceiro grupo reúne os dois artigos que colocam as instituições como o ator ativo para se atingir a eficiência do bem-estar social ao mesmo tempo que propõem mudanças institucionais para se alcançar tal eficiência. O Quadro 2 traz um resumo dessas análises que buscam indicar o alinhamento dos artigos à AED a partir do papel da instituição na busca da eficiência nas contratações públicas.

### **Quadro 2. Papel da instituição na busca da eficiência e justiça**

Grupo	Papel da instituição	Referências
1	As instituições são, juntamente com as características dos contratos e os pressupostos comportamentais, um dos elementos definidores do modo de governança para se alcançar a eficiência de custos de transação.	Abreu Campanario et al. (2006), Faria et al. (2010), Cabral e Ménard (2019) e Flammer (2018)

---

2	As instituições são instrumentos para se alcançar a eficiência. Os autores mostram que mudanças institucionais são importantes para alcançar o propósito da eficiência.	Guarnieri e Gomes (2019), Bleda e Chicot (2020), Inamine et al. (2012) e Cabral Reis e Sampaio (2015)
3	As instituições são instrumento para se alcançar a eficiência. Os autores propõem mudanças institucionais para se alcançar a eficiência do bem-estar social.	Saad (2016) e Hawkins et al. (2018)

---

**Fonte: Elaborado pelos autores**

O Quadro 2 ajuda a responder qual parcela da literatura sobre contratações públicas se alinha aos princípios fundamentais da AED. Partindo do princípio de que as instituições são o ator ativo para se atingir a eficiência do bem-estar social, pode-se afirmar que seis dos vinte e quatro artigos revisados ou vinte e cinco por cento do total se alinham à abordagem da AED. Esse percentual cai para oito por cento (dois artigos) quando se acrescenta que a abordagem da AED busca antever a eficiência de normas (POSNER, 2014). Em outras palavras, as análises realizadas mostram que vinte e cinco por cento dos artigos se aproximam dos conceitos e objetivos da AED e que oito por cento dos artigos se alinham integralmente à AED.

### 5.1 Contribuições da pesquisa

Da análise dos vinte e quatro artigos sobre contratações públicas se identificou que trinta e oito por cento deles não são fundamentados em teoria. Esse percentual confirma que grande parte da literatura sobre contratações públicas permanece não fundamentada em teoria. Contudo, a ausência de teoria não é homogênea entre as revistas consultadas. Apenas quatorze por cento dos artigos publicados na *Journal of Public Procurement* são fundamentados em teoria. Esse percentual sobe para trinta e três por cento nos artigos publicados nas cinco principais revistas nacionais da área de administração e para sessenta e três por cento nos artigos publicados nas cinco principais revistas internacionais da área de administração.

Esses percentuais sugerem que a ausência de teoria nos trabalhos sobre contratações públicas pode não ser tão baixa. As teorias mais utilizadas na literatura de contratações públicas são as Teorias Microeconômicas de Custos de Transação com cinquenta e seis por cento, Leilões e Licitações Competitivas com trinta e três por cento e Nova Economia Institucional com vinte e dois por cento. Destaca-se ainda que cinquenta e oito por cento das vinte e quatro das pesquisas investigadas (quatorze pesquisas) se preocupam com a eficiência de custos de

transação e que setenta e um por cento dessas pesquisas (dez pesquisas) consideram o papel das instituições para alcançar essa eficiência e a justiça. Ou seja, vinte e cinco por cento das pesquisas analisadas se preocupam tanto com a eficiência quanto com aspectos sociais da contratação pública. Esse percentual é dois por cento maior do que apreseem pesquisas anteriores, confirmando o crescente interesse pela convergência entre objetivos econômicos e sociais no âmbito das contratações públicas.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a presença de teoria em trabalhos sobre contratações públicas permanece baixa, mas essa baixa presença não ocorre nas cinco revistas internacionais da área de administração de maior *h5-median*. A maior parcela da literatura investigada nessa pesquisa está focada na eficiência de custos de transação. Além disso, vinte e cinco por cento da literatura investigada coloca as instituições como o ator ativo para se atingir a eficiência do bem-estar social, se aproximando dos conceitos e objetivos da AED. Por sua vez, oito por cento da literatura investigada está integralmente alinhada aos princípios fundamentais da AED.

Essas evidências sugerem que a AED pode ocupar uma lacuna na literatura não explorada pela Teoria de Custos de Transação que é a busca da eficiência por meio da mudança das regras e incentivos, incluindo avanços nos regulamentos, estruturas e sistemas anticorrupção, garantias de igualdade e de equidade de condições para participação de pequenas e médias empresas.

Por outro lado, a AED possui limitações e ainda carece de um modelo geral capaz de inferir os efeitos das mudanças institucionais na eficiência do bem-estar social nos mesmos moldes do modelo preditivo da Teoria de Custos de Transação. Ou seja, desenvolver um modelo preditivo replicável a diferentes situações e contextos de modo a levar o benefício de se antever os efeitos de mudanças institucionais para além dos limites do caso estudado.

O desafio que se coloca para pesquisas futuras é desenvolver um modelo preditivo que considere as características sociais, econômicas e culturais de cada país, bem como os reflexos dessas características nos níveis de corrupção, burocracia, eficácia dos tribunais entre outros elementos que influenciam os efeitos das alterações institucionais.

Sugere-se ainda revisar a literatura sobre contratações públicas na perspectiva da Análise Econômica do Direito no Brasil, sistematizando, sintetizando e absorvendo o conhecimento existente sobre esse tópico de pesquisa com objetivo de incorporar as

contribuições existentes na literatura no desenvolvimento do modelo preditivo da abordagem da AED.

Finalmente, para propor uma alteração na referida lei das licitações com certa eficiência, deve-se também considerar a quem serve a ineficiência do referido normativo e, o atributo segurança jurídica, fundamental para mitigar incertezas nos investimentos. Assim, para antever os efeitos de mudanças institucionais específicas, como, por exemplo, a lei de licitações, que possa aumentar a eficiência do bem-estar social, essas previsões são aplicáveis a cada caso. Como sugestão de trabalhos futuros, propõe-se cotejar a Teoria da Economia de Custos de Transação e a abordagem da AED para propor um esboço de teoria de lei de licitações no Brasil para tornar as contratações públicas mais eficientes e justas.

## REFERÊNCIAS

- ABREU CAMPANARIO, M.; SILVA, M. M.; ROVAI, R. L. Eficiência de mercado e custos de transação: teoria e estudos de caso da Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo e da Central de Suprimentos do Instituto de Pesquisas Tecnológicas. *Revista de Administração*, v. 41, n. 3, p. 288-300. 2006.
- ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 29, n. 29, p. 49, 68. 2006.
- ARROW, K. J. *The limits of organization*. New York, WW Norton & Company, 1974.
- ARROWSMITH, S. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*, v. 10, n. 2, p. 149-186. 2010.
- BAJARI, P.; MCMILLAN, R.; TADELIS, S. Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 25, n. 2, p. 372-399. 2009.
- BARNARD, C. I. *The functions of the executive* (Vol. 11). Cambridge, MA, Harvard university press, 1968.
- BECKER, G. S. Crime and punishment: An economic approach. In *The economic dimensions of crime* (pp. 13-68). London, Palgrave Macmillan, 1968.
- BLEDA, M.; CHICOT, J. The role of public procurement in the formation of markets for innovation. *Journal of Business Research*, v. 107, p. 186-196. 2020.
- BOLTON, P.; DEWATRIPONT, M. *Contract theory*. MIT press, 2005.
- BRASIL. Lei 8.666. Institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Ministério da Fazenda. 1993.

BRASIL. *Painel de Compras*. Acessado em 09 de julho de 2023. Disponível em: <http://paineldecompras.economia.gov.br/licitacao-sessao>. 2022.

BULOW, J.; KLEMPERER, P. Auctions vs. negotiations. *American Economic Review*, v. 86, p. 180-194. 1994.

BURGER, P.; HAWKESWORTH, I. How to Attain Value for Money: comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement. *OECD Journal on Budgeting*, v. 1, p. 1-56. 2016.

CABRAL, S.; MÉNARD, C. Managing critical services through hybrid arrangements. *RAUSP Management Journal*, v. 54, n. 3, p. 337-356. 2019.

CABRAL, S.; REIS, P. R. D. C.; SAMPAIO, A. D. H. Determinantes da participação e sucesso das micro e pequenas empresas em compras públicas: uma análise empírica. *Revista de Administração (São Paulo)*, v. 50, n. 4, p. 477-491. 2015.

CALABRESI G. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press, 1970.

CALABRESI, G.; MELAMED, A. D. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral, *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6. 1972.

COASE, R. H. The nature of the firm. In *Essential readings in economics* (pp. 37-54). Palgrave, London, 1995.

COASE, R. H. The problem of social cost. In *Classic papers in natural resource economics* (pp. 87-137). Palgrave Macmillan, London, 1960.

COVIELLO, D.; MORETTI, L.; SPAGNOLO, G.; VALBONESI, P. Court efficiency and procurement performance. *The Scandinavian Journal of Economics*, v. 120, n. 3, p. 826-858. 2018.

DELMONICO, D.; JABBOUR, C. J. C.; PEREIRA, S. C. F.; SOUSA JABBOUR, A. B. L.; RENWICK, D. W. S.; THOMÉ, A. M. T. Unveiling barriers to sustainable public procurement in emerging economies: Evidence from a leading sustainable supply chain initiative in Latin America. *Resources, Conservation and Recycling*, v. 134, p. 70-79. 2018.

DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: *II Congresso Internacional de Compras Públicas: Para um Crescimento da Economia Assente na Contratação Pública Sustentável, Inteligente e Inovadora*. 2016.

DIMAGGIO, P. J.; POWELL, W. W. The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American sociological review*, v. 48, n. 2, p. 147-160. 1983.

FARIA, E. R. D.; FERREIRA, M. A. M.; SANTOS, L. M. D.; SILVEIRA, S. D. F. R. Fatores determinantes na variação dos preços dos produtos contratados por pregão eletrônico. *Revista de Administração Pública*, v. 44, n. 6, 1405-1428. 2010.

FLAMMER, C. Competing for government procurement contracts: The role of corporate social responsibility. *Strategic Management Journal*, v. 39, n. 5, 1299-1324. 2018.

FLYNN, A.; DAVIS, P. Theory in public procurement research. *Journal of Public Procurement*, v. 14, n. 21, p. 139-180. 2014.

FREITAS, R. V. Análise Econômica das Contratações Públicas. *Revista SÍNTESE Licitações, Contratos e Convênios*, v. 45, p. 113-135. 2018.

GICO JÚNIOR, I. Introdução ao direito e economia. *Direito e economia no Brasil*, v. 2. p 1-33. 2012.

GICO JÚNIOR, I. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33. 2010.

GREENBERG, J.; BARON, R. A.; GROVER, R. A. *Behavior in organizations: Understanding and managing the human side of work*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1993.

GUARNIERI, P.; GOMES, R. C. Can public procurement be strategic? A future agenda proposition. *Journal of Public Procurement*, v. 19, n. 4, p. 295-321. 2019.

HAMBRICK, D. C. (). The field of management's devotion to theory: Too much of a good thing?. *Academy of Management Journal*, v. 50, n. 6, p. 1346-1352. 2007.

HART, O. D. *On the Optimality of Equilibrium when the Market Structure is Incomplete*, 1975.

HART, O.; HOLMSTROM, B. *The Theory of Contracts* (No. 418). Massachusetts Institute of Technology (MIT), Department of Economics, 1986.

HART, O.; MOORE, J. Property Rights and the Nature of the Firm. *Journal of political economy*, v. 98, n. 6, p. 1119-1158. 1990.

HART, O.; SHLEIFER, A.; VISHNY, R. W. The proper scope of government: theory and an application to prisons. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 112, n. 4, p. 1127-1161. 1997.

HAWKINS, T.; GRAVIER, M.; RANDALL, W. S. Socio-economic sourcing: benefits of small business set-asides in public procurement. *Journal of Public Procurement*, v. 18, n. 3, p. 217-239. 2018.

HÖLMSTROM, B.; MILGROM, P. Multitask principal-agent analyses: Incentive contracts, asset ownership, and job design. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 7, p. 24-52. 1991.

HOULIHAN, J. B. International supply chain management. *The International Executive*, v. 27, n. 3, p. 17-18. 1985.

IBGE. *Produto Interno Bruto – PIB*. Acessado em 09 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. 2022.

- INAMINE, R.; ERDMANN, R. H.; MARCHI, J. J. Análise do sistema eletrônico de compras do governo federal brasileiro sob a perspectiva da criação de valor público. *Revista de Administração*, v. 47, n. 1, p. 124-139. 2012.
- JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure. In *Economics social institutions* (pp. 163-231). Springer, Dordrecht, 1979.
- KLEIN, B. Fisher—General Motors and the nature of the firm. *The Journal of Law and Economics*, v. 43, n. 1, p. 105-142. 2000.
- KLEIN, B. Transaction cost determinants of "unfair" contractual arrangements. *The American economic review*, v. 70, n. 2, p. 356-362. 1980.
- KLEMPERER, P. Auction theory: A guide to the literature. *Journal of economic surveys*, v. 13, n. 3, p. 227-286. 1999.
- LAFFONT, J. J.; TIROLE, J. *A theory of incentives in procurement and regulation*. MIT press, 1993.
- LALONDE, B. J. Supply chain evolution by the numbers. *Supply Chain Management Review*, v. 2, n. 1, p. 7-8. 1998.
- LEVIN, D.; SMITH, J. L. Equilibrium in auctions with entry. *The American Economic Review*, v. 84, n. 3, p. 585-599. 1994.
- LIBÓRIO, M P. et al. A abordagem da Análise Econômica do Direito em contratações públicas: uma revisão sistemática da literatura do Brasil. *Economic Analysis of Law Review*, v. 12, n. 2, p. 110-144, 2021.
- LIBÓRIO, M P. et al. Efeito da reputação do comprador público nos preços de aquisição de produtos comuns em pregões eletrônicos. *Economic Analysis of Law Review*, v. 13, n. 2, p. 23-42, 2022.
- LIBÓRIO, M P. et al. Efeito do atraso de pagamentos nos Custos de Transação em contratações públicas. *Economic Analysis of Law Review*, v. 12, n. 3, p. 462-479, 2021.
- LOCKE, E. A.; LATHAM, G. P. *A theory of goal setting & task performance*. Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, Inc, 1990.
- LUHMANN, N. *Social systems*. California, Stanford University Press, 1995.
- MANNE, H. G. *Economic policy and the regulation of corporate securities*. Books, 1969.
- MCAFEE, R. P.; MCMILLAN, J. Auctions and bidding. *Journal of economic literature*, v. 25, n. 2, p. 699-738. 1987.
- MCGREGOR, D.; CUTCHER-GERSHENFELD, J. *The human side of enterprise* (Vol. 21, pp. 166-171). New York: McGraw-Hill, 1960.

MEYER, J. W.; ROWAN, B. Institutionalized organizations: Formal structure as myth and ceremony. *American journal of sociology*, v. 83, n. 2, p. 340-363. 1977.

MILGROM, P. R.; WEBER, R. J. A theory of auctions and competitive bidding. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, v. 50, n. 5, p. 1089-1122. 1982.

NÓBREGA, M. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: Timm, L. B. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NORTH, D. C. Economic performance through time. *The American economic review*, 84(3), 359-368, 1994.

NORTH, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge university press, 1990.

NORTH, D. C. *Transaction costs, institutions, and economic performance* (pp. 13-15). San Francisco, CA: ICS Press, 1992.

OLIVER, R. K.; WEBBER, M. D. *Supply Chain Management: Logistics Catches up with Strategy*; nachgedruckt in: M. Christopher, 1982.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Public Procurement*, In OECD (Ed) *Government at a Glance 2017*, pp. 171-180, OECD Publishing, Paris [http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2017-en\\_2017](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2017-en_2017).

OSTROM, E. An agenda for the study of institutions. *Public choice*, v. 48, n. 1, p. 3-25. 1986.

PATRUCCO, A. S.; LUZZINI, D.; RONCHI, S. Research perspectives on public procurement: content analysis of 14 years of publications in the Journal of Public Procurement. *Journal of Public Procurement*, v. 17, n. 2, p. 229-269. 2017.

PORTA, R. L.; LOPEZ-DE-SILANES, F.; SHLEIFER, A.; VISHNY, R. W. Law and finance. *Journal of political economy*, v. 106, n. 6, p. 1113-1155. 1998.

POSNER, R. A. *Economic analysis of law*. Wolters Kluwer Law & Business, 2014

POSNER, R. A. The new institutional economics meets law and economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, v. 149, n. 1, p. 73-87. 1993.

RIBEIRO, C. G.; JÚNIOR, E. I.; RAUEN, A. T.; LI, Y. Unveiling the public procurement market in Brazil: A methodological tool to measure its size and potential. *Development Policy Review*, v. 36, p. O360-O377. 2018.

ROSE-ACKERMAN, S. The economics of corruption. *Journal of public economics*, v. 4, n. 2, p. 187-203. 1975.

SAAD, Y. G. Antifragilizing public procurement systems: A paradigm shift1. *Journal of Public Procurement*, v. 16, n. 4, p. 419-453. 2016.

- SANTANO, A. C. As diversas vertentes da corrupção: do econômico ao social. In GONÇALVES, M. E.; MARQUES, M. M. L.; SANTOS, A. C. (org). *Direito econômico: por interconexões entre o desenvolvimento e a sustentabilidade*, Curitiba: Editora Íthala, p.245-276, 2016.
- SHAVELL, S. Risk sharing and incentives in the principal and agent relationship. *The Bell Journal of Economics*, v. 10, n. 1, p. 55-73. 1979.
- SHLEIFER, A.; VISHNY, R. W. Corruption. *The quarterly journal of economics*, v. 108, n. 3, p. 599-617. 1993.
- SIMON, H. A. A behavioral model of rational choice. *The quarterly journal of economics*, v. 69, n. 1, 99-118. 1955.
- SIMON, H. A. Theories of bounded rationality. *Decision and organization*, v. 1, n. 1, p. 161-176. 1972.
- SPAGNOLO, G.; DINI, F. Reputation mechanisms and electronic markets: economic issues and proposals for public procurement. *Challenges in Public Procurement: an International Perspective*, PrAcademic Press, Boca Raton, FL, USA, 2005.
- STRAND, I.; RAMADA, P.; CANTON, E.; MULLER, P.; DEVNANI, S.; BAS, P. D.; DVERGSDAL, K. Public procurement in Europe. Cost and effectiveness. *Bruss. PwC Lond. Econ. Ecorys*, 2011.
- SUTTON, R. I.; STAW, B. M. What theory is not. *Administrative Science Quarterly*, v. 40, p. 371-384. 1995.
- TIROLE, J. Cognition and incomplete contracts. *American Economic Review*, v. 99, n. 1, p. 265-94. 2009.
- TIROLE, J. Incomplete contracts: Where do we stand?. *Econometrica*, v. 67, n. 4, p. 741-781. 1999.
- TIROLE, J. *The theory of industrial organization*. MIT press, 1988.
- VON BERTALANFFY, L. General system theory. *General systems*, v. 1, n. 1, p. 11-17. 1956.
- VON BERTALANFFY, L. *General system theory: Foundations. Development, applications*, 3. New York, 1968.
- WILLIAMSON, O. E. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: Macmillan Publishers, 1975.
- WILLIAMSON, O. E. Outsourcing: Transaction cost economics and supply chain management. *Journal of supply chain management*, v. 44, n. 2, p. 5-16. 2008.
- WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Macmillan, 1985.

WILLIAMSON, O. E. *The Nature of the Firm*. New York: Oxford University Press, 1991.

WILLIAMSON, O. E. Transaction cost economics and organization theory. *Industrial and corporate change*, v. 2, n. 2, p. 107-156. 1993.

WILLIAMSON, O. E. *Transaction cost economics. Handbook of industrial organization*, 1, 135-182. 1989.

WILLIAMSON, O. E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *The journal of Law and Economics*, v. 22, n. 2, p. 233-261. 1979.

YAKOVLEV, A., BALAEVA, O.; TKACHENKO, A. Estimation of procurement costs incurred by public customers: a case study of a Russian region. *Journal of Public Procurement*, v. 18, n. 1, p. 68-87. 2018.

ZUCKER, L. G. The role of institutionalization in cultural persistence. *American sociological review*, p. 726-743. 1977.

ZYLBERSZTAJN, D. Estruturas de governança e coordenação do agribusiness: uma aplicação da nova economia das instituições. Universidade de São Paulo Faculdade de Economia Administração e Contabilidade Departamento de Administração, 1995.

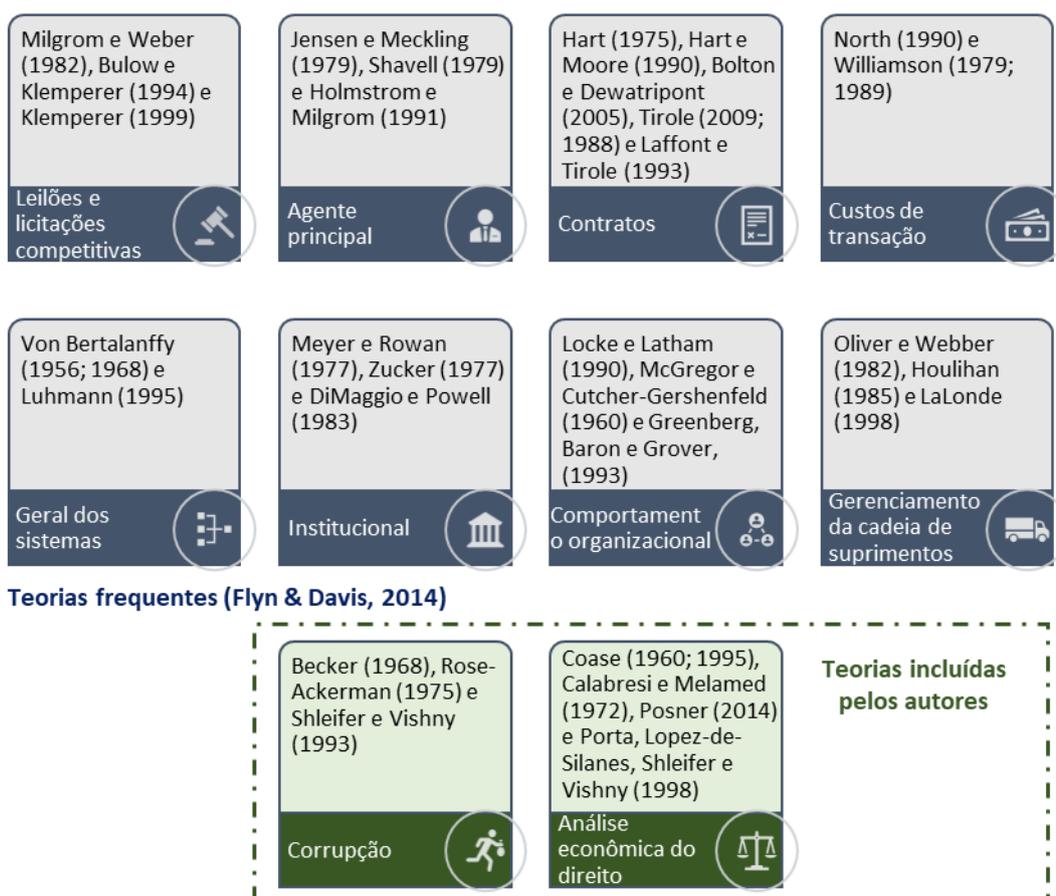
ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

**Submissão: 02/03/2021 Aprovação: 20/07/2023**

## ANEXO

Para definir os autores seminais foi realizado o procedimento de cocitações. A análise de cocitação permite identificar os principais autores de uma área do conhecimento e revela os principais autores, conceitos, métodos e experimentos nos quais os pesquisadores se baseiam (SMALL, 1977). Os Autores seminais das teorias analisadas são apresentadas na Figura 2.

**Figura 2. Lista das teorias**



Fonte: Elaborado pelos autores

A análise de foi operacionalizada no VOSviewer versão 1.6.13. O número de publicações por teoria que se baseia a análise é apresentado na Tabela 2.

**Tabela 2. Quantidade de artigos analisados por teoria**

Teorias	Número de publicações
Análise econômica do direito	68
Comportamento organizacional	92
Gerenciamento da cadeia de suprimentos	142
Corrupção	151
Teoria institucional	211
Teoria de leilões e licitações competitivas	216
Teoria do agente principal	624
Teoria de custos de transação	1.512
Teoria dos contratos	1.846
Teoria geral dos sistemas	1.947

**Fonte: Elaborado pelos autores**

## JUSTIÇA AMBIENTAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

### *ENVIRONMENTAL JUSTICE AND THE FEDERAL CONSTITUTION OF BRAZIL: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS*

*Carlos Alberto Santos*<sup>1</sup>

Universidade do Estado da Bahia

*Eliane Nogueira*<sup>2</sup>

Universidade do Estado da Bahia

*Maryângela Lopes*<sup>3</sup>

Universidade do Estado da Bahia

#### **Resumo:**

O presente estudo tem por escopo identificar se a Constituição Federal do Brasil de 1988 contempla os postulados da justiça ambiental no Brasil e se os mecanismos legais de proteção previstos podem ser efetivados para minorar as situações de injustiça social. Trata-se de uma pesquisa qualitativa de caráter descritivo e exploratório. Utilizou-se, para tanto, de estudos documentais e doutrinários como a Teoria da Justiça Ambiental que se pauta pela preocupação social com as minorias, como indígenas, extrativistas, camponeses, quilombolas, fundos de pasto e pela preocupação com a biodiversidade e o racismo ambiental. Como atividade de campo foram utilizadas entrevistas semiestruturadas, a partir de questões abertas sobre o tema a duas Promotoras Estaduais de Justiça e um Deputado Estadual da Bahia previamente selecionados, utilizando-se da análise temática de conteúdo, segundo Bardin (2011). A análise de conteúdo ajuda a aprofundar e melhorar a qualidade da interpretação, ampliando o entendimento sobre o objeto de estudo, pois, a partir das respostas oferecidas pelos entrevistados, busca-se identificar e compreender o fenômeno estudado em um contexto social específico. Os resultados alcançados demonstraram que os conceitos, princípios e valores que recaem sobre o meio ambiente físico, cultural e do trabalho esculpidos na Constituição Federal de 1988 estão alinhados com a aplicação da justiça ambiental. Entretanto, para a efetivação de tais direitos, impõe-se a organização e participação política e social das populações mais injustiçadas e invisíveis ao capital nos processos decisórios, especialmente nas situações de injustiças ambientais que, potencialmente, podem atingi-las.

#### **Palavras-chave:**

Justiça ambiental. Eficácia. Fundamentos Constitucionais.

**Abstract:** The purpose of this study is to identify whether the Federal Constitution of Brazil of 1988 contemplates the postulates of environmental justice in Brazil and whether the legal protection mechanisms provided can be implemented to alleviate situations of social injustice. This is a qualitative research with a descriptive and exploratory character. For this purpose, documental and doctrinal studies were used, such as the Theory of Environmental Justice, which is guided by social concern for minorities, such as indigenous peoples, extractivists, peasants, quilombolas, pastures, and concern for biodiversity and environmental racism. . As a field activity, semi-structured interviews were used, based on open questions on the subject to two previously selected State Public Prosecutors and a Bahia State Deputy, using thematic content analysis, according to Bardin (2011). Content

<sup>1</sup> Doutor em Etnobiologia e Conservação da Natureza (UFRPE). Mestre em Zoologia (UESC). Professor da Universidade do Estado da Bahia, junto ao Departamento de Tecnologia e Ciências Sociais. Biólogo/Etnobiólogo.

<sup>2</sup> Doutora (2005) e Mestre (2000) em Ciências Biológicas (Zoologia) pela Universidade Federal da Paraíba. Graduada em Ciências Biológicas pela Faculdade de Filosofia do Recife (1984). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ecologia Humana e Gestão Socioambiental.

<sup>3</sup> Doutoranda em Ecologia Humana e Gestão Socioambiental. Mestra em Educação e Contemporaneidade. Graduada em Ciências Jurídicas e em Letras. Professora Universitária de Direito Civil pelo Departamento de Tecnologia e Ciências Sociais da Universidade do Estado da Bahia.

analysis helps to deepen and improve the quality of the interpretation, expanding the understanding of the object of study, since, based on the answers offered by the interviewees, the aim is to identify and understand the phenomenon studied in a specific social context. The results achieved demonstrated that the concepts, principles and values that fall on the physical, cultural and work environment carved in the Federal Constitution of 1988 are aligned with the application of environmental justice. However, for the realization of such rights, the organization and political and social participation of the most wronged populations and invisible to capital in the decision-making processes are imposed, especially in situations of environmental injustice that, potentially, can affect them.

**Keywords:**

Environmental justice. Efficiency. Constitutional Foundations

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo identificar se a Constituição Federal de 1988 contempla os postulados da Justiça Ambiental no Brasil e se os mecanismos legais de proteção para as comunidades vulneráveis podem ser efetivados para minorar as situações de injustiça social. Partiu-se da seguinte questão: mesmo considerando que o fortalecimento das discussões em torno da justiça ambiental e a ressignificação da questão do meio ambiente no Brasil tenha se dado em torno dos anos de 2001 a 2004, pode-se afirmar que o texto Constitucional de 1988 contempla os postulados da justiça ambiental e oferece mecanismos legais de proteção para as comunidades vulneráveis no sentido de minorar as situações de injustiça social e ambiental?

Trata-se de uma pesquisa qualitativa de caráter descritivo e exploratório. Utilizou-se, para tanto, de estudos documentais e doutrinários, como a Teoria da Justiça ambiental, defendida por Alier (2015), Leroy (2016), Acselrad (2004 e 2010), Robert Bullard (1993), Rammê (2012), além da análise sistemática da Constituição Federal de 1988 e a utilização da técnica de entrevistas semiestruturadas, a partir de questões abertas sobre o tema da justiça ambiental a entrevistados previamente selecionados. As entrevistas foram efetuadas de forma sucinta, facilitando a identificação dos tópicos considerados relevantes. Os informantes foram previamente selecionados, sendo incluídos, na amostra, duas Promotoras de Justiça Especializada em Meio Ambiente, uma do Estado da Bahia e a outra do Estado de Pernambuco e um Deputado Estadual do Estado da Bahia.

Todos os entrevistados assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conforme Resolução n 466/12, do Conselho Nacional de Saúde. Ademais, a presente pesquisa foi submetida ao Comitê de ética na Pesquisa na UNEB e aprovada segundo o parecer nº 4.141.498.

## 2. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Em busca de resposta se a Constituição Federal de 1988 contempla os postulados da Justiça Ambiental no Brasil, em especial, a participação popular dos grupos vulneráveis aos impactos ambientais, procedeu-se a um estudo sistemático dos artigos, conceitos e princípios contidos na Norma Constitucional que respondam a isso, além da pesquisa doutrinária e da escuta de membros do Ministério Público Estadual e de um representante do Legislativo do Estado da Bahia.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa de caráter descritivo e exploratório sobre o objeto de estudo. Utilizou-se, para tanto, de estudos documentais e doutrinários, como a Teoria da Justiça Ambiental, defendida por Alier (2015), Leroy (2016), Acselrad (2004 e 2010), Robert Bullard (1993), Rammê (2012), entre outros, além da análise sistemática da norma Constitucional e a utilização da técnica de entrevistas semiestruturadas, a partir de questões abertas sobre o tema aos entrevistados previamente selecionados. A pesquisa de cunho qualitativo, como se vê em Minayo (2009, p. 22), “[...] se profunde no mundo dos significados”. Busca empreender uma análise ligada ao universo dos sentidos, visando compreender atitudes, ações, comportamentos, valores, crenças, motivos, aspirações, contextos, dentre outras características intrínsecas aos objetos investigados.

As entrevistas foram efetuadas por meio do correio eletrônico, após um contato prévio. Foram entrevistados uma Promotora de Justiça do Ministério Público do estado da Bahia, uma Promotora de Justiça do Ministério Público do estado de Pernambuco e um Deputado Estadual da Bahia.

Os dados da pesquisa de campo (entrevistas) foram coletados no período de junho e agosto de 2021, considerando a disponibilidade dos entrevistados. As questões constantes da entrevista (em anexo) foram enviadas a cada um deles e respondidas por e-mails, constando, também, a devida concordância dos mesmos, que, posteriormente, foram transcritas. Estas entrevistas serviram de base para a concretização da apresentação dos resultados da pesquisa de campo, baseada no modelo de pesquisa qualitativa. Para análise dos dados coletados utilizou-se o método denominado de “análise de conteúdo” sustentada em Bardin (2011). Após a realização das entrevistas, realizou-se a codificação e categorização do material, considerando o valor informacional, pertinência, ocorrência e relevância das respostas, tendo como bússola a Constituição Federal de 1988 e se esta contempla os postulados da Justiça Ambiental no Brasil, em especial, a participação popular dos grupos vulneráveis aos impactos ambientais. A interpretação dos resultados deu-se por meio de significações e não de inferências estatísticas, como demonstrado no texto.

Segundo Minayo (2011), esses procedimentos, necessariamente, não ocorrem de forma sequencial. Entretanto, em geral, costuma-se: a) decompor o material a ser analisado em partes; b) distribuir as partes em categorias; c) fazer uma descrição dos resultados da categorização; d) fazer inferências dos resultados; e) interpretar os dados obtidos com o auxílio da fundamentação teórica adotada que se alia à organização dos tópicos da análise pelo agrupamento temático.

Para utilização neste estudo, os entrevistados foram assim denominados: P1, P2 e D1, sendo que P1 é membro do Ministério Público (MP) do Estado da Bahia, P2 é membro do Ministério Público do Estado de Pernambuco e D1 é Deputado Estadual da Bahia.

Foram apresentadas nove questões abertas e obtidas respostas discursivas, tendo por objetivo investigar se a Constituição Federal do Brasil de 1988 contempla os postulados da Justiça Ambiental no Brasil, em especial, a participação popular dos grupos vulneráveis aos impactos ambientais e identificar quais mecanismos legais de proteção para as comunidades tradicionais podem ser efetivadas para minorar as situações de injustiça social.

No caso da pesquisa de campo aqui situada, o objeto de estudo partiu do tema sobre a justiça ambiental. Elaborou-se os seguintes indicadores para a análise de conteúdo: 1. A Constituição Federal do Brasil de 1988; 2. Os postulados da Justiça Ambiental no Brasil; 3. As principais questões ambientais locais que o cidadão e cidadã enfrentam 4. A participação popular dos grupos vulneráveis aos impactos ambientais; 5. A crença particular na efetivação da justiça ambiental no Brasil; 6. Mecanismos legais de proteção para minorar as situações de injustiça social.

Todos os entrevistados assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conforme Resolução n 466/12, do Conselho Nacional de Saúde. Ademais, a presente pesquisa foi submetida ao Comitê de ética na Pesquisa na UNEB e aprovada segundo o parecer nº 4.141.498.

### **3. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS**

#### **3.1. Justiça ambiental ou ecologismo dos pobres, segundo Joan Martínez Alier.**

O ecologismo dos pobres também é chamado de movimento de justiça ambiental, ecologismo do sustento, ecologismo da sobrevivência humana e ecologia da libertação. A política desta corrente é voltada para o interesse material do ambiente como fonte de condição para a subsistência. Evidencia sua preocupação com a justiça social contemporânea entre os homens e pontua o efeito nocivo do crescimento econômico, no que diz respeito ao

deslocamento geográfico das fontes de recursos e das áreas de descarte dos resíduos (ALIER, 2015).

A justiça ambiental e/ou ecologismo dos pobres pauta-se pela preocupação social com as minorias, como indígenas, extrativistas, camponeses, quilombolas, fundos de pasto e pela preocupação com a biodiversidade e o racismo ambiental. Foi um movimento social que surgiu nos EUA (Environmental Justice) devido à poluição urbana causadas pelas indústrias. Já no Brasil, apesar da influência americana, a justiça ambiental surgiu de forma diferente, por meio dos avanços de políticas públicas ambientais. (ALIER, 2015 ; LEROY, 2016). Ela resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social.

*Segundo o economista Alier (2015), o ecologismo tem posto em dúvidas as leis capitalistas de mercado, mormente na sua fase globalizada, devido à apropriação e exploração inconsequente dos recursos naturais e, concomitantemente, tem apontado que o meio ambiente não se reduz ao tratamento apenas científico da natureza. O ecologismo dos pobres é apontado como uma perspectiva necessária às lutas ambientais no Terceiro Mundo. Há muitas experiências de resistência popular e indígenas contra o avanço das atividades agrícolas ou de mineração. Na Amazônia existem comunidades que resistem contra as companhias petrolíferas. Assim, quando os pobres percebem que as suas possibilidades de subsistência estão ameaçadas devido a projetos de mineração, barragens, plantações de árvores ou grandes zonas industriais, contestam e lutam porque necessitam do ambiente para a sua sobrevivência imediata. É esta a essência do que se denomina “ambientalismo dos pobres”.*

Para Acselrad (2010) a injustiça social e a degradação ambiental têm a mesma raiz e existe uma articulação entre elas. A estratégia ancorada na noção de justiça ambiental, por sua vez, identifica a desigual exposição ao risco como resultado de uma lógica que faz que a acumulação de riqueza se realize tendo por base a penalização ambiental dos mais despossuídos. Ademais, a exploração brutal e crescente de recursos naturais causados por nosso modelo econômico dá origem a uma longa lista de problemas ambientais.

Joan Martínez Alier (2015) parte da premissa já conhecida de que os países industrializados dependem de uma parcela cada vez maior de matérias-primas e bens de consumo provenientes dos países em desenvolvimento. Isto remonta à situação, que é global, na qual as fronteiras de extração de matérias primas avançam na direção de novos territórios. O enfoque da ecologia dos pobres remete-se ao ambiente como fonte de subsistência, não em razão das futuras gerações de humanos, mas, sim pelos humanos pobres de hoje, isto é, a corrente nasce forjada na ética por justiça social.

Para o economista, a distribuição ecológica seria:

As externalidades que recaem sobre a população pobre e sem poder, são as de baixo custo, inclusive as internalizadas. Caso as pessoas queiram defender os ecossistemas dos quais retiram seu sustento, é, portanto, mais eficaz apelar, se forem culturalmente relevantes, para outros discursos de valoração. (ALIER, 2015, p. 139).

Ao tratar dos conflitos ecológicos distributivos, o autor destaca que a ecologia política deverá contribuir para o desenvolvimento de uma economia ecológica que ultrapasse a obsessão de “levar a natureza em consideração” em termos de valores monetários, e que, portanto, comprometa-se e atue com o pluralismo de valores, isto é, que leve em conta os diversos discursos de valoração, empregados pelos diferentes atores sociais, ao expor seus argumentos em lutas caracterizadas como “ecologismo dos pobres”.

Evidencie-se que, em suma, a justiça ambiental nasce da luta da sociedade civil contra a apropriação desigual dos recursos ambientais e da luta contra a prática de destinar a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento nas populações marginalizadas e vulneráveis, assim, reivindicação por justiça ambiental é também por justiça social.

### **3.2. O movimento de justiça ambiental no Brasil**

No Brasil, a Justiça Ambiental ganhou força por meio da Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA), criada em 2001, no Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, realizado em Niterói-RJ, em setembro de 2001. O centro das discussões concentrou-se nas injustiças ambientais que caracteriza o modelo de desenvolvimento dependente no Brasil, cujo cenário é de intensa desigualdade social, mistura de diversas etnias e de culturas, além do alto índice de pobreza, analfabetismo e desemprego. Nesse sentido, após vários debates realizados, elaborou-se uma declaração expandindo a abrangência das denúncias para além da questão do racismo ambiental na forma concebida no âmbito do movimento negro dos Estados Unidos, por volta de meados dos anos 1980.

Em busca de garantir a justiça ambiental, os manifestantes estabeleceram um conjunto de princípios e práticas que:

a – Assegurem que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas;

b – Assegurem acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país;

c – Garantam amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito;

d – Favoreçam a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso. (ACSELRAD, 2004, p.13-20).

Segundo Rammê (2012), o movimento de justiça ambiental no Brasil alcançou um grande potencial, em virtude de ser um país excessivamente injusto com relação a distribuição de riquezas e quanto ao acesso aos recursos naturais.

A Rede Brasileira de Justiça Ambiental imprimiu o termo Injustiça Ambiental como sendo:

[...] um mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 41).

Tratando sobre a temática da justiça ambiental e sua construção no Brasil, Henri Acselrad (2010) manifesta-se nesse sentido:

A noção de “justiça ambiental” exprime um movimento de ressignificação da questão ambiental. Ela resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social. Esse processo de ressignificação está associado a uma reconstituição das arenas onde se dão os embates sociais pela construção dos futuros possíveis. E nessas arenas, a questão ambiental se mostra cada vez mais central e vista crescentemente como entrelaçada às tradicionais questões sociais do emprego e da renda (ACSELRAD, 2010, p. 108).

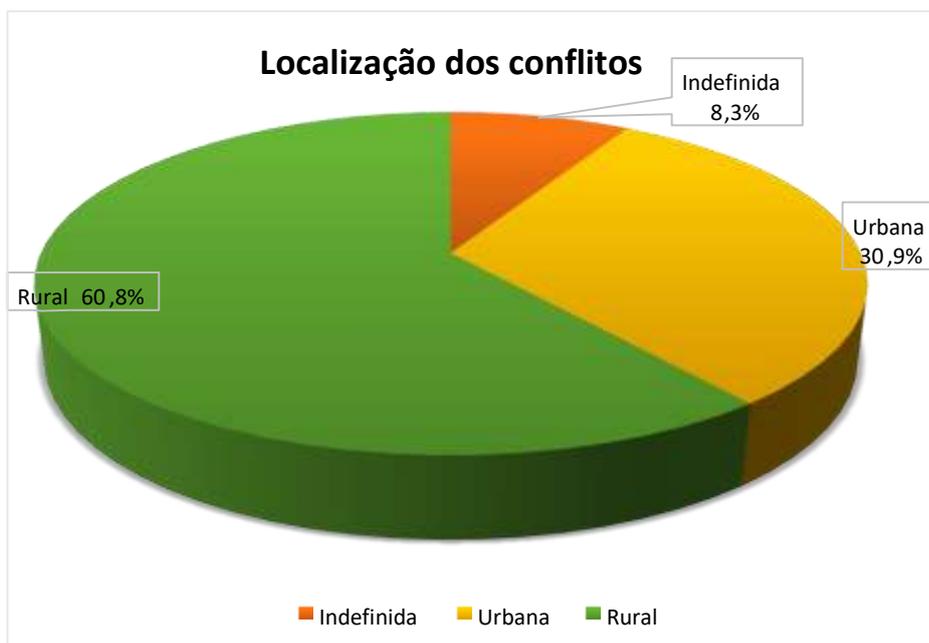
Assim, a ressignificação da questão ambiental no Brasil está associada ao protagonismo de atores sociais que relacionam os problemas ambientais às questões políticas, econômicas e de distribuição e justiça. Identificam a desigual exposição ao risco como resultado de uma lógica do capital, que faz com que a acumulação de riqueza se realize tendo por base a penalização ambiental dos mais necessitados. A luta por justiça ambiental passa a ser bandeira de luta de diversos sujeitos e entidades, como sindicatos, associações de moradores, grupos de afetados por diversos riscos como as Comunidades Tradicionais, além de alguns ambientalistas e cientistas. Nesse diapasão, entidades, órgãos públicos, organizações sociais e universidade

têm desenvolvido estudos científicos voltados à identificação e mapeamento das injustiças ambientais que ocorrem no Brasil e que provocam conflitos sociais.

No Mapa da Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil, construído sob a responsabilidade do Neepep/ENSP/Fiocruz, lançado em março de 2010, com o objetivo de apoiar a luta de inúmeras populações e grupos atingidos em seus territórios por ações governamentais e projetos de desenvolvimento que impactam desigualmente grupos sociais vulnerabilizados pelo preconceito e pela desigualdade social, foram identificados, inicialmente, 297 conflitos e novos conflitos foram sendo mapeados até chegar em 571 em agosto de 2016, envolvendo injustiça ambiental e saúde no Brasil. Alguns merecem destaques para este estudo.

O primeiro destaque diz respeito à localização dos conflitos, indicando que dos 297 conflitos presentes na versão inicial do Mapa, 60,85% estão localizados na zona rural (Figura 1); 30,99%, na zona urbana; e 8,38% atingem moradores de áreas onde campo e cidade de alguma forma se misturam (Figura 1).

**FIGURA 1- Localização dos conflitos no Brasil.**

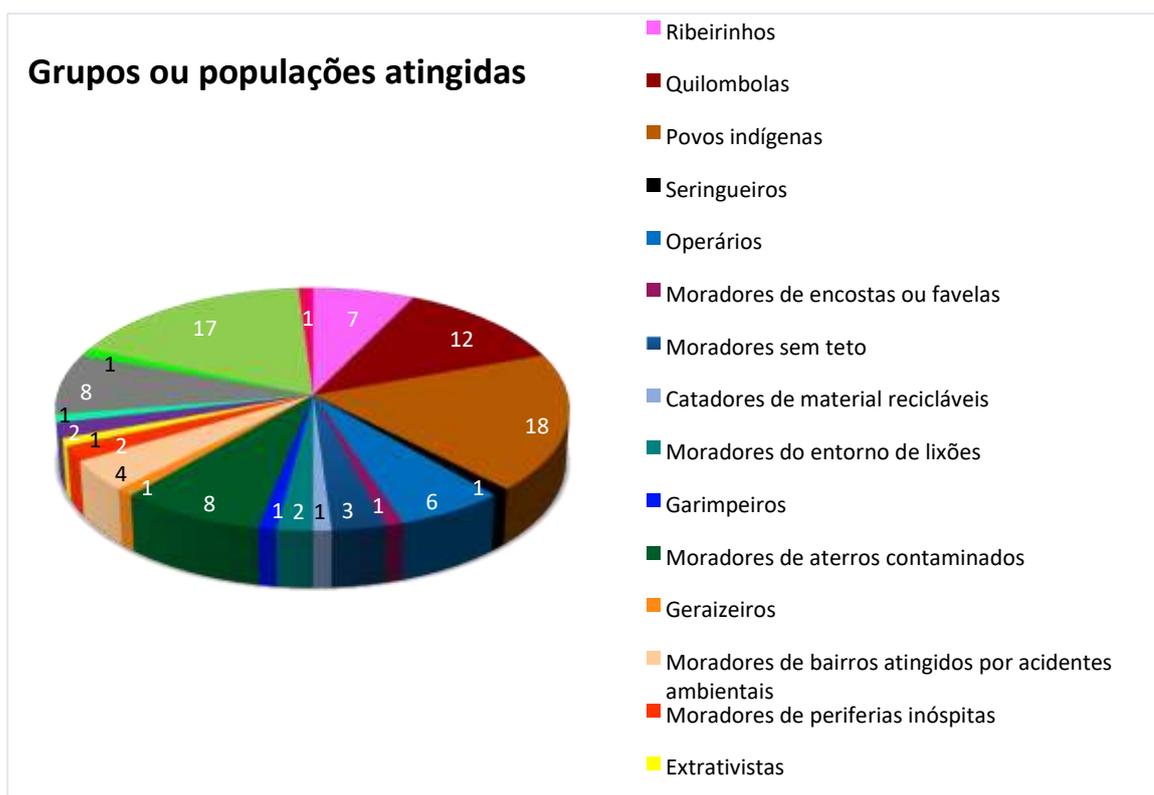


**Fonte:** 4a. Jornada Ecumênica - Fórum Ecumênico Brasil (FE Brasil) e Fórum Ecumênico Sulamericano (FE Sul), em 12 de novembro de 2010, Itaiaci, Indaiatuba, São Paulo. Adaptado pela autora.

A segunda evidência diz respeito à forma como o atual modelo de desenvolvimento no Brasil exerce o seu poder sobre as diferentes comunidades e quais são as mais atingidas, tanto no mundo rural quanto no urbano, tornando esse quadro ainda mais revelador da injustiça ambiental. Pode-se perceber, pelo gráfico abaixo (figura 2), que o impacto maior recai sobre os povos indígenas, com 18% do total. Em seguida, aparecem os agricultores familiares,

totalizando 17% e os quilombolas, com 12%. Seguem os pescadores artesanais, com 8%; os ribeirinhos, com 7% e os caiçaras com 2% (figura 2). Esses dados corroboram com a afirmação de que as comunidades tradicionais são as principais vítimas do avanço territorial da economia capitalista.

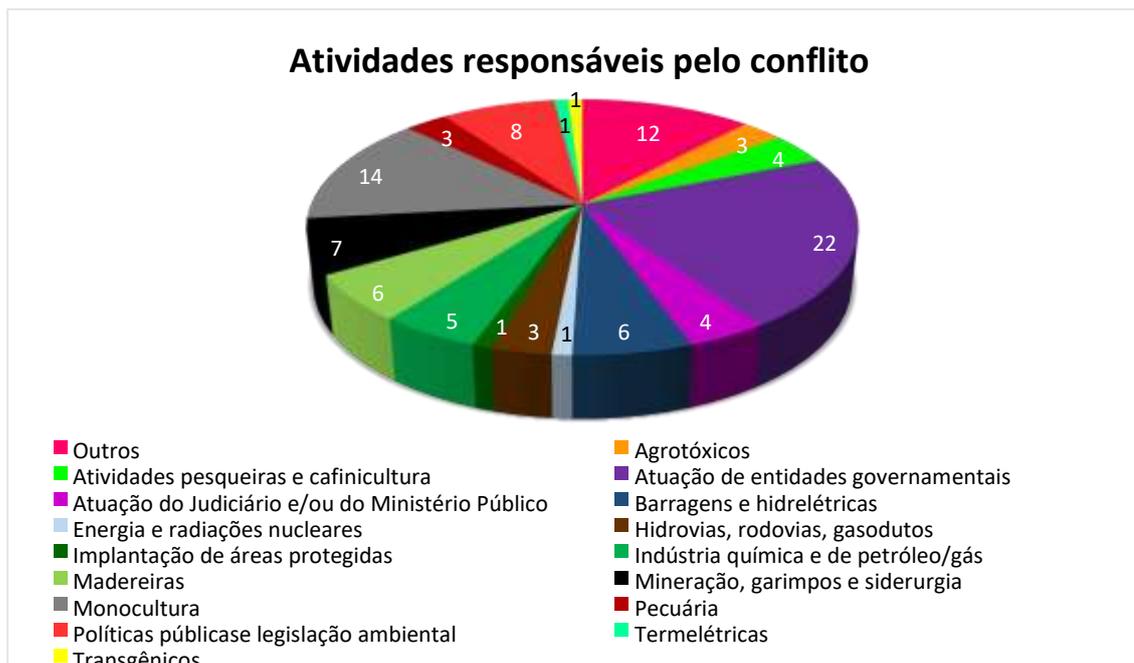
**FIGURA 2 – Grupos ou populações mais atingidas**



Fonte: 4a. Jornada Ecumênica - Fórum Ecumênico Brasil (FE Brasil) e Fórum Ecumênico Sulamericano (FE Sul), em 12 de novembro de 2010, Itaiçi, Indaiatuba, São Paulo. Adaptado pela autora.

O terceiro destaque consiste na indicação das principais atividades econômicas que interferem nos territórios e modos de vida das populações como as principais causadoras de impactos e conflitos socioambientais. Entre as atividades econômicas estão o agronegócio (monocultura), a mineração e siderurgia, a construção de barragens e hidrelétricas, as madeireiras, as indústrias químicas e petroquímicas, as atividades pesqueiras, a carcinicultura, a pecuária e a construção de rodovias, hidrovias e gasodutos (Figura 3).

**FIGURA 3 – Atividades responsáveis pelo conflito**



Fonte: 4a. Jornada Ecumênica - Fórum Ecumênico Brasil (FE Brasil) e Fórum Ecumênico Sulamericano (FE Sul), em 12 de novembro de 2010, Itaici, Indaiatuba, São Paulo. Adaptado pela autora.

Assim, o estudo da Fiocruz e da Fase revela que, no Brasil, há uma maior ocorrência de conflitos socioambientais em áreas rurais do que em áreas urbanas, e que as comunidades tradicionais como povos indígenas, agricultores familiares, quilombolas, pescadores artesanais, caiçaras e ribeirinhos são as principais vítimas do avanço territorial da economia capitalista, além de indicar principais atividades econômicas causadoras de impactos e conflitos socioambientais.

Na 36ª edição do Relatório Conflitos no Campo do Brasil 2021, que reúne dados sobre conflitos e violências sofridos pelos trabalhadores e trabalhadoras do campo brasileiro, bem como indígenas, quilombolas e demais povos tradicionais do campo, das águas e das florestas, produzido pela Comissão Pastoral da Terra, CPT Nacional, é possível identificar que o número de ocorrências de conflitos no campo foi de 1.768 (um mil, setecentos e sessenta e oito), com 35 (trinta e cinco) assassinatos e 897.335 (oitocentos e noventa e sete mil e trezentos e trinta e cinco) pessoas envolvidas. Foi documentada um total de 1.242 (um mil, duzentos e quarenta e duas) ocorrências de conflitos por terra em 2021, envolvendo 164.782 (cento e sessenta e quatro mil e setecentos e oitenta e duas) famílias, número inferior ao registrado em 2020. Os 304 (trezentos e quatro) conflitos pela água atingiram 56.135 (cinquenta e seis mil e cento e trinta e cinco) famílias e aproximadamente 224 mil pessoas. Os assassinatos somaram 35 (trinta e cinco), um aumento de 75% em relação a 2020, quando 20 (vinte) pessoas foram mortas. A maior parte das vítimas (10) era de indígenas, seguidos por sem-terra (9), posseiros (6 vítimas),

quilombolas (3 vítimas), quebradeiras de coco de babaçu e assentados (2 vítimas cada), pequenos proprietários (2 vítimas) e por fim, uma vítima aliada. Mais de dois terços do total de vítimas têm origem em populações tradicionais (CPT Nacional, 2021).

Com efeito, o relatório “Conflitos no Campo do Brasil 2021” revela os conflitos ecológicos distributivos, cerne das demandas do movimento por justiça ambiental, indicando as principais vítimas das injustiças ambientais no Brasil, numa evidente demonstração da atualidade do tema em discussão.

#### **4. RESULTADOS E DISCUSSÕES**

De acordo com os objetivos propostos nesse trabalho, a presente pesquisa está relacionada a identificar se a Constituição Federal do Brasil de 1988 contempla os postulados da Justiça Ambiental no Brasil e se os mecanismos legais de proteção para as comunidades vulneráveis podem ser efetivados para minorar as situações de injustiça social. Neste sentido, apresentam-se os resultados e discussões da pesquisa realizada.

##### **4.1. Justiça ambiental à luz da Constituição Federal de 1988**

Durante a ditadura militar (1964-1985), o modelo dominante de desenvolvimento ignorou os aspectos ambientais ligados ao desenvolvimento sustentável e, da mesma forma, o regramento jurídico instituído no Brasil. Com a Constituição Federal de 1988, fruto de luta e resistência popular, consagrou-se o Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

Reafirme-se que no período que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988, período da ditadura civil militar que governou o país entre 1964-1985, inexistia, no Brasil, qualquer legislação ambiental, e a ação de ONGs e ativistas era fortemente cerceada, a informação era restrita e grande parte da população não tinha noção da degradação ambiental em progresso. A ideia de desenvolvimento imposta pela ditadura militar no Brasil desencadeou, além de outros graves problemas, o genocídio indígena; o agravamento da concentração de terras; além da realização de obras milionárias de infraestrutura que objetivaram ocupar espaços vistos como vazios, principalmente na Amazônia. Pode-se asseverar que uma das consequências mais gritantes da ditadura militar foi o aumento da desigualdade social e, por conseguinte, o crescimento das injustiças ambientais.

Ademais, é necessário lembrar que a tese do crescimento a qualquer custo e de que a proteção do meio ambiente tornar-se-ia mais um obstáculo para os países em desenvolvimento foi defendida pelo governo brasileiro na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo.

Com a Constituição de 1988 as políticas ambientais evoluem e estados e municípios passam a ter competência para elaborar suas próprias políticas, ao mesmo tempo em que determina ser direito de todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado e que é dever do poder público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo.

A Norma Constitucional brasileira alberga, como nenhuma das anteriores, um sistema de direitos e deveres fundamentais de natureza coletiva ou difusa, baseado nos seguintes pilares: proteção ambiental e equilíbrio ecológico (arts. 170, VI e 225 da CF/88); dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88); construção de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88); combate e repúdio ao racismo e a quaisquer formas de discriminação (arts. 3º, IV e 4º, VIII, da CF/88); autodeterminação dos povos (art. 4º, III, da CF/88); prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF/88) valores étnicos, culturais (arts. 215, 216, 231 e 232 da CF/88); função socioambiental da propriedade (arts. 170, III, e 186, da CF/88); e redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII, da CF/88) (BRASIL, 1988).

Assim, passam a integrar o texto constitucional conceitos como o de equilíbrio ecológico e ecossistemas; a tutela jurídica da biodiversidade; o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e princípios como o da prevenção, da precaução e da reparação integral.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais que regem o Estado e a convivência em sociedade. Relaciona-se à garantia de que todos tenham acesso ao ar puro, ao saneamento básico, à coleta de resíduos, limpeza urbana e tratamento de esgoto, à justa distribuição de renda e justiça social, à segurança fundiária. Além da dignidade, o regimento federal também assegura a soberania, a cidadania, os valores sociais e a igualdade entre todos os cidadãos.

Seguindo na análise de normas constitucionais, observa-se que para a construção de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88) impõem-se a consolidação de estratégias mais inclusivas e democráticas e que o combate e repúdio ao racismo e a quaisquer formas de discriminação (arts. 3º, IV e 4º, VIII, da CF/88), garante a proteção aos vários tipos de intolerância, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A norma constitucional, além de criminalizar o racismo, impôs as condições de inafiançabilidade e imprescritibilidade.

Nesse sentido, acrescenta Ribeiro (2012) que na Constituição Federal ficou assegurado que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão. A cidadania e a dignidade da pessoa humana foram fundamentais para a estruturação do Estado Democrático de Direitos. Nesse viés, garantiram-se avanços quanto à questão racial e foram, também, garantidos os direitos humanos, considerada a pluralidade racial, étnica e cultural do povo brasileiro.

Bullard (2004) afirma que o racismo ambiental:

[...] é uma forma de discriminação institucionalizada. A discriminação institucional é definida como ‘ações ou práticas conduzidas pelos membros dos grupos (raciais ou étnicos) dominantes com impactos diferenciados e negativos para os membros dos grupos (raciais ou étnicos) subordinados (BULLARD, 2004, p. 43).

Outrossim, segundo a Constituição Federal do Brasil, cabe à sociedade e ao poder público a fiscalização das ações que se repercutem ao meio ambiente e as formas de vida. Nessa linha, ficou assentado, esparsamente ao longo do texto, os instrumentos processuais de garantia da tutela ambiental (ação popular e ação civil pública); a competência administrativa, comum, cumulativa ou paralela, atribuída à União, Estados, Distrito Federal e Municípios; a competência legislativa concorrente; a função institucional do Ministério Público para a promoção do inquérito civil e o ajuizamento da ação civil pública. Observa-se, pois, que há previsão legal da tutela ambiental, bem como meios para tanto.

O dever de reparação dos danos ambientais é extraído do próprio texto constitucional. Conforme estabelece o artigo 225, parágrafo 2º da Carta Magna, aquele que “explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei” (CF, 1988).

Quanto aos princípios como o da prevenção e da precaução aos danos ambientais, exige-se, na forma do artigo 225, inciso 1, IV, da CF/88, um estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade que possa degradar o meio ambiente. Dessa forma, o Poder Público buscará, de forma preventiva, a execução e fiscalização da política de licenciamento ambiental, tornando o princípio da prevenção e da precaução o alicerce para a prevenção de danos ambientais.

Quanto à reparação integral, O art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, consolida essa ideia conforme a seguir:

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, CF/88).

Constata-se, assim, que as condutas e atividades consideradas danosas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, que poderão ser pessoas físicas e também jurídicas, a sanções penais e administrativas, além da obrigação de reparar os danos causados pelos transgressores. Resta consagrada aqui, repise-se, a tríplice responsabilidade penal, administrativa e civil, todas independentes, embora com influências recíprocas. Dessa forma, a responsabilidade pelo dano ambiental fica dividida em três esferas distintas, a primeira é a de medidas reparatórias, aplicada na esfera Civil da obrigação de reparação integral do dano, e as outras duas são de medidas punitivas nas esferas administrativa e penal, com imposição de multas e outras penas.

Destaque-se que para a responsabilização civil por danos ambientais basta a existência de atividade de risco para a saúde e o meio ambiente; o dano ou risco de dano, efetivo ou potencial; o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado lesivo. Não são admitidas excludentes de responsabilidade, que seriam meras condições do evento, tampouco a cláusula de não indenizar. Como se pode reparar, o direito ambiental adotou a teoria da responsabilidade objetiva, que significa conferir ao agente causador do dano, no caso concreto, a responsabilidade pelo problema ambiental, independentemente de ter ele agido ou não com culpa.

Canotilho (1998), ao tratar da responsabilidade por risco, defende que se trata de uma justiça distributiva, “isto é, um sujeito que desenvolve uma atividade perigosa para a sociedade e dela tira benefícios, então é justo que ele suporte os danos que causar, mesmo sem culpa ” (CANOTILHO, 1998, p. 143).

Ainda no campo da justiça ambiental, merece especial destaque o reconhecimento constitucional de que o Brasil é formado por uma sociedade pluriétnica e identificando grupos que vivem de maneira diferenciada, respectivamente nos artigos 231, 232 e 67 e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Aos indígenas são reconhecidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Legitimando-os a ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. Aos quilombolas que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Silva (2008) reconhece o papel essencial das populações tradicionais para a manutenção e preservação ambiental e advoga pela valorização dessas populações que, segundo ele, organizam-se de forma diversa do restante da sociedade brasileira.

Sob essa perspectiva, Hobsbaw (1995, p. 406) admite que as populações tradicionais representam “os novos movimentos sociais”. O escopo das lutas e demandas do movimento por justiça ambiental, preconizados, também, por populações tradicionais no Brasil, é o enfrentamento e redução das desigualdades ambientais.

Por fim, para se tutelar e efetivar o direito ao meio ambiente justo e equilibrado é imperioso a garantia do mesmo a toda população, sem distinções, assim como concebido no texto constitucional. Além disso, pode-se asseverar que os conceitos, princípios e valores que recaem sobre o meio ambiente físico, cultural e do trabalho esculpidos na Constituição Federal de 1988 estão alinhados com a aplicação da Justiça Ambiental, que trabalha em função da promoção da igualdade material na utilização de recursos, ocupação dos espaços e democratização de direitos.

O que não se observa é a efetivação desses direitos constitucionais na sociedade brasileira, especialmente, para as populações mais vulneráveis e invisíveis ao capital, a exemplo das comunidades tradicionais de fundo de pasto, que são vítimas de danos socioambientais por conta, entre outros motivos, das atividades extrativistas minerais que, muitas vezes, ameaçam as áreas coletivas e individuais de onde retiram sua sobrevivência e sua existência.

#### **4.2. A fala e o pensamento de membros do Ministério Público e do Parlamento Estadual baiano**

Inicialmente, indagou-se aos entrevistados se haveria concordância de que coube ao Direito a responsabilidade pela elevação do meio ambiente à categoria de bens tutelados pelo ordenamento jurídico positivo. A entrevistada P1 admitiu que foi concedido ao Direito a atribuição de realizar pactos de convivência da sociedade, por meio da Constituição Federal e outras normas, porém, destacou que “não foi o Direito quem delineou o caminho e a abrangência e sim as práticas sociais, as disputas de poder, da economia que de fato deram as regras. O Direito apenas formulou externou a disciplina desses pactos”. Concluindo que “não foi o Direito quem elevou o meio ambiente, mas as disputas que permitiram que o mesmo chegasse a essa tutela”. Já a entrevistada P2 concordou, destacando “o meio ambiente como bem jurídico tutelado tem como ênfase ser um bem da comunidade, abrangendo a sociedade e todas as camadas sociais sem qualquer tipo de discriminação diante do interesse de proteção e da natureza social”. Nesse aspecto, o entrevistado D1 afirmou que:

O Direito interpretou os sentimentos e deu amparo jurídico às propostas que foram apresentadas pela sociedade civil, fruto de uma intensa e ampla movimentação,

ocorrida naquele momento de debates que percorreram toda a sociedade brasileira e foram decisivos para a construção da Constituição de 1988 (D1, agosto/2021).

Em seguida, questionou-se quanto à possibilidade em se garantir um meio ambiente justo de forma coletiva e indiscriminadamente, obtendo-se as seguintes respostas: A entrevistada P1, admitiu que a CF/88 consignou o meio ambiente equilibrado como direito de todos, das presentes e futuras gerações, entretanto, ressaltou que:

[...] do modo que está estruturado o modelo de desenvolvimento, que coloca os países subalternizados, é bastante difícil conseguir atingir esse ideal preconizado na Constituição. A apropriação dos bens da natureza ocorre por aqueles que possuem os recursos econômicos e essa é a relação predatória que se estabelece colocando o Brasil nesse papel de colonizado atendendo as potências econômicas emergentes e extraindo todo o seu potencial ambiental, suas riquezas a sua exaustão com prejuízos significativos ao ambiente, a sua população e em especial aos seus povos e comunidades tradicionais, porque essa exploração dos recursos naturais acontece nos territórios e a disputa pelos territórios tradicionais é cotidiana, levando a uma expulsão de povos e a serem vítimas de violência e criminalização (P1, agosto/2021).

Já a entrevistada P2, respondeu:

[...] apesar de parecer uma meta inatingível, é possível sim, desde que haja uma profunda transformação da sociedade e do sistema econômico do capitalismo industrial a fim de efetivar a sustentabilidade, substituindo radicalmente os modelos de produção da subsistência, do saber, de desenvolvimento tecnológico e da distribuição dos bens para o uso de recursos renováveis de forma qualitativamente adequada e em quantidades compatíveis com sua capacidade de renovação, em soluções economicamente viáveis de suprimento das necessidades, além de relações sociais que permitam qualidade adequada de vida para todos (P2, agosto/2021).

No mesmo sentido o entrevistado D1, inicialmente admitiu que a Constituição Federal de 1988, encontra-se “ em cheque neste momento”. Lembrou que a mesma havia projetado as aspirações da sociedade como “um projeto possível e desejável de país”. Afirmando adiante que:

O Artigo 225 expressa o resultado de lutas sociais que precederam 1988 e que também ocorreram internacionalmente e conquistaram forte influência em Fóruns Internacionais, tendo como marco a primeira Conferência da ONU sobre Ambiente Humano, a Conferência de Estocolmo, realizada em 1972. Esta Conferência estabeleceu um pacto internacional em torno das questões socioambientais e influenciou a estruturação de sistemas de Meio Ambiente para além dos 113 países que assinaram a Carta de Estocolmo. Esta Carta considera o homem como construtor do meio ambiente, o que realça a responsabilidade humana sobre um ambiente ecologicamente sustentável e socialmente justo. Os seus 26 Princípios retratam a compreensão do caráter de bem comum dos recursos naturais que devem ser preservados e garantidos, inclusive para as gerações futuras (D1, agosto/2021).

Admitiu que o pacto original de Estocolmo se esgotou e que a atual crise do capitalismo

[...] vem provocando a destruição de toda uma base de direitos consolidados em

Fóruns internacionais sucessivos e também pactuados na Constituição de 1988. Os direitos socioambientais estão sendo duramente atingidos pela radicalização do neoliberalismo que tem recolocado os países do chamado sul global em franca perda da soberania sobre seus territórios. A exacerbação do neocolonialismo tem restringido as possibilidades de desenvolvimento destes países, ao limitá-los a meros exportadores de bens primários, as chamadas “commodities”. Nesta conjuntura, os países perderam sua soberania territorial e há uma intensificação da exploração territorial violadora das populações nos seus modos de vida e dos bens comuns naturais existentes nestes territórios (aD1, agosto/2021).

Sobre a posição dos mesmos, no que diz respeito as principais questões ambientais que o cidadão e cidadã de suas respectivas localidades enfrentam e se estes problemas apontados são sentidos por todos com a mesma intensidade, os membros do MP (P1 e P2), foram unânimes em colocar que existem problemas históricos como os de saneamento básico, muitas pessoas ainda sem água tratada, falta de esgotamento sanitário, e ausência de gerenciamento de resíduos sólidos, do efeito estufa, aquecimento global, escassez de recursos hídricos nas comunidades periféricas ou distantes da cidade, são problemas ambientais de quase todas as capitais e grandes cidades brasileiras. A entrevistada P1, destacou ainda que:

[...] a existência de conflitos pelo uso das águas são frequentes cada vez mais. Desmatamentos muitas vezes autorizados pelos órgãos ambientais. Problemas sérios relacionados aos agrotóxicos, seja com impactos ambientais para solo, água, ar, abelhas, fauna, impactos a saúde das pessoas, com muitas populações expostas. Tráfico de animais silvestres e cativeiro em quantidade como hábito. Insuficiência de implementação das políticas públicas em geral em especial a de meio ambiente, recursos hídricos, saneamento, povos e comunidades tradicionais, dentre outras. Flexibilização constante da legislação de proteção ambiental com retrocessos flagrantes e inconstitucionais a proteção do meio ambiente (P1, agosto/2021).

Quanto à frequência e intensidade dos riscos ambientais sobre a população, a entrevistada P1 foi enfática ao asseverar que os problemas ambientais “repercutem sempre com maior intensidade sobre as populações mais vulnerabilizadas”. Admitiu que no mundo estas questões afetam, reconhecidamente, os mais indefesos. Em relação ao Brasil, evidenciou no sentido de que “a ausência de esgotamento sanitário e de água tratada estão reconhecidamente afetando populações mais vulneráveis. A falta de políticas afeta as comunidades de modo direto”. Por derradeiro, evidenciou que:

Os impactos das mineradoras, eólicas, PCHs, do agronegócio, dentre outros não afetam de modo igual as pessoas, são as comunidades tradicionais, as populações mais carentes e vulneráveis que são mais afetadas sempre. Constatamos isso diariamente na vida prática e no exercício da atividade profissional (P1, agosto/2021).

A entrevistada P2 asseverou que os problemas ambientais acima apontados não são sentidos por todos com a mesma intensidade. Ressaltando que:

As áreas mais afastadas do centro urbano sofrem mais os efeitos do meio ambiente desequilibrado, exceto relativo ao excesso de calor provocado pelo aquecimento global que atinge todos de forma generalizada e todos os outros de cunho mundial (P2, agosto/2021).

Já o entrevistado D1 acrescentou outros graves problemas que violam os territórios e a perda dos bens comuns naturais, como a “ação da mineração invadindo nascentes, promovendo danos à saúde pela perda de regramentos antes estabelecidos, como exigência de EIA-RIMAs, numa agressão sem precedentes nos territórios onde se localiza”. Citou, também o agronegócio, que, para ele:

Perdeu o sentido da agricultura e se converteu em mero negócio, completamente desconectado das questões sociais e descomprometido com os territórios sobre os quais se estabelece, o que provoca uma destruição do meio ambiente sem limites, através de desmatamentos abusivos e que já não são mais toleráveis (D1, agosto/2021).

Lembrou que os agrotóxicos continuam envenenando populações, águas e solos. Admitiu que os complexos eólicos e solares, embora trouxessem esperanças de energias renováveis, implantam-se de forma violenta o que tem provocado, segundo o mesmo:

Sistemas de grilagem de terra inéditos, ao obrigarem as populações a concederem procurações para uso dos seus territórios, via concessões para implantação de torres em suas terras, para posteriormente registarem a propriedade destas terras em cartórios em nome das empresas (D1, agosto/2021).

Por fim, acrescentou que o problema da grilagem

Tem se utilizado de mecanismos ambientais, como autorizações de desmatamento oficiais sobre terras devolutas, além de utilização do cadastro ambiental rural, autodeclaratório, como apoio para uma regularização fundiária, gerando um sistema de fraudes sucessivas sobre a situação das terras, confundindo e impedindo sua regularização. Tem ocorrido uma cadeia sucessiva de fraudes para apoiar a grilagem em benefício dos grandes grupos econômicos que devastam o meio ambiente e retiram os territórios e meios de vida das populações, problema estrutural do Brasil, desde sua colonização (D1, agosto/2021).

Quanto à distribuição dos riscos ambientais sobre a população, o entrevistado D1 foi enérgico em afirmar que há uma desproporcionalidade que tem recaído principalmente entre as comunidades mais pobres, as populações indígenas, quilombolas, de fundo e fecho de pasto, pescadores e marisqueiras. Reforça seu argumento destacando que “o neocolonialismo nesta fase de radicalização do neoliberalismo tem viés de classe e beneficia apenas poucos grupos econômicos que ganham muito com este modelo que solapa as bases de sobrevivência das populações mais pobres”.

Indagados de como seria uma relação virtuosa para que as questões ambientais encontrassem soluções rapidamente, e nesse contexto, o que faltava acontecer para essa concretização, os entrevistados assim se posicionaram:

A entrevistada P1 enumerou elementos para se obter soluções às questões ambientais, destacando a valorização dos bens ambientais e dos povos e comunidades tradicionais. Aquiescendo que “aonde existem povos e comunidades tradicionais há preservação ambiental”. Ressaltou, ainda, como indispensável, a não permissão para a flexibilização das leis e a implementação de políticas públicas voltadas “à gestão ambiental, das águas, de mudanças climáticas, de saneamento básico, de agroecologia, dentre outras que sejam assertivas e assegurem um efetivo controle ecossistêmico”.

A entrevistada P2 apontou para a conscientização sobre o desenvolvimento sustentável e sua efetiva aplicação, buscando suprir a necessidade da atual geração e garantindo a capacidade de atender às futuras gerações, desde que não se esgote a universalidade dos recursos naturais.

Para o entrevistado D1 a participação e organização social são fatores necessários para o deslocamento do eixo deste modelo, evidenciando que o modelo social não reconhece os direitos dos povos e sociedades. Para ele, torna-se imperioso que ocorra “uma forte e influente organização da sociedade civil, de maneira a garantir o protagonismo das bases da sociedade”. Cita, como exemplo, a política nacional de Resíduos Sólidos, que prevê o protagonismo dos catadores de materiais recicláveis. Ressaltando que isso foi fruto da organização dos catadores que se organizaram. Não obstante, o entrevistado D1 chama a atenção para o avanço dos grandes grupos econômicos que tentam desestabilizar o protagonismo social e avançam “com seus projetos de incineração dos resíduos e geração de energia termoeletrica com base nestes resíduos, alternativa que já está eliminada da Comunidade Europeia por seus efeitos negativos ao meio ambiente”.

Questionados sobre o porquê de, apesar de assegurado no texto constitucional, os princípios de equidade e de direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos, ainda não é uma realidade a nível nacional e local, a entrevistada P1, ratificou as causas já apontadas na questão quatro.

A entrevistada P2 apontou a forma imoderada e irresponsável do uso e apropriação de bens e produtos pela sociedade, entendendo existir uma relação estreita “entre consumo, sustentabilidade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Expressando, ainda, que:

A exploração desenfreada do sistema capitalista que mira os lucros atrelada à ignorância das massas dificulta, para não dizer que impossibilita, a garantia de haver um meio ambiente ecologicamente equilibrado, só podendo ser possível havendo a consciência de que é preciso proteger os mais fracos e que devemos dar um basta nas destruições ambientais (P2, agosto/2021).

Já o entrevistado D1 lembrou que os princípios de equidade inscritos na Constituição Federal de 1988 resultaram da luta popular na sociedade e que é permanente a disputa por hegemonia, admitindo que, na atualidade, tais direitos estão sendo destruídos. Apontando que a saída para reverter essa situação é a construção diuturna da organização popular. Arrematou seus argumentos, afirmando que:

O jogo de poder é brutal e a força destes grupos econômicos é gigantesca. Mas vejo que tem uma reflexão mais amadurecida em muitos ambientes da sociedade em suas bases. Por esta razão acredito que podemos fazer este deslocamento, se focarmos nossa ação na organização social e ativarmos a potência criadora do nosso povo que é incomensurável (D1, agosto/2021).

Indagados quanto à possibilidade de se efetivar a justiça ambiental no Brasil, todos eles foram unânimes em afirmar positivamente, porém sob certas condições.

A entrevistada P1 elencou as seguintes condições: 1. Respeito à Constituição Federal, Tratados Internacionais e valorização dos Povos e Comunidades Tradicionais; 2. Controle social e participação, transparência, atuação adequada dos órgãos de comando e controle, fortalecimento do sistema de meio ambiente; 3. Fortalecimento da política de povos e comunidades tradicionais; 4. Garantia da justiça social. E lamentou, ainda, o fato de que, nos últimos tempos, tem ocorrido um distanciamento para a concretização da justiça ambiental, em face da política implantada no país do governo federal e do congresso atual, o que tem ampliado, segundo a mesma, as desigualdades e as injustiças socioambientais.

A entrevistada P2 apontou como condicionantes o seguimento aos seis pilares estabelecidos pela Organização das Nações Unidas – ONU, que são: Vida próspera e formas de assegurar a subsistência humana; Segurança alimentar sustentável; Segurança sustentável da água; Energia limpa universal; Ecossistemas produtivos e saudáveis; Governança para sociedades sustentáveis.

Para D1 a principal condição para a efetivação da justiça ambiental é uma “uma sólida organização da sociedade civil, em suas bases”. Acreditando, dessa maneira, na potência criadora de nosso povo. Lembrando que o mesmo já demonstrou a sua capacidade na geração de novas tecnologias capazes de nos orientar para desbravar um modelo alternativo de desenvolvimento social e ambiental, que se baseia na apropriação dos territórios pelas suas comunidades, na preservação dos nossos bens comuns, abrindo caminhos para reconstruir e

transformar o Brasil numa potência socioambiental. É possível, está ao nosso alcance e depende de nós, da nossa luta (agosto/2021).

Por fim, questionados se há concordância de que os empreendimentos mais danosos e poluentes têm se estabelecido nas regiões mais pobres, nas áreas de maior privação socioeconômica ou naquelas regiões que não têm políticas públicas e que são habitadas por grupos vulneráveis sociais e étnicos, todos, também, afirmaram que sim.

A entrevistada P1 realçou o que já havia afirmado no sentido de que os problemas ambientais repercutem sempre e com maior intensidade sobre as populações mais vulnerabilizadas do ponto de vista socioeconômico.

A entrevistada P2 evidenciou que a injustiça ambiental ocorre, principalmente nos países subdesenvolvidos, onde se verifica a desigualdade social e econômica. Ressaltou que a maior carga dos danos ambientais recai sobre populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, povos étnicos tradicionais, sobre os bairros operários e sobre populações marginalizadas e vulneráveis.

O entrevistado D1 realçou, inicialmente, que o veneno, a poluição das águas, dos solos e do ar, os desequilíbrios ecológicos existentes atingem a todos, entretanto, admitiu, mais uma vez, que, indubitavelmente, são as populações mais pobres, as que vivem na periferia, as populações negras e indígenas que são mais atingidas e sofrem desigualmente as consequências da degradação ambiental.

Analisando, pois, as respostas apresentadas pelos entrevistados observa-se a presença de elementos que demonstram uma maior preocupação com as questões de natureza coletiva e que, tanto as representantes do Ministério Público Estadual, como o representante do Parlamento Estadual baiano têm conhecimento da temática da justiça ambiental e posicionamento claro em defesa do mesmo. Todos foram unânimes em afirmar a importância da Constituição Federal e de Tratados Internacionais como instrumentos legais viáveis para assegurar um meio ambiente saudável e equilibrado, como um direito coletivo de todos. Destacaram, também, a importância de uma sólida organização da sociedade civil, em suas bases, como condição de enfrentamento das injustiças ambientais e a necessidade da existência de políticas públicas voltadas ao fortalecimento e proteção de povos e comunidades tradicionais.

Em vista disso, a Constituição Federal de 1988 incorporou o pleno direito ao exercício da cidadania e à participação como um de seus mais importantes fundamentos (CARVALHO, 2016). Entretanto, “o início de processos participativos está na capacidade de organização da sociedade civil, porque somente assim [esta] adquire vez e voz” (DEMO, 1993, p. 32).

O conceito de participação é utilizado por Tavares (2014) como categoria prática que orienta

a ação das classes populares, dos militantes, dos excluídos quando lutam por direitos e buscam emancipação; ora como categoria teórica que subsidia o debate na teoria democrática, evocando a participação como o termômetro da democracia [...] ora como categoria procedimental quando a participação é defendida pela sua capacidade de produzir consequências julgadas importantes ou valiosas (TAVARES, 2014, p.133).

Para Gohn (2001), a participação da sociedade deve ser a partir do plano local, ou seja, de indivíduos organizados institucionalmente, sendo esta forma de mobilização dotada de caráter de transformação social. Para a autora a participação da sociedade civil deve ocorrer por meio de mecanismos institucionalizados, porém, não com o intuito de substituir o Estado, mas com o objetivo de pressioná-lo para que este cumpra seu papel naquilo que lhe compete.

Ressalte-se que todos os entrevistados identificaram os graves e históricos problemas ambientais no Brasil, indicando que os direitos socioambientais estão sendo duramente atingidos pela radicalização do neoliberalismo, pois, além de outros males, alveja a soberania dos Países mais pobres, é responsável pela manutenção das injustiças sociais, econômicas e ambientais. Apontam, ainda, os entrevistados para a necessidade de uma transformação da sociedade e do sistema econômico do capitalismo industrial.

Muitos estudiosos e pensadores, entre estes: Marx (2017), Engels (1845), *Chomsky* (2002), Klein (2017) acreditam que a transformação da sociedade e do sistema econômico do capitalismo industrial é necessária por uma série de motivos. Uma das principais críticas ao sistema capitalista é sua tendência à desigualdade econômica, o que leva a uma distribuição desigual de recursos e poder.

Além disso, muitos desses autores argumentam que o capitalismo industrial incentiva a exploração dos trabalhadores e do meio ambiente em prol do lucro, o que pode levar a problemas sociais e ambientais graves, como a degradação dos ecossistemas e a injustiça social.

Para aqueles que defendem uma transformação do sistema econômico, muitas vezes há uma ênfase na importância da justiça social e ambiental, bem como na criação de um sistema econômico que seja baseado em princípios mais sustentáveis e equitativos.

A justiça ambiental e/ou ecologismo dos pobres pauta-se pela preocupação social com as minorias, o que foi observado por todos os entrevistados ao citarem as comunidades mais pobres, as populações indígenas, quilombolas, de fundo e fecho de pasto, pescadores e marisqueiras, as áreas mais afastadas do centro urbano como os mais atingidos pelos riscos ambientais, até porque vivem em áreas com menor infraestrutura e menor capacidade de

adaptação aos impactos ambientais negativos, sem deixar de considerar que os mesmos dependem do meio ambiente equilibrado como fonte de sobrevivência.

Quanto à análise das normas constitucionais existentes, observou-se que muitas dessas contemplam os postulados da Justiça Ambiental no Brasil, em especial, a participação popular dos grupos vulneráveis aos impactos ambientais, através de ações coletivas que podem ser manejadas, perante o Poder Judiciário.

A Norma Constitucional brasileira alberga, como nenhuma das anteriores, um sistema de direitos e deveres fundamentais de natureza coletiva ou difusa, baseado nos fundamentos da proteção ambiental e equilíbrio ecológico, da dignidade da pessoa humana, na construção de uma sociedade mais justa e solidária, no combate e repúdio ao racismo e a quaisquer formas de discriminação, na autodeterminação dos povos, na prevalência dos direitos humanos, dos valores étnicos, culturais, na função socioambiental da propriedade e na redução das desigualdades regionais e sociais.

Destarte, não se deve tolerar a injustiça ambiental, pois inconciliável com os ideais de justiça e igualdade do Estado Democrático de Direito garantido pela Constituição Federal de 1988.

Há de se admitir que a persistência da injustiça ambiental ocorre, no Brasil e no mundo, pela existência das desigualdades sociais. A desigualdade ambiental surge pela exposição mais acentuada de minorias e grupos de baixa renda aos riscos ambientais. A exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento refletem a lógica das relações de poder de uma sociedade capitalista. Os grandes projetos de desenvolvimento, nesse modelo, excluem as classes sociais vulneráveis. As estratégias atuais de desenvolvimento estão alicerçadas sobre a necessidade de tornar a acumulação do capital e a elevação de sua taxa de lucro uma condição permanente. A concentração de renda é um dos fatores cruciais para a existência da injustiça social.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo presente trabalho buscou-se investigar se a Constituição Federal do Brasil de 1988 contempla os postulados da Justiça Ambiental, em especial, a participação popular dos grupos vulneráveis aos impactos ambientais e identificar quais mecanismos legais de proteção para as comunidades tradicionais podem ser efetivadas para minorar as situações de injustiça social.

Nesse diapasão, certificou-se que a Constituição Federal de 1988 inaugurou novos parâmetros para a compreensão dos direitos, consignando, no seu texto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, elevando à categoria de princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, que rege o Estado e a convivência em sociedade. Relaciona-se à garantia de que todos tenham acesso ao ar puro, ao saneamento básico, à coleta de resíduos, limpeza urbana e tratamento de esgoto, à justa distribuição de renda e justiça social, à segurança fundiária. Além da dignidade, o regimento federal também assegura a soberania, a cidadania, os valores sociais e a igualdade entre todos os cidadãos. Pode-se também concluir que os valores da solidariedade alicerçados pela Constituição devem conduzir à igualdade necessária e justiça social, inclusive nas questões ambientais, opondo-se às situações de injustiça e racismo ambiental.

Deduz-se, pelos estudos desenvolvidos no presente, que os conceitos, princípios e valores que recaem sobre o meio ambiente físico, cultural e do trabalho esculpido na Constituição Federal de 1988 estão alinhados com a aplicação da Justiça Ambiental, que trabalha em função da promoção da igualdade material na utilização de recursos, ocupação dos espaços e democratização de direitos.

Não obstante, restou demonstrado que para a efetivação desses direitos constitucionais na sociedade brasileira, especialmente, para as populações mais vulneráveis e invisíveis ao capital, torna-se indispensável a mobilização, organização e a luta permanente dos mesmos em busca da construção de uma racionalidade ambiental e o direito à vida digna em um ambiente sadio e justo. É através da luta social que se dará visibilidade as injustiças ambientais e sociais existentes.

Pode-se inferir também que o atual modelo neoliberal de desenvolvimento, que se fundamenta no crescimento ilimitado e, portanto, no uso intensivo de recursos naturais e possui uma lógica econômica perversa, não garantirá a efetivação dos postulados da justiça ambiental, já que não adota a ideia de equidade na repartição das externalidades negativas do processo produtivo. Adotou-se neste estudo o entendimento de há uma lógica política a orientar a distribuição desigual dos danos ambientais, considerando-se a existência de uma articulação política e econômica entre degradação ambiental e injustiça social.

Por derradeiro, aponta-se, de igual modo, para a relevância e urgência na efetivação das sanções penais, administrativas e civis previstas no combate e punição dos danos ambientais, em conformidade ao § 3º, do art. 225, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), para além da constatação da guarida constitucional dos princípios da justiça ambiental. Ressaltando-se o

entendimento de que são normas de aplicação direta e imediata na esfera jurídica dos deveres constitucionais de proteção do ambiente.

Ademais, além de se criar mobilização social em torno da bandeira da justiça ambiental no Brasil, faz-se mister, também, a garantia de um Estado –Juiz que pautar sua atuação na efetivação da dignidade da pessoa humana; na redução das desigualdades sociais; na vedação de qualquer forma de discriminação; na preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras; na reparação integral dos danos e na vedação efetiva de práticas que importem em desequilíbrio ecológico, social e humano, além da reparação integral dos danos.

## REFERÊNCIAS

ACSERALD, Henri. (2004a), **“Justiça ambiental: ação coletiva e estratégias argumentativas”**, in Henri Acserald, José Augusto Pádua e Selene Herculano, **Justiça ambiental e cidadania** (orgs.), Rio de Janeiro, Relume-Dumará. 2004.

\_\_\_\_\_. Ambientalização das lutas sociais - o caso do movimento por justiça ambiental. **Estudos Avançados**, [S. l.], v. 24, n. 68, p. 103-119, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10469>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relumê Dumará, Fundação Ford, 2004.

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALBUQUERQUE, Letícia. **Conflitos ambientais e justiça ambiental: desafio para o fortalecimento da democracia latino americana**. In: V Congresso Uruguaio de Ciência Política: Qué ciencia política para qué democracia?, 2014, Montevideu. Disponível em: [frgs.br/gedap/eventos-academicos/eventos-2014/v-congreso-uruguayo-de-ciencia-politica](https://frgs.br/gedap/eventos-academicos/eventos-2014/v-congreso-uruguayo-de-ciencia-politica). Acesso em: 15 de agosto de 2021.

ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagem de valoração**- 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011, 229 p.

BEZERRA, Ana Keuly Luz e NETO, José Machado Moita - **A prática da justiça ambiental como mecanismo de efetividade do art. 225 da Constituição Federal**. Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 11, n. 23, p. 37-52, jan /abr. 2016.

BULLARD, Robert. **Confronting environmental racism: voices from the grassroots**. Boston: South End Press, 1993

BULLARD, Robert D. **Anatomy of environmental racism and the environmental justice movement**. In: BULLARD, Robert D. *Confronting environmental racism: voices from the grassroots*. Boston: South End Press, 1993. p. 15-40.

BULLARD, Robert. **Enfrentando o racismo ambiental no século XXI**”. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004. p.53.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 01 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Seção 1. 02/09/1981. p. 16509.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Ana Maria de. **O Orçamento Participativo como instrumento de gestão que oferece a efetivação da cidadania em sua plenitude**. Disponível em [http://gestaocompartilhada.pbh.gov.br/sites/gestaocompartilhada.pbh.gov.br/files/biblioteca/arquivos/op\\_como\\_instrumento\\_de\\_gestao\\_e\\_cidadania\\_0.pdf](http://gestaocompartilhada.pbh.gov.br/sites/gestaocompartilhada.pbh.gov.br/files/biblioteca/arquivos/op_como_instrumento_de_gestao_e_cidadania_0.pdf), Acesso em: 02 de novembro de 2022.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?: neoliberalismo e ordem social** - 7ª Ed.(2002). Ed. Bertrand Brasil. |

Comissão Pastoral da Terra – CPT Nacional - **Relatório Conflitos no Campo do Brasil 2021**. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/publicacoes-2/destaque/6001-conflitos-no-campo-brasil-2021>. Acesso em: 02 outubro de 2022.

DEMO, Pedro. **Participação é Conquista: Noções de Política Social Participativa**. 2a edição, São Paulo, Cortez, 1993.

DIVARDIN, Danilo Henrique. **Cooperação Internacional em meio ambiente: os programas da USAID no Brasil**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências – UNESP, Campus de Marília – SP, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Tradução: B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001. 128 p.

HERCULANO, Selene. **Resenhando o debate sobre justiça ambiental: produção teórica, breve acervo de casos e criação da rede brasileira de justiça ambiental. Desenvolvimento e Meio Ambiente**. Curitiba, n. 5, p. 143-149, jan./jun. 2002.

HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos: O breve século XX** (1914-1991). São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

*KLEIN, NAOMI. NÃO BASTA DIZER NÃO. EDITORA BERTRAND BRASIL; 1ª EDIÇÃO (17 NOVEMBRO 2017)*

LEROY, Jean Pierre. **Mercado ou Bens Comuns? O papel dos povos indígenas, comunidades tradicionais e setores do campesinato diante da crise ambiental.** / Jean Pierre Leroy (autor); Maiana Maia e Julianna Malerba (organizadoras). Rio de Janeiro: FASE - Federação de Órgãos para a Assistência Social e Educacional, 2016, 44p.

LOUREIRO, Carlos Frederico et al. Os vários “ecologismos dos pobres” e as relações de dominação no campo ambiental. In: LOUREIRO, Carlos Frederico et al. (Orgs.). **Repensar a educação ambiental: um olhar crítico.** São Paulo: Cortez, 2009.

MARX, K. **O Capital:** crítica da economia política. 21. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde.** 5. ed. São Paulo: Hucitec-Abrasco, 1998.

MINAYO, M. C. de S. (Org.). et al. **Pesquisa social: Teoria, método e criatividade.** 30. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MOURA, Daniele Veleda. **Justiça ambiental: um instrumento de cidadania.** Qualit@s Revista Eletrônica, Campina Grande, n. 1, v. 9, p. 1-10, 2010.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza. **O Movimento pela Justiça ambiental e a Saúde do Trabalhador.** In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE DO TRABALHADOR, 3, 2005, Brasília. "Trabalhar sim, adoecer não". Textos de Apoio Coletânea nº 1, Brasília, maio 2005.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza; PACHECO, Tania; LEROY, Jean-Pierre. **Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil: o Mapa de Conflitos.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

RAMMÊ, Rogério Santos. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos: Conjecturas político-filosófico para uma nova ordem jurídico-ecológica.** Caxias do Sul: Educs, 2012.

RIBEIRO, Matilde. **Os interesses sobre a questão racial no parlamento, o que dizem os deputados federais.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2012.

ZHOURI, Andréa. **Justiça Ambiental, Diversidade Cultural e Accountability** - Desafios para a governança ambiental. RBCS Vol. 23 n.o 68 outubro/2008.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural.** São Paulo: Peirópolis, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

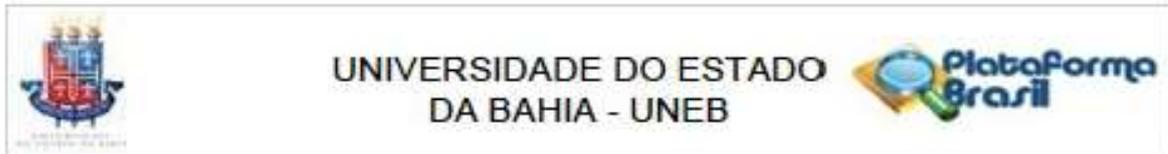
SILVA, Jorge Kleber Teixeira. **Direitos Sociais das Populações Tradicionais e Gestão Territorial**. 2008. Disponível em: [http://www.portaldomeioambiente.org.br/JMAtxt\\_importante/downloads/ABEP2008\\_939.pdf](http://www.portaldomeioambiente.org.br/JMAtxt_importante/downloads/ABEP2008_939.pdf). Acesso em: 25 março de 2021.

TAVARES, Augusto de Oliveira. Participação. In: BOULLOSA, Rosana de Freitas (org.). **Dicionário para a formação em gestão social**. Salvador: CIAGS/UFBA, 2014. p. 133-135.

**Submissão: 15/07/2021 Aprovação: 05/05/2023**

## ANEXOS

### Anexo 1. PARECER DO CEP



#### PARECER DO CEP

##### DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

**Título da Pesquisa:** IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS DECORRENTES DA MINERAÇÃO NAS COMUNIDADES DE FUNDO DE PASTO, SOB O OLHAR DA JUSTIÇA AMBIENTAL

**Pesquisador:** [REDACTED] **Área Temática:**

**Versão:** 1

**CAAE:** 33368820.2.0000.0057

**Instituição Proponente:** UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA **Patrocinador**

**Principal:** Financiamento Próprio

##### DADOS DO PARECER

**Número do Parecer:** 4.141.498

**Situação do Parecer:**

Aprovado

**Necessita Apreciação da CONEP:**

Não

SALVADOR, 08 de Julho de 2020

---

**Assinado por:**  
**Aderval Nascimento Brito**  
**(Coordenador(a))**

**Endereço:** Rua Silveira Martins, 2555

**Bairro:** Cabula

**CEP:** 41.195-001

**UF:** BA

**Município:** SALVADOR

**Telefone:** (71)3117-2399

**Fax:** (71)3117-2399

**E-mail:** cepuneb@uneb.br

## O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE ENSINAR COMO GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO\*

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACADEMIC FREEDOM OF TEACHERS AS A GUARANTEE OF THE RIGHT TO EDUCATION*

*Esther Faria Rodrigues*<sup>1</sup>  
Universidade Federal de Uberlândia

*Helvécio Damis de Oliveira Cunha*<sup>2</sup>  
Universidade Federal de Uberlândia

### **Resumo:**

O presente artigo busca investigar a relação existente entre o direito à liberdade de ensinar e o direito à educação, esclarecendo de que maneira tal relação fundamenta a garantia da liberdade de ensinar enquanto um direito fundamental. Isto por que, no contexto brasileiro atual, tal liberdade vem sendo questionada através de projetos de lei que visam censurá-la, de modo que se impõe a necessidade de afirmar seu caráter de direito fundamental. Sendo assim, o trabalho busca investigar o conteúdo do direito à educação, à luz da Constituição de 1988, esclarecendo seus objetivos, bem como explorar o conteúdo do direito à liberdade de ensinar, demonstrando seu caráter de direito fundamental e sua relação com o direito à educação. A partir dessa investigação, de caráter indutivo, conclui-se que a liberdade de ensinar deve ser tutelada enquanto um direito fundamental, permitindo que ele se concretize em conformidade com o que estabelece a Constituição, na medida em que este direito se volta para a formação democrática e, para tanto, depende da formação do senso crítico nos estudantes, o qual não é atingido sem a garantia da liberdade de ensinar.

### **Palavras-chave:**

Direito à liberdade de ensinar. Direito à educação. Democracia. Direitos Fundamentais.

### **Abstract:**

This article seeks to investigate the relationship between the academic freedom of teachers and the right to education, clarifying how such relationship underlies the guarantee of the academic freedom of teachers as a fundamental right. This is because, in the current Brazilian context, such freedom has been questioned through bills that seek to censor it, so that the need to assert its nature as a fundamental right is imposed. Therefore, the article seeks to investigate the content of the right to education, based on the 1988 Constitution, clarifying its objectives, as well as exploring the content of the right to the academic freedom of teachers, demonstrating its character of fundamental right and its relationship with the right to education. From this inductive investigation, it is concluded that the academic freedom of teachers must be protected as a fundamental right, allowing it to materialize in accordance with the dictates of the Constitution, insofar as this right is aimed at democratic education and, for that, it depends on the formation of a critical sense in students, which is not achieved without the guarantee of the academic freedom of teachers.

### **Keywords:**

Academic freedom of teachers. Right to education. Democracy. Fundamental rights.

## 1. INTRODUÇÃO

---

\* Pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG).

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Graduada em Direito pela UFU. Pesquisadora na área de Direitos Fundamentais e Democracia.

<sup>2</sup> Doutor em Educación – Universidad de La Empresa (reconhecido pela Universidade Federal de Uberlândia). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor Efetivo do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

A liberdade de ensinar é elencada na Constituição de 1988 enquanto um princípio do ensino, juntamente com a liberdade de aprender, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. No entanto, atualmente ela vem sendo questionada por projetos de lei orientados pelos ideais do Movimento Escola sem Partido<sup>3</sup>, os quais visam limitar o que pode ou não ser ensinado em sala de aula, tanto nas escolas, quanto nas universidades. Alguns desses projetos já tiveram sua constitucionalidade contestada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que já se pronunciou no sentido de considerar inconstitucional o cerceamento da liberdade de ensinar.<sup>4</sup>

Todavia, em que pesem tais pronunciamentos, diversos projetos de lei de censura à liberdade de ensinar seguem tramitando nas casas legislativas do Brasil, o que tem gerado amplo debate sobre o tema. Diante disso, impõe-se a necessidade de se explorar a temática referente a esse princípio do ensino, a fim de esclarecer o sentido dado a ele pelo ordenamento jurídico brasileiro e contribuir para o debate acerca da garantia dessa liberdade.

Sabe-se que a liberdade de ensinar possui íntima relação com o direito à educação, já que consta da seção da Constituição que trata desse direito e, conforme já destacado, é elencada como princípio do ensino. Ademais, conforme será explorado, tal liberdade, apesar de não constar do rol dos direitos fundamentais elencados no artigo 5º da CF, pode ser considerada como um direito fundamental, do ponto de vista técnico jurídico. Diante desses fatores, bem como em face do contexto brasileiro atual, em que a liberdade de ensinar é questionada, este artigo busca investigar a seguinte problemática: Qual a relação que se estabelece entre a liberdade de ensinar e o direito à educação, de modo a justificar a leitura desse princípio do ensino enquanto direito fundamental?

Para tanto, o trabalho objetiva explorar, à luz da Constituição de 1988, e também com base na bibliografia existente sobre o tema, o conteúdo do direito à educação, demonstrando para quais objetivos esse direito é direcionado, bem como de que maneira ele deve ser desenvolvido e garantido no Brasil. Nesse aspecto, conforme se verá, é constatado que o direito à educação se direciona à formação democrática.

Em seguida, objetiva-se investigar a liberdade de ensinar em si, demonstrando seu caráter de direito fundamental e sua relação com o direito à educação, a fim de responder à

---

<sup>3</sup> O Escola sem Partido é um movimento da sociedade civil que tem como pauta o combate ao que seus apoiadores chamam de “doutrinação ideológica” e à “ideologia de gênero”, as quais, segundo eles, estariam sendo promovidas nas escolas e universidades do Brasil. O movimento ganhou destaque no debate público na última década e, desde então, começaram a ser propostos, nas casas legislativas de todo o país, projetos de lei que visam impor censura ao direito à liberdade de ensinar, com base nas diretrizes do movimento. Um exemplo é o projeto de lei 246/2019, em trâmite no Câmara dos Deputados, de autoria, dentre outros, da deputada Bia Kicis (PSL/DF).

<sup>4</sup> Destacam-se as decisões emitidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5537, 5580 e 6038, que tinham por objeto a Lei 7800/2016 do Estado de Alagoas.

problemática levantada. Assim, conclui-se que, juntamente com outras liberdades elencadas no artigo 206 da CF, ela age como uma garantia da concretização de um direito à educação que se volte para a formação democrática, devendo ser protegida com status de direito fundamental, na medida em que é pressuposto para a garantia daquele direito.

## 2. O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1998

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada após um longo período autoritário no Brasil, consolidado através da Ditadura Civil-Militar (1964-1985), e representou os anseios de diversos setores sociais pela redemocratização (DUARTE, 2007, p. 695). Assim, a Carta Constitucional brasileira estabelece um amplo rol de direitos fundamentais, resguardando liberdades e afirmando direitos sociais, dentre eles a educação. A Constituição, portanto, assume um forte caráter dirigente, atribuindo ao Estado o dever de promover os direitos sociais nela elencados (DUARTE, 2007, p. 695).

Em que pese o direito à educação já tivesse sido enunciado pelas constituições anteriores,<sup>5</sup> a Constituição de 1988 fez questão de estabelecer mecanismos que garantissem mais efetividade na consolidação desse direito (OLIVEIRA, 1999, p. 71), uma vez que, devido à formação histórica e social brasileira, a educação encontrou vários obstáculos para se concretizar enquanto direito universal.

Isto por que, conforme assinala Cury (2002, p. 256-257), o processo de colonização e a presença da escravatura impuseram desigualdades sociais e uma cultura de discriminação étnica e de gênero no país que se constituem em obstáculos para a consolidação dos direitos civis e da própria educação. Diferentemente de países da Europa ocidental, os países colonizados desenvolveram apenas tardiamente sua industrialização, de modo que não possuíam uma classe operária bem articulada que pudesse demandar e lutar pelo direito à educação (CURY, 2002, p. 257).

Diante disso, a Constituição de 1988, no seu intuito de promover uma consolidação democrática, procurou reconhecer a educação enquanto direito público subjetivo, sendo a primeira a fazê-lo (CURY, 2002, p. 259), ainda que restrito à educação básica, pois não há direito subjetivo à educação superior.

---

<sup>5</sup> A primeira Constituição a declarar a educação enquanto direito foi a de 1934 (OLIVEIRA, 1999, p. 71), limitando-se a reconhecer o direito ao acesso ao ensino fundamental (CURY, 2002, p. 259), mas a Constituição Imperial já estabelecia sua gratuidade (OLIVEIRA, 1999, p. 65).

Ademais, a Carta o instrumentalizou enquanto mecanismo para a formação cidadã, buscando romper com a tradição desigual e antidemocrática que marcava a sociedade brasileira até o momento de sua promulgação. Nesse sentido, Vieira (2007, p. 304) conclui:

Em sintonia com o momento de abertura política, o espírito do texto é o de uma "Constituição Cidadã" que propõe a incorporação de sujeitos historicamente excluídos do direito à educação, expressa no princípio da "igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (art. 206, I). Outras conquistas asseguradas são: a educação como direito público subjetivo (art. 208, § 1º), o princípio da gestão democrática do ensino público (art. 206, VI), o dever do Estado em prover creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade (art. 208, IV), a oferta de ensino noturno regular (art. 208, VI), o ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive aos que a ele não tiveram acesso em idade própria (art. 208, I), o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências (art. 208, III).

Além disso, é importante observar que a CF confere uma redação ao direito à educação que o coloca em diálogo com outros princípios constitucionais, articulando-o como instrumento de formação democrática. Ele se encontra elencado no artigo 6º da CF, compondo um amplo rol de direitos sociais e recebe tratamento individualizado nos artigos 205 a 214 da CF. O artigo 205 estabelece que:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Portanto, já da leitura do artigo 205 é possível perceber que a educação adquire um caráter universal- é direito de todos; demanda a ação do Estado e da família, em colaboração para a sua promoção; possui três claros objetivos, quais sejam: “[...] o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988), os quais guardam importante vínculo com o estabelecimento da democracia, uma vez que se constituem em pressupostos para a consolidação do Estado Democrático de Direito estabelecido no artigo 1º da CF, estado este que se funda na cidadania (inciso III) e no pluralismo político (inciso V) (DUARTE, 2007, p. 693).

Sobre isso, Cury (2002, p. 246) assevera que “a educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania”, já que a garantia desse direito é fundamental para a promoção de uma maior participação política dos cidadãos na vida pública e para a formação profissional (CURY, 2002, p. 246), itens indispensáveis em um regime democrático, o qual pressupõe a participação ativa do povo nas decisões políticas e a redução da desigualdade social. Sendo assim, o direito à educação cumpre um papel basilar em todo o ordenamento jurídico, em conjunto com outros

direitos fundamentais (DUARTE, 2007, p. 710-711), ao se constituir em instrumento de formação democrática.

Dessa maneira, ao se falar em direito à educação, não se trata de qualquer educação, mas sim daquela que está em consonância com os ditames constitucionais (TAVARES, 2008, p. 5-6). Em outras palavras, esse direito faz referência a uma educação que se volte para a formação humanística, profissional e cidadã. Trata-se, portanto, de uma educação para a democracia, uma vez que ela deve ser oferecida a todos, sem exceção, e deve capacitar o educando para a participação ativa na sociedade enquanto cidadão. O artigo 205, portanto, reforça o dever do Estado para com a educação e elenca os objetivos os quais ela deve perseguir. A leitura atenta dos artigos seguintes vai corroborar a percepção do vínculo entre educação e democracia.

O artigo 206 estabelece os princípios que devem orientar o ensino no país, sendo eles: a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I); a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (inciso II); o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (inciso III); a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inciso IV); a valorização dos profissionais da educação escolar (inciso V); a gestão democrática do ensino público, na forma da lei (inciso VI); garantia de padrão de qualidade (inciso VII); e, por fim, o piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (inciso VIII) (BRASIL, 1988).

No que se refere aos princípios educacionais, Saviani (2013, p. 210) esclarece que a positivação dos mesmos na Constituição se deu em razão de serem não apenas fundamento da prática educativa, mas também norteadores dela, de modo que são indispensáveis para que a educação se realize em conformidade com os objetivos constitucionais.

A Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9394/1996), em seu artigo 3º, elenca os mesmos princípios trazidos pela CF como fundamentos do ensino, mas acrescenta outros como o respeito à liberdade e apreço à tolerância (inciso IV), a valorização da experiência extraescolar (inciso X), a vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais (inciso XII), a consideração com a diversidade étnico-racial (inciso XI) e a garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida (inciso XII) (BRASIL, 1996).

O artigo 207 vai tratar da autonomia universitária, que se dá nos âmbitos didático-científico, administrativo, de gestão financeira e patrimonial e se orienta pelo princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (BRASIL, 1988).

Já o artigo 208 determina de forma detalhada como deve ser promovido o dever do Estado para com a educação, estabelecendo, dentre outras coisas, a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, mantendo a gratuidade para aqueles que não tiverem acesso à idade própria e, em seus parágrafos 1º e 2º, elenca o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo e impõe a responsabilidade pela não oferta ou oferta irregular do ensino à autoridade competente (BRASIL, 1988).

Acerca da responsabilidade estatal estabelecida no artigo 208, Tavares (2008, p. 19) assevera que, em que pese a obrigatoriedade de o Estado em promover a educação através de políticas públicas, não pode usar da existência delas como argumento para se eximir do dever de garantir o direito quando demandado individualmente.

O artigo 209 da CF declara o ensino livre à iniciativa privada, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional (BRASIL, 1988), como já mencionado, e o artigo 210 estabelece a fixação de “conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.” (BRASIL, 1988). Acerca disso, Tavares (2008, p. 6) observa que a CF, ao estabelecer a fixação desses conteúdos mínimos, tem o objetivo claro de estabelecer pautas comuns, de acordo com o interesse geral.

O artigo 210 trata também do ensino religioso, nos moldes já descritos acima e garante aos povos indígenas a oferta do ensino fundamental em suas línguas maternas, respeitando seus processos próprios de aprendizagem (BRASIL, 1988). Os artigos seguintes abordam a cooperação da União, Distrito Federal, Estados e Municípios na organização dos sistemas de ensino, as vinculações orçamentárias, a destinação dos recursos públicos e o plano nacional de educação.

A partir da leitura desses dispositivos constitucionais é possível perceber que a educação elencada na Constituição de 1988 assumiu, de modo geral, um caráter de formação cidadã, com o escopo de promover a igualdade e a participação no debate público (CURY, 2018, p. 877-878). Para Cury, (2018, p. 872), a cidadania, elemento fundante do Estado Democrático de Direito no Brasil, conceitua-se na “[...] capacidade que os sujeitos têm em poder participar das decisões de uma sociedade nacional e poder também alargar este poder [...]”. Nesse sentido, Coura e Zaganelli (2019, p. 10) pontuam que a reflexão dialógica a ser promovida no ambiente educacional “instrumentaliza a formação cidadã de crianças, adolescentes e jovens, orientando as tomadas de decisão sob uma perspectiva ativa e responsável [...]” (COURA; ZAGANELLI, 2019, p. 10).

Sendo assim, a educação preconizada pela CF não é uma educação “neutra” o que, como se verá adiante, nem poderia ser. A Carta não elenca um direito à educação indefinido, abstrato. Pelo contrário, o direciona à formação cidadã, sendo clara em seus objetivos.

Portanto, a educação a ser promovida pelo Brasil deve capacitar os educandos para a participação em uma sociedade democrática. Mas o papel do Estado não se restringe a isso, uma vez que, em um regime democrático, os direitos fundamentais devem ser garantidos a todos, o que demanda a atuação do poder público através de políticas públicas que garantam o acesso universal à educação.

Ademais, Cury acrescenta que, para estabelecer o vínculo entre educação e democracia, a atuação do Estado é indispensável “seja para garantir a igualdade de oportunidades, seja para, uma vez mantido esse objetivo, intervir no domínio das desigualdades, que nascem do conflito da distribuição capitalista da riqueza, e progressivamente reduzir as desigualdades.” (CURY, 2002, p. 249). Assim, para Saviani (2018, p. xii), a educação assume um significado nitidamente político ao se apresentar como pressuposto da formação cidadã e, portanto, pressuposto também da democracia. Esse é o significado histórico da existência da escola (SAVIANI, 2018, p. xii).

Ainda no sentido de promover uma formação para a democracia, a educação deve corroborar os valores trazidos pela constituição, de modo a promover a tolerância e o respeito à diversidade, princípios elencados no artigo 3º da LDB e fomentados pelo artigo 210 da CF, que estabelece a fixação de conteúdos mínimos no ensino fundamental visando assegurar o respeito a valores culturais e artísticos.

Dando suporte a essa interpretação, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil em 12 de dezembro de 1991 e promulgado por meio do Decreto Legislativo nº 591, preconiza em seu artigo 13 que

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. (BRASIL, 1992).

Assim, o pacto estabelece uma relação de complementariedade em relação à CF (TAVARES, 2008, p. 6-7), acrescentando o respeito aos direitos humanos como objetivo educacional. Ademais, ele também reforça a obrigação do Estado de não apenas “tornar a educação primária gratuita, como também compulsória [...]” (DUARTE, 2007, p. 703), reforçando o aspecto universal do direito.

Canotillho entende que a qualidade do ensino de uma sociedade é pressuposto de garantia dos direitos fundamentais, sendo, então, a educação uma das bases fundantes desses direitos (CANOTILHO, 2003, p. 473). Nesse sentido, a educação é “um pré-requisito do exercício de outros direitos.” (MARSHALL apud CURY, 2002, p. 249).

Para além disso, Cury (2002, p. 260), lembra que a educação é um instrumento de autoconstrução e de autopercepção como ser histórico, fator que abre possibilidades de atuação social dos indivíduos com o escopo de, em uma posição livre e crítica, transformar o ambiente social. Desse modo, o pleno desenvolvimento da pessoa, o qual depende do desenvolvimento de sua capacidade cognitiva, é também pressuposto para uma atuação cidadã e crítica (CURY, 2002, p. 261).

No entanto, em face de todos esses fatores levantados, o aspecto que mais interessa à temática explorada neste trabalho é o vínculo entre os princípios estabelecidos no inciso II do artigo 206 da CF com o direito à educação, este entendido com o escopo de formar para a democracia. Esses princípios, liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, estão em constante e necessário diálogo, constituindo a chamada “liberdade acadêmica” (OLIVEIRA; REPOLÊS; CASTILHO PRATES, 2016, p. 778) e objetivam orientar a prática do ensino. Mais especificamente, interessa a esse trabalho a liberdade de ensinar.

Conforme se verá adiante, liberdade de ensinar aparece como princípio do ensino por que, na prática educativa, ela guarda íntima relação com a formação para democracia, uma vez que, em conjunto com as liberdades de aprender, pesquisar e divulgar o pensamento, ela atua como item indispensável para a formação senso crítico.

### **3. A LIBERDADE DE ENSINAR COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

A previsão constitucional do direito à liberdade de ensinar não é novidade na história do direito constitucional brasileiro. Enquanto na Constituição de 1988 ele aparece com a atual denominação (“liberdade de ensinar”), nas constituições anteriores vinha elencado como “liberdade de cátedra”.

É importante observar que, sempre que houve regimes autoritários, como os do Estado Novo e da Ditadura Civil-Militar, a liberdade de cátedra ou sequer aparecia no texto constitucional, ou então sofria restrições quanto ao seu exercício. A Constituição de 1988, então, rompendo com o regime ditatorial e inaugurando um novo período democrático no Brasil, assegura novamente esse direito, elencando-o como princípio do ensino e dando a ele o

nome de “liberdade de ensinar”. Ademais, a CF o coloca em diálogo com as liberdades de aprender, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (BRASIL, 1988). Esse conjunto de direitos em diálogo constituem a chamada “liberdade acadêmica”, de modo que a liberdade de ensinar é uma das dimensões dessa liberdade mais ampla (TRAVINCAS, 2016, p. 43), sendo mais especificamente ligada ao universo docente.

A liberdade de ensinar, que atualmente é posta em questão no Brasil pelo Movimento Escola sem Partido, já foi outras vezes questionada em diferentes contextos. Como já abordado, foi cerceada na Ditadura Civil-Militar, mas também o foi no período do macarthismo nos Estados Unidos da América, na década de 1950, sob o contexto da Guerra Fria. Neste período, o senador estadunidense McCarthy- a quem se deve o nome “macarthismo”-, promoveu uma perseguição a diversos cidadãos, dentre eles muitos professores, em razão do que o senador considerava ser uma ameaça comunista no país. Assim, o senador criou uma comissão para investigar cidadãos que supostamente defendiam e propagavam ideias tidas como subversivas, questionando o patriotismo dos mesmos, o que levou à delação de vários professores, os quais eram sabatinados com o intuito de que provassem sua lealdade aos valores dos Estados Unidos (OLIVEIRA; REPOLÊS; CASTILHO PRATES, 2016, p. 775).

Em decorrência disso, a temática da liberdade de cátedra foi bastante debatida nas cortes superiores estadunidenses. Os primeiros precedentes advindos destas cortes, em que pese o contexto de perseguição em que foram enunciados, trazem votos nos quais a liberdade acadêmica é entendida enquanto um direito constitucional (TRAVINCAS, 2016, p. 52).

O direito é mencionado pela primeira vez no caso *Adler vs. Board of Education*, que questionava a possível violação da liberdade acadêmica por uma lei do Estado de Nova Iorque que permitia a demissão de professores vinculados a grupos comunistas (TRAVINCAS, 2016, p. 52). Em que pese a corte tenha decidido pela constitucionalidade da lei- pois, no entendimento geral da corte, os funcionários deviam lealdade ao Estado-, o voto dissidente do Juiz Douglas enunciou que não poderia haver liberdade acadêmica em um ambiente de vigilância, pois os professores se sentiriam constantemente amedrontados e isso impediria a busca pelo conhecimento, impondo um pensamento padronizado (*Adler v. Board of Educ. of City of New York*, 1952, Justice Douglas, dissenting apud TRAVINCAS, 2016, p. 52).

Já no caso *Keyishian vs. Board of Regents*, ocorrido no mesmo contexto de perseguição, contudo já em 1967, foram discutidas as mesmas normas do Estado de Nova Iorque que impunham aos funcionários públicos juramentos de lealdade, provando que estes não partilhavam de ideias consideradas “subversivas”. No caso, alguns professores tinham se recusado a declarar que não participavam das tais organizações subversivas, motivo pelo qual

foram demitidos da *State University of New York*, de modo que então recorreram ao judiciário alegando que a exigência de tais juramentos afrontava seus direitos de liberdade de expressão e de associação (OLIVEIRA; REPOLÊS; CASTILHO PRATES, 2016, p. 794). Nessa ocasião, a Suprema Corte acatou a reclamação dos professores e declarou que a lei nova-iorquina realmente afrontava a liberdade acadêmica (*Keyishian vs. Board of Regents of City of New York*, 1967 apud OLIVEIRA; REPOLÊS; CASTILHO PRATES, 2016, p. 795).

Esses casos são uns dos primeiros a elencarem a liberdade acadêmica enquanto direito no âmbito da discussão jurisprudencial. Já no contexto brasileiro atual, o tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal através de diversas ações constitucionais, dentre elas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5537, 5580 e 6038, as quais questionam uma mesma lei estadual do Estado de Alagoas (Lei nº 7800/2016 do estado de Alagoas) que implementava as diretrizes do Movimento Escola sem Partido de forma ampla, impondo censura à abordagem de diversas temáticas em sala de aula.

A ADI 5537 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimento de Ensino (CONTEE), a ADI 5580 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e ADI 6038 pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) (BRASIL, 2020b; 2020c; 2020d). As duas últimas foram apensadas à primeira, de modo todas elas tiveram como relator o ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2020a; 2020b; 2020c).

As requerentes alegaram que a referida lei afrontava, dentre outros princípios e direitos fundamentais, o direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV, CF) e da atividade intelectual (art. 5º, inciso IX, CF), o direito ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e ao seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205, CF), a liberdade de ensinar e aprender (art. 206, inciso II, CF) e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, inciso IV, CF) (BRASIL, 2020a; 2020b; 2020c).

Nesse sentido, a suprema corte brasileira considerou que a Lei nº 7.800/2016 feriria o direito à educação com a abrangência conferida a ele pela Constituição, a qual, conforme já mencionado, em seu artigo 205, o direciona ao pleno desenvolvimento da pessoa, à formação cidadã e ao preparo para o trabalho (BRASIL, 2020a; 2020b; 2020c). Segundo a corte, para alcançar tais objetivos, a Constituição estabelece como princípios do ensino, em seu artigo 206, a liberdade de aprender e ensinar, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e a valorização dos profissionais da educação escolar (BRASIL, 2020a; 2020b; 2020c).

Mais especificamente sobre a liberdade de ensinar, o ministro relator apontou que a Lei nº 7.800/2016 promoveria um cerceamento explícito a esse direito, na tentativa de impor ao professor uma pretensa postura de neutralidade ao tratar dos mais diversos assuntos (BRASIL,

2020a; 2020b; 2020c). Assim, o relator considerou a liberdade de ensinar um importante mecanismo para a formação do senso crítico, pois ela suscita os alunos a desenvolverem seus próprios pontos de vista (BRASIL, 2020a; 2020b; 2020c). Para ele, “Só pode provocar o pensamento crítico, quem pode igualmente proferir um pensamento crítico.” (BRASIL, 2020a; 2020b; 2020c).

Ademais, é destacado pelo ministro que a liberdade de ensinar não abarca toda e qualquer conduta por parte dos professores, uma vez que ela se limita pelos fins para os quais foi estabelecida, de promoção de uma educação abrangente, devendo seguir as especificidades de cada disciplina, sem cercear o debate e as manifestações divergentes dos alunos (BRASIL, 2020a; 2020b; 2020c). Além disso, o relator a diferencia da liberdade de expressão:

35. Tampouco se pretende equiparar a liberdade acadêmica à liberdade de expressão. A liberdade acadêmica tem o propósito de proteger o avanço científico, por meio da proteção à liberdade de pesquisa, de publicação e de propagação de conteúdo dentro e fora da sala de aula. É assegurada, ainda, com o fim de permitir ao professor confrontar o aluno com diferentes concepções, provocar o debate, desenvolver seu juízo crítico. Tem relação com a expertise do professor, ainda que não se restrinja a ela, porque as fronteiras de cada disciplina são elas próprias bastante indefinidas. Tem o propósito de assegurar uma educação abrangente.

36. A liberdade de expressão, por sua vez, volta-se à preservação de valores existenciais, à livre circulação de ideias e ao adequado funcionamento do processo democrático. Não tem relação com expertise técnica, não tem compromisso com standards acadêmicos, mas com a condição de cidadão e com o direito de participar do debate público. No espaço público, todos somos iguais. Na sala de aula, o professor forma pessoas e avalia os alunos. São, portanto, direitos distintos, finalidades distintas, não necessariamente sujeitos aos mesmos limites (BRASIL, 2020a; 2020b; 2020c).

Por esses motivos, e também por razões de ordem formal, a mencionada legislação foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020a; 2020b; 2020c).

No Brasil, porém, embora a liberdade acadêmica tenha status constitucional, ela não consta do rol de direitos fundamentais expressamente elencados no artigo 5º da CF, sendo elencada textualmente apenas enquanto princípio do ensino, o que, sob uma ótica doutrinária, pode levantar dúvidas quanto ao seu caráter de direito fundamental.

No entanto, Travincas (2016, p. 117) argumenta que, para além da relação já destacada que o direito à liberdade de ensinar trava com as demais liberdades constituintes da liberdade acadêmica, ele também se relaciona com outros direitos de liberdade previstos no artigo 5º da CF, quais sejam, a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), a liberdade de expressão da atividade intelectual, científica e de comunicação, independente de censura ou licença (inciso IX) e a liberdade de profissão (inciso XIII).

Diante disso, cabe destacar que o *caput* do artigo 5º prevê um direito geral de liberdade e, nos seus incisos, garante diversas outras liberdades. Sendo assim, Travincas (2016, p. 117) aponta que o artigo 5º, ao fazer isso, visa “proteger a liberdade enquanto um direito geral e nos termos arrolados nos incisos subsequentes.” (TRAVINCAS, 2016, p. 117). Destarte, os direitos de liberdade previstos no artigo 5º seriam espécies do gênero liberdade, de modo que o artigo demonstra objetivar a proteção tanto de um direito geral de liberdade, quanto de direitos em espécie, o que, segundo Sarlet, cria uma “cláusula de abertura constitucional para liberdades fundamentais não nominadas” (SARLET, 2015, p. 478). Ademais, essa interpretação impõe também a conclusão de que a incidência da liberdade geral só deve se dar quando não for cabível a incidência de uma liberdade específica (SARLET, 2015).

Todavia, essa conclusão não é suficiente para dar à liberdade de ensinar o caráter de direito fundamental. Inicialmente, Travincas (2016, p. 123) destaca que a possibilidade de considerá-lo um direito fundamental, ainda que não expressamente constante do rol do artigo 5º da CF, estaria na cláusula de abertura constante do parágrafo 2º desse mesmo artigo, o qual preconiza que “os direitos e garantias expressos na 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”.

A autora destaca que os direitos elencados como fundamentais em razão dessa cláusula são chamados de “direitos apenas materialmente fundamentais”, ou seja, possuem conteúdo de direito fundamental, mas não são expressamente tipificados (TRAVINCAS, 2016, p. 124). Esses direitos podem ser divididos entre direitos que “carecem apenas de fundamentalidade formal” e os que são “desprovidos simultaneamente de fundamentalidade e constitucionalidade formal.” (TRAVINCAS, 2016, p. 124). Os primeiros estão no texto constitucional, mas não compõem o rol de direitos fundamentais do artigo 5º, enquanto os segundos não estão expressos na constituição, podendo estar previstos em tratados internacionais ou serem implícitos (SARLET, 2015).

Assim, a liberdade de ensinar se enquadraria no primeiro caso. Do ponto de vista técnico-jurídico, então, o que justifica a sua fundamentalidade é o fato de que ela estabelece relações com outros direitos fundamentais, conforme já explorado, bem como se encontra intimamente vinculada ao direito fundamental à educação, constando da mesma seção que este direito social e sendo elencada com princípio do ensino. Assim, “há que conceber a liberdade de ensinar como um direito de liberdade associado ao âmbito de proteção de um direito social em espécie.” (TRAVINCAS, 2016, p. 125). Desse modo, a autora conclui que “o fluxo existente

entre a liberdade de ensinar e os direitos formal e materialmente fundamentais torna incontestado seu caráter de direito fundamental.” (TRAVINCAS, 2016, p. 132).

Travincas (2016, p. 139) ainda aponta que o direito fundamental à liberdade de ensinar impõe ao Estado tanto um dever de não intervenção, quanto um dever de garantir as condições para que essa liberdade se desenvolva sem óbices, assumindo um caráter simultâneo de prestação negativa e positiva. Nesse sentido, uma vez que os direitos fundamentais incidem em todo o espectro das relações jurídicas, o direito à liberdade de ensinar abarca também a atuação dos professores nas instituições de ensino privadas, uma vez que estas, embora firmem relações de natureza contratual, servem a uma finalidade pública, qual seja, a promoção do ensino, que deve ser pautada também pelos princípios constitucionais (TRAVINCAS, 2016, p. 152). Assim, mesmo nas instituições de ensino confessionais, o direito deve ser resguardado, a despeito da orientação religiosa delas.

Destarte, a garantia da liberdade acadêmica pela CF demonstra que o texto constitucional não apenas elencou os objetivos da educação, quais sejam, o desenvolvimento da pessoa, a formação cidadã e para o trabalho, mas também ofereceu outras garantias através das quais esses objetivos seriam atingidos, sendo uma delas a liberdade de ensinar. Isso reforça a importância dada pela CF para a formação democrática, já que o texto constitucional se preocupa em garantir os mecanismos sem os quais essa formação não ocorreria. É o que se passa a abordar adiante.

#### **4. O DIREITO À LIBERDADE DE ENSINAR E A GARANTIA DE UMA EDUCAÇÃO PARA A DEMOCRACIA**

Travincas (2016) trabalha o conceito de liberdade acadêmica através da teoria estadunidense denominada “*for the common good*” school<sup>6</sup> (escola “para o bem comum”), elaborada por Robert Post. De acordo com essa teoria, a liberdade acadêmica, constituída pela liberdade de pesquisa e divulgação, liberdade de ensinar da sala de aula e pela liberdade de manifestação extramuros<sup>7</sup>, seria imprescindível para o avanço do conhecimento científico, uma

---

<sup>6</sup> De acordo com essa teoria, a liberdade acadêmica serve ao escopo de capacitar os discentes para a participação cidadã no debate público, direcionando-se à consolidação do princípio democrático. Diante disso, ao cumprirem essa tarefa, os professores e as instituições de ensino servem ao interesse público, de modo que “a proteção da liberdade acadêmica promove o bem comum (“*for the common good*”)” (TRAVINCAS, 2016, p. 78-79).

<sup>7</sup> A liberdade de manifestação extramuros faz referência ao direito de expressão dos professores no debate público, fora do contexto acadêmico. O que justificaria a proteção específica desse direito dos professores, dentre outros fatores, em distinção ao direito geral de liberdade de expressão, seria o fato de que a condição de docente exerce uma influência significativa sobre os demais cidadãos, ou seja, o professor teria maior poder de influir no debate público. (SARLET; TRAVINCAS, 2016, p. 536-537).

vez que ele depende da possibilidade de se discutir ideias através de diversos argumentos e contra-argumentos, ou seja, pressupõe o livre debate e não pode se estabelecer em uma relação unilateral (TRAVINCAS, 2016, p. 54-56). Sobre essa teoria, a autora disserta:

[...] Ela acorda quanto à existência de uma relação bidirecional entre liberdade acadêmica e democracia -aquela se realiza nessa; essa depende daquela para ser efetivada -, daí o porquê de a tutela da liberdade acadêmica se dar para e, ao mesmo tempo, nos termos exigidos pelo princípio democrático. As diretrizes dessa abordagem são especialmente as alçadas por Robert Post, principal representante da linha, atualmente. Tal modelo oferta fundamentos contundentes para a tutela jurídica da liberdade acadêmica. Por essa razão, entende-se que sua adoção é notadamente vantajosa se se pretende uma leitura adequada da Constituição Brasileira em relação à liberdade acadêmica (e, particularmente, à liberdade de ensinar). Para além disso, o texto constitucional brasileiro favorece a interpretação da liberdade acadêmica a partir da referida matriz teórica na medida em que conjuga a tutela do direito à educação ao implemento da cidadania (artigo 205, caput), com vistas à concreção do princípio democrático [...] (TRAVINCAS, 2016, p. 44).

Nesse sentido, Travincas (2016, p. 57) afirma que, de acordo com a citada teoria, a produção do conhecimento depende de um espaço de diálogo e de questionamento entre docentes e discentes, não se reduzindo à mera transmissão de conhecimentos. Sendo assim, o ambiente acadêmico deveria ser um ambiente livre, que instigasse o debate e que estimulasse os discentes a pensarem autonomamente, de modo a influenciar não só o desenvolvimento científico, mas também a participação democrática qualificada (TRAVINCAS, 2016, p. 57).

Diante dessa dinâmica, ao professor incumbe então o dever de conduzir o processo de aprendizagem com base em sua formação e seus conhecimentos, propondo aos discentes objetos de investigação sempre com base em suas concepções e percepções prévias sobre os assuntos, com uma perspectiva transformadora (TRAVINCAS, 2017, p. 49). Assim, o processo educativo depende da atuação do docente, que nunca é neutra, devido à impossibilidade de sê-lo e que não pretende significar também que o professor é detentor de todo conhecimento, enquanto os alunos nada saberiam (TRAVINCAS, 2017, p. 49).

É curioso notar que a análise trazida pela autora possui uma nítida convergência com a perspectiva educacional trazida por Paulo Freire em sua pedagogia crítica. Conforme o educador brasileiro, o professor, para promover uma educação libertadora, deve estimular o educando a desenvolver a sua própria reflexão crítica sobre as diferentes temáticas (FREIRE, 2019b, p. 39), uma vez que o processo dialógico se pauta pela busca solidária da verdade, não havendo espaço para imposições de vontade (FREIRE, 2019c, p. 109). Por esse motivo, a educação não pode se dar através do simples depósito de ideias e conhecimentos, justamente porque que ela se constitui em uma busca coletiva pela verdade (FREIRE, 2019b, p. 39).

Desse modo, com base na pedagogia crítica de Freire, nota-se que o espaço de conhecimento, se alicerçado em uma prática de educação libertadora, deve ser, por si, um espaço de liberdade, de diálogo entre educadores e educandos, uma vez que, para Freire, o diálogo por si próprio é criador de “atos de liberdade” (FREIRE, 2019c, p. 111). Nesse contexto, a garantia do direito à liberdade acadêmica é, portanto, imprescindível para que a prática de uma educação libertadora se consolide, visando à formação democrática.

Destarte, a prática dialógica formadora da consciência crítica pressupõe a garantia das liberdades de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, conforme estabelecido na CF. A Constituição, portanto, ao vincular, em seu artigo 205, o direito à educação à formação para o exercício da cidadania, o faz já construindo condições para que isso aconteça: logo em seguida, no artigo 206, elenca como princípios norteadores do ensino aqueles constituintes da liberdade acadêmica.

Daí depreende-se, então, que não há liberdade de ensinar sem liberdade de aprender e vice-versa, já que, em uma relação dialógica de aprendizado, ambos, educador e educando são sujeitos desse processo, dependendo um do outro para que a aprendizagem crítica se consolide (FREIRE, 2019a, p. 93). Dessa mesma maneira, a liberdade de ensinar e aprender também dependem da possibilidade de investigação e divulgação dos resultados, sem as quais o diálogo sobre os objetos cognoscíveis não seria possível. Só há, portanto, aprendizagem crítica voltada para a formação cidadã em um ambiente em que a liberdade acadêmica esteja garantida.

A garantia dessa liberdade pela CF demonstra que o texto constitucional não apenas elencou os objetivos da educação, quais sejam, o desenvolvimento da pessoa, a formação cidadã e para o trabalho, mas também ofereceu outras garantias através das quais esses objetivos seriam atingidos, sendo uma delas a liberdade acadêmica. Isso reforça a importância dada pela CF para a formação democrática, já que o texto constitucional se preocupa em garantir os mecanismos sem os quais essa formação não ocorreria.

Desse modo, o ambiente escolar e universitário se tornam espaços de formação para a democracia. Neles, os educandos convivem com visões de mundo antagônicas, opiniões morais e políticas diferentes das suas, com crenças religiosas e valores diversos (SEFFNER, 2017, p. 5). Esses ambientes, portanto, em comparação com os espaços da família e da religião, são espaços de convivências menos homogêneas, em que o educando tem contato com o diferente e aprende a conviver com ele, desenvolvendo uma postura democrática de diálogo (SEFFNER, 2017, p. 5). Então, para além de desenvolverem sua formação científica, na escola e na universidade os discentes aprendem a conviver com as diferenças que compõem a sociedade, se preparando para o exercício da cidadania (SEFFNER, 2017, p. 12).

Assim, a sala de aula é um local- não o único- de capacitação científica e para o debate democrático, tendo o professor o dever de conduzir o processo de aprendizagem visando esses objetivos, motivo pelo qual depende da garantia do direito à liberdade de ensinar (TRAVINCAS, 2016, p. 78-79). Dessa maneira, o professor assume, na sala de aula, uma responsabilidade vinculada ao interesse coletivo (TRAVINCAS, 2016, p. 79). já que deve conduzir o processo educativo visando à concreção do princípio democrático (art. 1º, CF). A liberdade de ensinar assume, então, o caráter de uma liberdade-meio, através da qual o referido princípio se concretiza (TRAVINCAS, 2016, p. 132).

No entanto, é importante ressaltar que o direito à liberdade de ensinar possui uma dimensão contramajoritária, já que, para atuar como instrumento de formação do senso crítico, não pode ser limitado por concepções morais dominantes, pois, se restringido conforme o que as maiorias consideram moralmente correto, atuando com uma limitação de conteúdos e questões possíveis de serem abordadas, deixa de proporcionar o debate, a indagação e a curiosidade científica e transformadora, se vendo impedido de cumprir seu papel crítico (OLIVEIRA; REPOLÊS; CASTILHO PRATES, 2016, p. 794).

Todavia, destaca-se que a liberdade de ensinar, enquanto pressuposto de uma educação para a democracia, não protege a enunciação de discursos de ódio e de intolerância por parte dos professores, uma vez que estes discursos vão contra os próprios princípios constitucionais e ferem direitos fundamentais, desvirtuando a função desse direito (OLIVEIRA; REPOLÊS; CASTILHO PRATES, 2016, p. 779). Mesmo assim, não são cabíveis censuras externas prévias a esse direito, impostas pelo Poder Público, de modo que qualquer excesso deve ser apurado “[...] por procedimentos internos, entre pares com a exigida qualificação para analisar as pretensões levantadas nos casos concretos [...]” (OLIVEIRA; REPOLÊS; CASTILHO PRATES, 2016, p. 797). Nesse sentido,

[...] se, por exemplo, um professor de história afirma que o holocausto judaico foi uma “invenção do sionismo internacional”, ou que publica artigos colocando que a “escravidão” não foi tão perversa aos afrodescendentes, ele não poderia se apoiar em sua liberdade acadêmica, pois esta possibilita que, em situações limites como as hipoteticamente aqui erigidas, quando demonstrada uma enorme incompetência funcional, o professor possa ser sancionado academicamente, já que haveria um claro desvirtuamento de sua fala, a qual estaria para além da liberdade acadêmica. (OLIVEIRA; REPOLÊS; CASTILHO PRATES, 2016, p. 797).

Ademais, em consonância com o enunciado nas mencionadas decisões do Supremo Tribunal Federal, o professor tem o dever de respeitar os discentes, suas ideias e concepções, em face do direito à liberdade de aprender, contudo, não tem o dever de pautar o conteúdo que é ensinado com base nas crenças dos educandos, uma vez que o direito à liberdade de aprender

nada tem a ver com um suposto direito a não ser contrariado (TRAVINCAS, 2016, p. 73). Segundo Travincas (2016, p. 73), imposições dessa natureza desvirtuariam o processo educacional, pois os professores teriam que elaborar suas aulas sempre preocupados em não ofender ninguém, tarefa extremamente subjetiva e contraproducente. Ademais, quando há controvérsias sobre determinados assuntos, a liberdade de ensinar se torna ainda mais importante para propiciar uma reflexão crítica sobre os objetos da discussão (TRAVINCAS, 2016, p. 73).

Desse modo, resta clara a função que cumpre a liberdade de ensinar no ordenamento jurídico brasileiro: a de possibilitar a formação do senso crítico, o qual é pressuposto para uma atuação cidadã qualificada.

Nesse sentido, portanto, a Constituição de 1988, ao garantir o direito à liberdade de ensinar, é clara em seu objetivo de promover uma educação para a formação para a democracia, pois não apenas direciona o direito à educação para o pleno desenvolvimento da pessoa e para a formação cidadã, como também estabelece meios para que a formação do senso crítico- através do qual uma atuação democrática efetiva é possível- ocorra no processo de ensino e aprendizagem, garantindo não apenas a liberdade de ensinar, mas também as liberdades de aprender, de pesquisa e divulgação dos conhecimentos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto no presente artigo, o direito à liberdade de ensinar, como um dos princípios do direito fundamental social à educação, deve ser a todo custo preservado, a fim de se possibilitar uma formação efetivamente humanística e cidadã, possibilitando a educadores e educandos o acesso à dialogicidade e multiplicidade de conteúdos, saberes e metodologias, essenciais para a formação intelectual, cidadã e para o trabalho.

O discurso de neutralidade na educação é um instrumento para encobrir construções argumentativas e procedimentos educativos, enraizados em práticas autoritárias que visam tolher não só a liberdade de ensinar, mas, também, a liberdade de expressão, a capacidade crítica do indivíduo e o pleno exercício da cidadania. Violam-se, simultaneamente, direitos fundamentais individuais, sociais e os fundamentos da própria República Federativa do Brasil.

De forma acertada o Supremo Tribunal Federal, nos momentos em que se manifestou a respeito de propostas legislativas com a finalidade de implementar supostos modelos “educativos” com a finalidade de controlar ideologicamente a liberdade de ensinar, como, por exemplo, aqueles advindos do movimento Escola Sem Partido, tem exposto o viés autoritário,

antidemocrático e acrítico destes projetos de lei discutidos e aprovados, com evidente inconstitucionalidade, por legislativos estaduais e municipais.

Reforça-se, de forma contundente, que um movimento com o cariz do Escola Sem Partido, jamais deverá prosperar, seja como uma ideologia orientadora do processo educativo ou como política pública de Estado, justamente por buscar o rompimento com uma educação que se volte para a compreensão do social e imprescindivelmente democrática. Estabelecer formas de controle com a finalidade de afastar a ideologização da educação, nada mais representa do que a sua própria regulação ideológica.

Diante das reflexões apresentadas, compreende-se que a liberdade de ensinar deve ser protegida enquanto um direito fundamental, devido a sua relação com o direito à educação, sendo pressuposto fundamental para a concretização desse direito conforme os ditames estabelecidos em nosso texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALAGOAS (Estado). **Lei nº 7800, de 05 de maio de 2016**. Institui, no âmbito do sistema estadual de ensino, o programa "Escola Livre". Maceió, AL. Disponível em: <<https://sapl.al.al.leg.br/norma/1195>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 246, de 2019**. Institui o "Programa Escola sem Partido". Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=37EC117DD7CD6996560FBCDD50AEADF1.proposicoesWebExterno1?codteor=1707037&filename=PL+246/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=37EC117DD7CD6996560FBCDD50AEADF1.proposicoesWebExterno1?codteor=1707037&filename=PL+246/2019)>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04. Ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5537**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimento de Ensino-CONTEE. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Alagoas. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 25 ago. 2020. Diário Oficial da União. Brasília, 28 set. 2020a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991079>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5580**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimento de Ensino-CONTEE. Requerido: Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Alagoas. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 25 de agosto de 2020. Diário Oficial da União. Brasília, 10 dez. 2020b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5036462>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6038**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Alagoas. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 25 de agosto de 2020. Diário Oficial da União. Brasília, 09 dez. 2020c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576085>>. Acesso em: 25 mar.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

COURA, Alexandre; ZAGANELLI, Juliana. Educação para a cidadania e consciência dos direitos e dos deveres fundamentais. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 22, n. 44, p. 1-17, 2019.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de pesquisa**, n. 116, p. 245-262, 2002.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Do Público e do Privado na Constituição de 1988 e nas Leis Educacionais. **Educação & Sociedade**, v. 39, n. 145, p. 870-889, 2018.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, v. 28, n. 100, p. 691-713, 2007.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 45ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2019a. 189 p.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. 58ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2019b. 143 p.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 71ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2019c. 253 p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; DE CASTILHO PRATES, Francisco. Liberdade acadêmica em tempos difíceis: Diálogos Brasil e Estados Unidos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 773-803, 2016.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. **Revista brasileira de educação**, v. 11, p. 61-74, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.478.

SARLET, Ingo Wolfgang; TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. **O Direito Fundamental à Liberdade Acadêmica:** notas em torno do seu âmbito de proteção- a ação e elocução extramuros. Espaço Jurídico, v. 17, n. 2, p. 529-546, 2016.

SAVIANI, Dermeval. A educação na Constituição Federal de 1988: avanços no texto e sua neutralização no contexto dos 25 anos de vigência. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação-Periódico científico editado pela ANPAE**, v. 29, n. 2, 2013.

SEFFNER, Fernando. Escola pública e função docente: pluralismo democrático, história e liberdade de ensinar. **Golpes na História e na escola:** o Brasil e a América Latina nos séculos XX e XXI. São Paulo: Cortez, p. 199-216, 2017.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 771-788, 2008.

TRAVINCAS, Amanda Costa Tomé. **A tutela jurídica da liberdade acadêmica no Brasil:** a liberdade de ensinar e seus limites. 2016. 300 f. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre, 2016.

VIEIRA, Sofia Lerche. A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto. **Revista brasileira de Estudos pedagógicos**, v. 88, n. 219, p. 291-309, 2007.

**Submissão: 28/07/2021 Aprovação: 07/06/2023**

## A COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO NOS PROCESSOS JULGADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO NOS ANOS DE 2017 E 2018

*WORK RELATED ACCIDENT REPORT IN TRIED CASES OF SÃO PAULO COURT OF  
JUSTICE IN 2017 AND 2018*

Dalton Tria Cusciano<sup>1</sup>  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

### **Resumo:**

O mercado laboral brasileiro registrou em 2021, conforme o último Anuário Estatístico da Previdência Social disponível, 536.174 acidentes de trabalho, o que motivou este artigo a identificar o índice de subnotificação existente nas ações acidentárias de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença impetradas em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) julgadas de forma favorável ao segurado pelas 16<sup>o</sup> e 17<sup>o</sup> Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) nos anos de 2017 e 2018, nas quais expressamente se indicava a ausência de emissão da Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT). Para tanto, foram analisados 3.123 acórdãos por meio de análise jurisprudencial. A hipótese de que a subnotificação estava presente em mais da metade dos casos em que expressamente se afirmava que não constava a CAT foi confirmada, diante da concessão judicial da aposentadoria por invalidez e do auxílio-doença em, respectivamente, 62% e 69% dos casos. O artigo ainda analisou a importância dada pelos julgadores à CAT enquanto meio de prova por meio da análise das decisões, concluindo o artigo pela necessidade de revisão do atual modelo da Comunicação de Acidente de Trabalho de modo a diminuir as subnotificações.

### **Palavras-chave:**

Comunicação de Acidente de Trabalho. Subnotificação. Judicialização.

### **Abstract:**

According to data from the latest available Social Security Statistical Yearbook, the Brazilian labor market registered 536.174 occupational accidents in 2021. Given this scenario, this article measured the percentage of underreporting existing in judicial actions for disability and sickness benefits filed against the National Social Security Institute (INSS) judged by the 16th and 17th Chambers of Public Law of the São Paulo Court of Justice (TJSP) in the years 2017 and 2018, through the analysis of the existence or mention of the issuance of the Work-Related Accident Report. For this purpose, 3,123 judgments were analyzed, using the jurisprudential analysis. The hypothesis that underreporting was present in more than half of the cases in which Work-Related Accident Report was not included was confirmed, in view of the judicial granting of disability retirement and sickness benefit in, respectively, 62% and 69% of lawsuits in which the Work-Related Accident Report (CAT) was not expressly included. The article also verified the importance given by the judges to CAT as an evidence was contemplated by analyzing the decisions, concluding the article by the need to revise the current model of the Work-Related Accident Report aiming to diminish sub notification.

### **Keywords:**

Work-Related Accident Report. Sub notification. Judicialization.

## 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Pós-doutorado em Direito e Tecnologia pelo *Mediterranea International Centre for Human Rights Research* da *Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria*. Doutor em Administração Pública e Governo, com reconhecimento do grau de Doutor pelo DGES/Portugal. Mestre em Direito e Desenvolvimento (aprovado com distinção) e Bacharel em Direito, todos pela FGV/SP. Exerce a função de Corregedor na Fundacentro/Ministério do Trabalho e de Professor Universitário de cursos de graduação e pós-graduação (lato e stricto sensu).

Na data de 30 de julho de 2019 foi publicada, no Diário Oficial da União, a portaria nº 917<sup>2</sup> para constituir Grupo de Trabalho para revisar a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, instituída por meio do Decreto nº 7.602, de 7 de novembro de 2011<sup>3</sup>. A revisão em andamento tem por base determinados princípios orientadores, como a compatibilização de normas de proteção do trabalhador com os princípios da livre iniciativa e livre exercício de atividade econômica, a efetividade e a eficácia das ações, a compatibilidade dos marcos regulatórios brasileiro e internacionais, o embasamento técnico e científico, dentre outros.

Todo o aparato normativo que orbita as normas de saúde e segurança do trabalho, bem como diversas regras atinentes à Seguridade Social passaram a ser revistas e modificadas, algumas de forma apressada e pouco dialogada, outras com maior participação e embasamento técnico e científico. Todavia, não constou no debate até o momento, estudos que debatessem formas de reforçar a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), visando a redução da subnotificação.

O cenário existente no país sob o prisma acidentário e normativo permite inferir que há uma significativa subnotificação dos acidentes e/ou doenças relacionadas ao trabalho, o que fortalece a tese de que as vítimas dos infortúnios trabalhistas recorrerão ao Poder Judiciário para, de algum modo, ser amparadas pela Seguridade Social, principalmente no tocante aos benefícios acidentários.

Segundo dados do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho (2019), que tem por base os dados do INSS, no período de 2012 a 2018, foram registrados por meio da emissão de Comunicação de Acidente de Trabalho 4.503.631 (quatro milhões, quinhentos e três mil seiscentos e trinta e um) acidentes laborais, dos quais 16.455 (dezesesseis mil quatrocentos e cinquenta e cinco) fatais. Foram perdidos 351.796.758 (trezentos e cinquenta e um milhões setecentos e noventa e seis mil setecentos e cinquenta e oito) dias por afastamentos do trabalho decorrentes de acidentes laborais.

Apesar dos números acima apresentados, a reforma trabalhista aprovada por meio da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017<sup>4</sup>, oportunidade ímpar para incentivar a redução de

---

<sup>2</sup>BRASIL. **Portaria nº 917, de 30 de julho de 2019.** Dispõe sobre a criação de grupo de trabalho para revisão da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST. Disponível em: <[https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-portarias/2019/portaria\\_seprrt\\_917\\_-\\_pnsst.pdf](https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-portarias/2019/portaria_seprrt_917_-_pnsst.pdf)>. Acesso em: 20 jun.2023.

<sup>3</sup>BRASIL. **Decreto nº 7.602, de 7 de novembro de 2011.** Dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7602.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7602.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.

<sup>4</sup>BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, por meio de alterações legislativas como uma nova fórmula de cálculo do Risco de Acidente de Trabalho (RAT), trouxe apenas 03 (três) menções ao termo “acidente de trabalho”, enunciando: a) o afastamento por motivo de acidente de trabalho é computado como tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade; b) a impossibilidade de supressão, pelo empregador, do seguro contra acidentes de trabalho; e c) a instrução, a cargo do empregador, de maneira expressa e ostensiva, a seus empregados, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Dessas 03 (três) menções, a primeira em nada reduz o acidente de trabalho, pois versa apenas sobre um direito já existente, dado que o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991<sup>5</sup> já garantia a estabilidade, pelo prazo de 12 (doze) meses em casos de acidente de trabalho e já havia a contagem do período usufruído com auxílio-doença para obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição.

A segunda menção ao termo acidente de trabalho visa confirmar a obrigação do empregador em recolher o seguro contra acidentes de trabalho, seguro esse integrado a Previdência Social desde 1967 no Brasil, por meio da Lei nº 5.316, de 14 de setembro<sup>6</sup>.

Apenas a terceira menção tem alguma relação com a tentativa de reduzir acidentes e doenças relacionadas ao trabalho no Brasil. Todavia, a legislação apenas repete fórmula já utilizada pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977<sup>7</sup>, em seu artigo 157, que assevera:

Artigo 157 – Cabe às empresas:

I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; [...]

Consequentemente, a reforma trabalhista aprovada em 2017 em nada inovou no tocante aos acidentes e doenças relacionadas ao trabalho. Assim, pode-se afirmar que até o momento não foi elaborada nem implantada nova forma de enfrentar o alto número oficial de acidentes de trabalho, devendo-se ressaltar que os dados apresentados pelo Anuário Estatístico da

---

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.

<sup>6</sup> BRASIL. **Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967**. Integra o seguro de acidentes do trabalho na previdência social. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L5316.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5316.htm)> Acesso em: 20 jun.2023.

<sup>7</sup> BRASIL. **Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977**. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à segurança e medicina do trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6514.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.

Previdência Social, no ano de 2013, no total de 717.911 (setecentos e dezessete mil novecentos e onze) acidentes divergem dos dados encontrados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que, em parceria com o Ministério da Saúde, realizou junto à Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar (PNAD) o suplemento da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), registrando 4.948.000 (quatro milhões novecentos e quarenta e oito mil) acidentes de trabalho.

Tal diferença decorre do fato de que as bases de dados utilizadas pelos institutos IBGE e INSS e a forma de coleta dos mesmos são distintas, mas, independentemente da diferença de resultados encontrada, o número de trabalhadores afetados negativamente em sua saúde, pelo trabalho, é considerável, o que por si só já demandaria a realização de um estudo como o atual.

Diante desse cenário, entendeu-se necessário identificar a ocorrência de subnotificações, com a ausência de emissão de Comunicados de Acidentes de Trabalho em processos judiciais nos quais havia sido concedido o benefício acidentário em segunda instância.

Por isso, optou-se por ter como recorte geográfico o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, considerado, em âmbito estadual, o maior tribunal do Brasil em número de processos, jurisdicionados e agentes públicos, além de contar com 02 (duas) Câmaras especializadas em acidentes de trabalho, ou seja, que julgam exclusivamente esse tema: a 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público.

O recorte temporal realizado incidiu sobre os anos de 2017 e 2018, último biênio no qual os dados estavam completos, ou seja, todos os processos julgados já estavam disponíveis no sistema eletrônico do Tribunal, permitindo a realização de análises e comparações.

A pergunta que norteou este artigo foi: Qual o índice de subnotificação existente nas ações acidentárias de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença impetradas em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) julgadas de forma favorável ao segurado pelas 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) nos anos de 2017 e 2018?

O pressuposto deste artigo é que a maioria – entendida como mais da metade – dos acórdãos que relataram expressamente a ausência de Comunicação de Acidente de Trabalho, acabaram por conceder os benefícios acidentários de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença.

O artigo traz contribuição inovadora diante da escassa produção de estudos na academia nacional que buscaram mapear a presença da Comunicação de Acidente de Trabalho nos processos judiciais e a sua importância como prova no processo.

O objetivo geral do trabalho foi o de encontrar o índice de subnotificação existente nas ações acidentárias de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença impetradas em face do

Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) julgadas de forma favorável ao segurado pelas 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) nos anos de 2017 e 2018, nas quais expressamente se indicava a ausência de emissão de Comunicação de Acidente de Trabalho.

A metodologia empregada no trabalho para mensurar o índice de subnotificação foi a de análise jurisprudencial, consistente na coleta dos acórdãos proferidos pelos julgadores das 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público, que têm competência específica para julgar apenas as lides acidentárias nos anos de 2017 e 2018.

Para concretizar o ora posto, foi realizada uma pesquisa no site do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por meio da utilização da plataforma virtual disponibilizada em endereço eletrônico<sup>8</sup>: No campo “ementa” da plataforma virtual, foram utilizados, de forma separada e em pesquisas individualizadas, os termos “aposentadoria por invalidez” e “auxílio-doença”, escolhendo, no campo “classes”, os itens reexame necessário, apelação e reexame necessário/apelação. No campo “órgão julgador”, foram escolhidas, de forma separada e individualizadas, as 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público. Por fim, no campo “data de julgamento”, foram inseridos os anos de 2017 e 2018.

Os resultados encontrados foram filtrados de acordo com sua pertinência temática, excluindo-se as ações de execuções, as conversões dos julgamentos em diligência, as remessas dos processos para o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, os processos redundantes, ou seja, que apareciam mais de uma vez no período pesquisado e os processos que não guardavam correlação com o assunto pesquisados.

Todos os acórdãos encontrados referentes ao auxílio-doença e à aposentadoria por invalidez foram analisados e tabulados tanto da 16ª quanto da 17ª Câmara de Direito Público.

Vale ressaltar que todas as ementas encontradas na pesquisa dos termos auxílio-doença acidentário e aposentadoria por invalidez acidentária foram analisadas de modo a se identificar corretamente os casos com real pertinência temática, uma vez que o TJSP classifica todos os acórdãos envolvendo benefícios acidentários como “auxílio-acidente” no campo assunto. Essa forma de classificação feita pelo Tribunal de Justiça de São Paulo dificulta a realização de pesquisas empíricas, impondo, pelo menos para este artigo, a necessidade de filtragens manuais.

## 2. DESENVOLVIMENTO

---

<sup>8</sup>A plataforma utilizada foi a seguinte: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>.

O artigo 19 da Lei 8.213/1991<sup>9</sup>, com redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015, estabelece que o acidente do trabalho é:

o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Percebe-se pela leitura do artigo 19 supracitado que, para a caracterização do acidente de trabalho, faz-se necessária à sua ocorrência no exercício da atividade laboral e o nexo causal entre o acidente e a lesão. Caso o segurado tenha sofrido o acidente laboral e porventura tenha concorrido para a ocorrência desse acidente, tal fato não afasta o direito ao benefício acidentário, dado que a Constituição Federal adotou a teoria do risco social, importando a existência de culpa ou não do segurado no acidente apenas para aferição da eventual indenização civil a ser suportada pelo empregador.

A teoria do risco social aponta que compete à sociedade assegurar o sustento do indivíduo vitimado por uma incapacidade laborativa em razão do princípio da solidariedade e da responsabilidade objetiva, na qual não se discute a existência de dolo ou culpa e sim se houve ou não o acidente e a incapacidade.

A teoria do risco social abarcada pela Constituição Federal de 1988<sup>10</sup> se opôs à teoria do risco profissional, também chamada de teoria do risco, pela qual o empregador assumia todos os riscos inerentes à sua atividade econômica, o que compreendia os danos causados por sua atividade, pelos meios de produção utilizados, envolvendo até os danos causados por seus prepostos. Matia Persiani (2008, p. 196) sintetiza o risco profissional.

Quando foi instituído, o fundamento da tutela contra os acidentes de trabalho, a qual era e ainda é financiada por contribuições que são encargos exclusivos dos empregadores, foi individualizado no princípio do risco profissional. Os empregadores que expõem os seus dependentes ao risco do acidente, na medida em que tiram vantagem da atividade laboral que eles desenvolvem em seu interesse, devem suportar também, com o pagamento dos prêmios, as consequências negativas da ocorrência de tal risco.

No tocante aos segurados, o próprio texto do artigo 19 da Lei nº 8.213/1991 aponta quem pode usufruir dos benefícios, no caso em tela, empregados e trabalhadores avulsos (artigo 11, incisos I e VI), além dos segurados especiais (inciso VII do artigo 11), sendo eles: seringueiros,

---

<sup>9</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.

<sup>10</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 20 jun.2023.

extrativistas e pescadores artesanais, seus cônjuges e filhos – ou equiparados a estes – maiores de 16 anos, desde que essas atividades desempenhadas sejam o principal meio de vida e que o grupo familiar atue em conjunto nessa atividade econômica, ou seja, que o regime seja de economia familiar.<sup>11</sup> Os produtores, ainda que na condição de proprietários, usufrutuários, possuidores, assentados, parceiros ou meeiros outorgados, comodatários ou arrendatários rurais, que explorem atividade agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais também são enquadrados como segurados especiais.

Deve-se registrar que não basta a ocorrência do acidente de trabalho para se fazer jus ao benefício acidentário pago via Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sendo necessária a ocorrência de perturbação funcional ou lesão corporal que gere o óbito ou a perda ou redução, de forma permanente ou temporária, da capacidade laboral do segurado e que exista nexos causal entre o acidente e o dano provocado.

Além do acidente de trabalho, entendido como o evento súbito, externo, violento e relacionado à atividade laboral, a legislação infraconstitucional, por meio do artigo 20 da Lei nº 8.213/1991, entendeu por equiparar ao acidente de trabalho:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

[...]

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

O supracitado artigo 20 versa acerca das doenças ocupacionais, distribuídas em doença profissional (inciso I) e doença do trabalho (inciso II), equiparadas ao acidente de trabalho, mas com a distinção de que essas decorrem de um processo lento e gradual de degeneração, muitas vezes imperceptível, que traz, no entanto, as mesmas consequências danosas do acidente laboral, culminando na morte ou na perda/redução da capacidade laboral do obreiro. Essas doenças surgem em virtude da interação com agentes nocivos biológicos, químicos ou físicos ou como resultado da atuação inadequada no trabalho diante da ausência ou insuficiência de condições mínimas para o seu desempenho.

---

<sup>11</sup> Lei 8.213/1991: Artigo 11º, § 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados.

As doenças profissionais relacionam-se com o tipo de atividade e a função desempenhada, devendo-se provar o nexo causal existente entre o agente patogênico previsto no Anexo II do Decreto nº 3.048/99<sup>12</sup> com o exercício da atividade e o desenvolvimento da doença. Como exemplo de doenças profissionais, temos o saturnismo, que decorre da intoxicação provocada pelo chumbo, e a silicose, decorrente do contato com a sílica. A lista prevista no Anexo II do Decreto nº 3.048/99 é exemplificativa, ou seja, reconhecida a causalidade com doença não listada pela previdência social, o segurado fará jus ao benefício, independentemente da sua previsão na lista.

Já a doença do trabalho é desencadeada em função das condições nas quais o trabalho é desenvolvido, como, por exemplo, desempenho de função profissional com postura inadequada, excesso de movimentos repetitivos ou presença de ruído excessivo, também existindo rol indicativo no Anexo II do Decreto nº 3.048/99. Logo, a doença do trabalho, em regra, não apresenta relação imediata de causa e efeito, sendo esse o caso da disacusia (surdez) que pode decorrer pelo trabalho durante anos em ambiente laboral ruidoso e pode atingir diversas profissões como professores do ensino infantil, metalúrgicos, serralheiros, operadores de britadeira, dentre outras.

O parágrafo primeiro do artigo 20 da Lei nº 8.213/1991 aduz que não são consideradas como doenças do trabalho a “doença degenerativa, a inerente a grupo etário, a que não produza incapacidade laborativa e a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva”. Nessa última hipótese, caso se comprove que a doença endêmica decorre da exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho, a mesma poderá ser enquadrada como doença laboral.

O critério legal para a definição da relação entre o adoecimento incapacitante e as condições de trabalho decorre do nexo técnico previdenciário que pode ser de 03 (três) espécies.

O primeiro é o nexo técnico profissional ou do trabalho, baseado nas junções de patologias e de exposições ocupacionais conforme a profissiografia do segurado, constantes das listas A e B do anexo II do Decreto nº 3.048/99.

Já a segunda espécie é o nexo técnico por doença equiparada a acidente de trabalho ou nexo técnico individual, utilizado nos casos de acidentes de trabalho típicos ou de trajeto, assim como de condições especiais nas quais o trabalho é realizado.

---

<sup>12</sup> BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.

Por fim, tem-se o nexó técnico epidemiológico previdenciário (NTEP) constante da lista C do anexo II do Decreto nº3.048/99 e utilizado na hipótese de significância estatística da combinação entre a entidade mórbida geradora da incapacidade e a atividade econômica da empresa na qual o segurado encontra-se vinculado.

O principal instrumento para a comprovação do nexó individual é a apresentação da Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) pelo segurado no instante da perícia médica previdenciária. Já em relação aos nexos técnicos profissional e epidemiológico, a comprovação decorre dos aspectos coletivos de adoecimento e está sujeita à indicação do Sistema de Administração de Benefícios por Incapacidade (SABI) da autarquia previdenciária, no caso o INSS.

A classificação do tipo de Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), se CAT inicial, CAT reabertura ou CAT comunicação de óbito, decorre do Manual de Instruções para o preenchimento da Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT) do INSS.

Os acidentes de trabalho são comunicados ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) por meio da CAT, a qual deve ser preenchida pela pessoa jurídica responsável pelo empregado e registrada junto ao INSS até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência, ainda que tal acidente não gere o afastamento do obreiro das suas atividades ordinárias.

Nos casos em que o acidente de trabalho acarreta o óbito do trabalhador, a autoridade policial competente também deverá ser comunicada, o que deve ocorrer de forma imediata. Caso a pessoa jurídica não faça a comunicação, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, o que pode ocorrer a qualquer tempo.

A formalização por outra entidade que não a pessoa jurídica obrigada não a exime das sanções legais, especialmente da multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social em caso de não comunicação do acidente de trabalho. Como o INSS aceita o documento a qualquer tempo, o número de acidentes de trabalho pode oscilar em séries históricas.

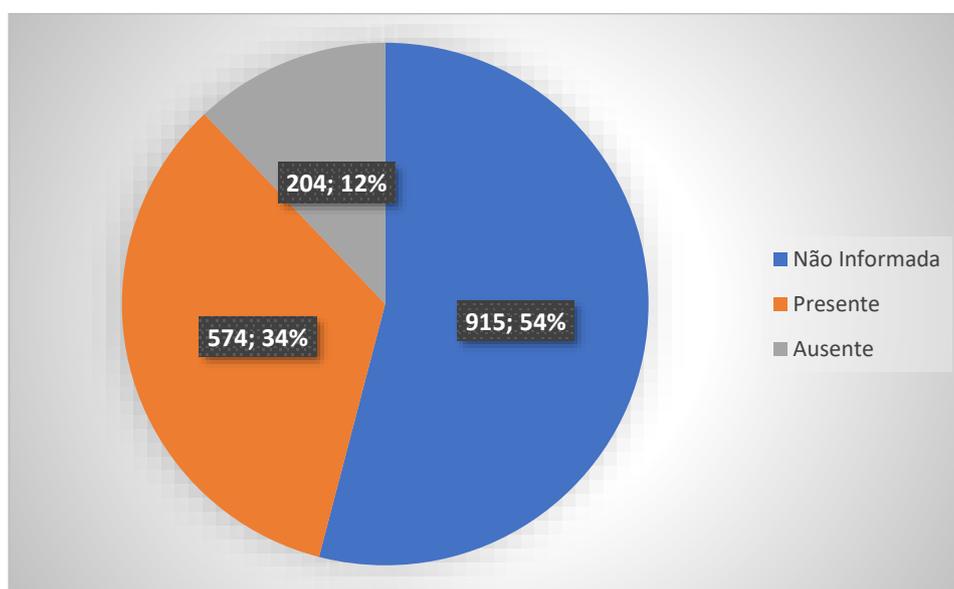
### **3. RESULTADOS**

Foram analisados 1.693 acórdãos referentes ao benefício do auxílio-doença acidentário e 1.430 acórdãos referentes ao benefício da aposentadoria por invalidez acidentária, todos julgados entre 2017 e 2018 pelas 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público do TJSP.

Registra-se que todos os gráficos elaborados no presente artigo foram feitos com base nos dados coletados pela pesquisa realizada e já descrita no campo da metodologia.

No tocante ao benefício do auxílio-doença acidentário 574 acórdãos (34% do total) afirmaram expressamente que a CAT constava dos autos enquanto outros 204 acórdãos (12% do total) expressamente afirmaram que a CAT não constava dos processos, sendo que em 915 acórdãos (54% do total) não havia qualquer informação sobre a emissão ou não da CAT, conforme se observa do gráfico abaixo:

**Gráfico 01: Análise dos acórdãos referentes ao benefício do auxílio-doença julgados entre 2017 e 2018 pelas 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público do TJSP no tocante à CAT**

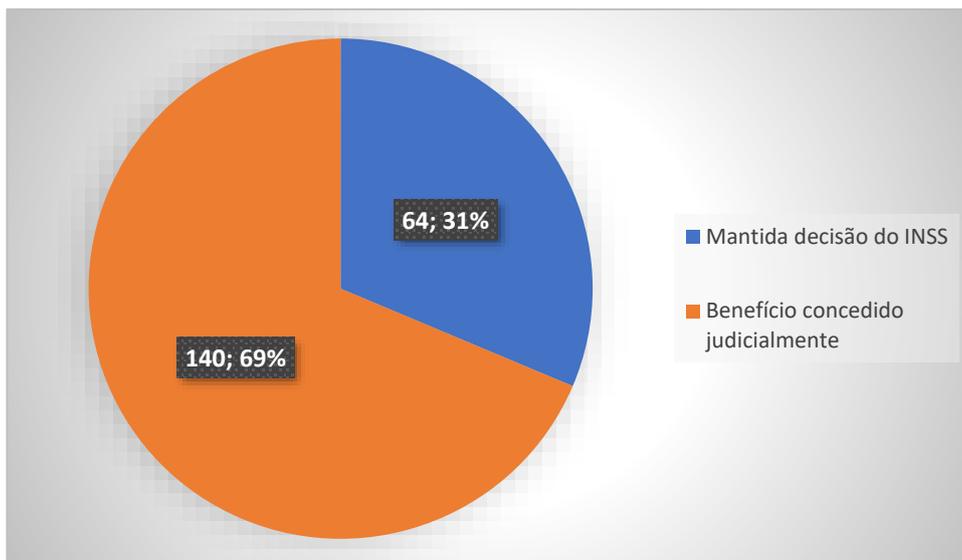


Fonte: Elaboração Própria

Quando se aprofunda a análise dos acórdãos nos quais a CAT não consta explicitamente dos autos e se correlaciona essa informação com a reversão da decisão negativa do INSS de concessão do benefício do auxílio-doença acidentário pelo TJSP, temos que o TJSP concede o benefício em 69% (sessenta e nove por cento) dos casos, mesmo expressamente não constando a CAT nos autos do processo.

Consequentemente, apesar da importância legal da CAT, a presença da mesma não se afigura como um elemento determinante para a concessão do benefício do auxílio-doença acidentário, servindo como mero reforço da comprovação do nexa causal, conforme se depreende da análise qualitativa dos acórdãos.

**Gráfico 02: Processos em que a CAT expressamente não consta e o total de reversão e manutenção das decisões do INSS pelas 16ª e 17ª Câmaras do TJSP**



Fonte: Elaboração própria

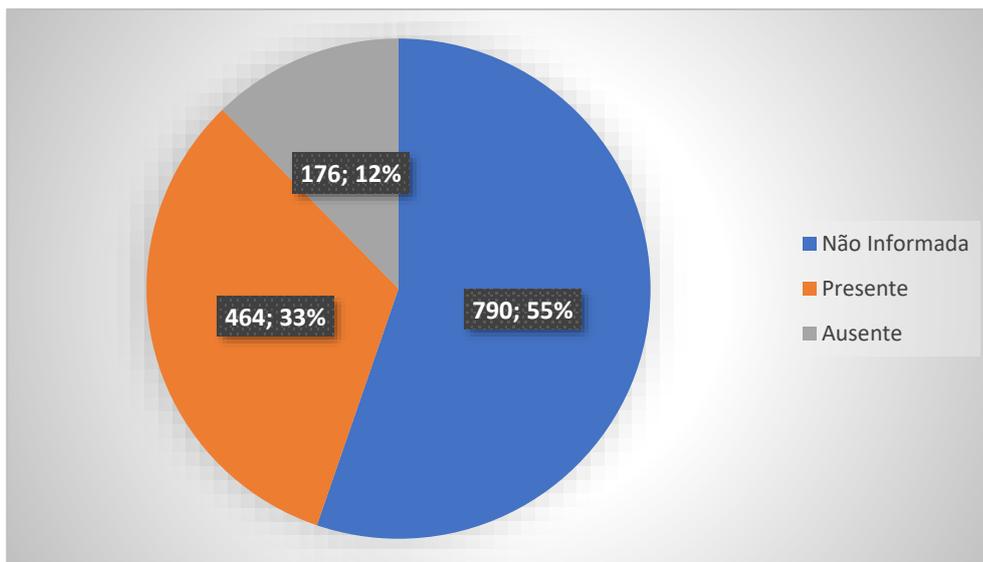
Pode-se afirmar que no período de janeiro de 2017 a dezembro de 2018, no tocante ao benefício do auxílio-doença acidentário, houve uma subnotificação de no mínimo 13% (treze por cento) dos casos.

Esse número deriva do fato que em 140 (cento e quarenta) acórdãos de um total de 1.119 (mil cento e dezenove) – soma dos casos em que não há informação com os casos em que a CAT não consta – o benefício foi concedido judicialmente.

Assim, pressupõe-se hipoteticamente que se em todos os outros acórdãos que não constasse a CAT e a decisão do INSS fosse mantida, teríamos confirmado um percentual de subnotificação de, no mínimo, 13% (treze por cento).

Já no tocante ao benefício da aposentadoria por invalidez acidentária nos anos de 2017 e 2018, os acórdãos estudados da 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público do TJSP indicaram o que se observa no gráfico abaixo:

**Gráfico 03: Análise dos acórdãos referentes ao benefício da aposentadoria por invalidez acidentária julgados entre 2017 e 2018 pelas 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público do TJSP no tocante a CAT.**



Fonte: Elaboração própria

Percebe-se dos dados consolidados que, no tocante ao benefício da aposentadoria por invalidez acidentária, os acórdãos em 55% (cinquenta e cinco por cento) dos casos não fazem qualquer menção à Comunicação de Acidente de Trabalho, em 12% (doze por cento) dos casos, ela não consta expressamente dos autos e consta expressamente a sua existência em 33% (trinta e três por cento).

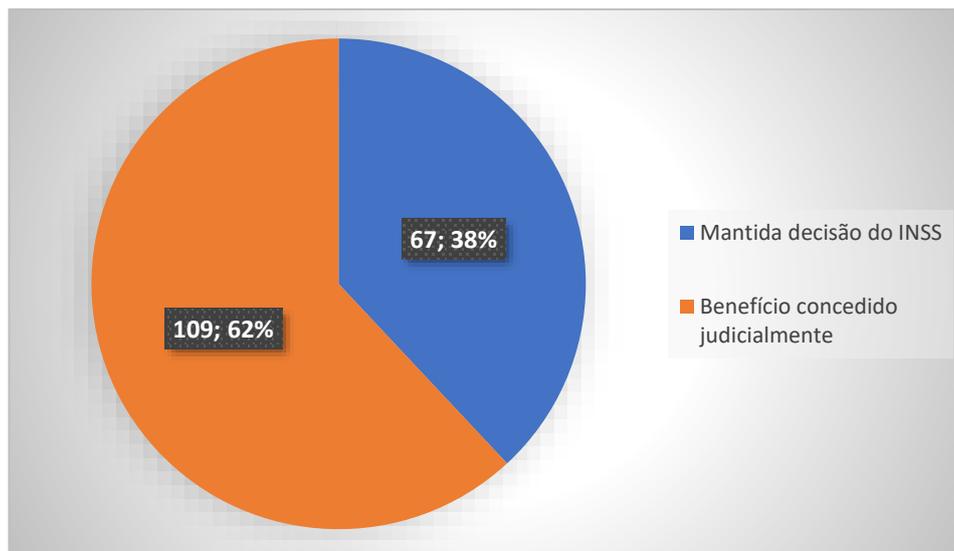
Quando se aprofunda a análise dos acórdãos nos quais a CAT expressamente não consta dos autos e se correlaciona essa informação com a reversão da decisão negativa do INSS de concessão do benefício da aposentadoria por invalidez acidentária pelo TJSP, temos que em 62% (sessenta e dois por cento) dos casos o TJSP concede o benefício, mesmo expressamente não constando a CAT nos autos do processo.

Consequentemente, apesar da importância legal da CAT, a presença da mesma não se afigura como um elemento determinante para a concessão do benefício da aposentadoria por invalidez acidentária, servindo como mero reforço da comprovação do nexo causal, conforme depreende-se da análise qualitativa dos acórdãos.

Esse achado é idêntico ao encontrado quando da análise da presença ou ausência de manifestação sobre a CAT nos acórdãos relativos ao benefício do auxílio-doença acidentário.

O gráfico abaixo indica claramente o percentual de processos em que a CAT expressamente não consta e o total de reversão e manutenção das decisões do INSS pelas 16ª e 17ª Câmaras do TJSP:

**Gráfico 04: Processos em que a CAT expressamente não consta e o total de reversão e manutenção das decisões do INSS pelas 16ª e 17ª Câmaras do TJSP.**



Fonte: Elaboração própria

No tocante a subnotificação pode-se afirmar que no período de janeiro de 2017 a dezembro de 2018, no tocante ao benefício da aposentadoria por invalidez acidentária, houve uma subnotificação de no mínimo 11% (onze por cento) dos casos.

Esse número deriva do fato que em 109 (cento e nove) acórdãos de um total de 966 (novecentos e sessenta e seis) – soma dos casos em que não há informação com os casos em a CAT não consta – o benefício foi concedido judicialmente.

Assim, se pressupõe hipoteticamente que se em todos os outros acórdãos não constasse a CAT e a decisão do INSS fosse mantida, teríamos confirmado um percentual de subnotificação de no mínimo 11% (onze por cento).

Alguns desembargadores que mencionavam as CATs em seus votos entendiam que “a concessão de benesse acidentária pode ser influenciada pela emissão de CAT - Comunicação de Acidente do Trabalho”, conforme posição do Desembargador Valdecir José do Nascimento integrante da 16ª Câmara de Direito Público, em acórdão datado de março de 2017, alertando o Desembargador, todavia, no mesmo processo que a CAT “descreve fatos por vezes inconsistentes”<sup>13</sup>.

A importância da CAT nos autos encontra-se no fato de ela poder comprovar, na opinião de alguns desembargadores, onexo causal entre o acidente e as sequelas desenvolvidas, conforme se observa de trecho do voto do Desembargador Nazir David Milano Filho, pelo qual assevera ser “incontroverso o nexo de causalidade entre o infortúnio narrado na prefacial e o

<sup>13</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: AC 0003407-60.2012.8.26.0271, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Valdecir José do Nascimento, 14 de março de 2017. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2017.

labor, notadamente diante da emissão da CAT (comunicação de acidente de trabalho)”.<sup>14</sup> No mesmo sentido, encontra-se o voto do Desembargador Carlos Monnerat, afirmando que:

o nexo de causalidade, em que pese a dúvida relatada pelo vistor judicial – parece que apenas viu a forma de trabalho e não o acidente típico narrado na inicial – está devidamente comprovado por meio da CAT emitida pelo empregador.<sup>15</sup>

Contudo, outros Desembargadores, como o Desembargador Afonso Faro Júnior, integrante da 17ª Câmara de Direito Público, no processo 1043880-41.2015.8.26.0053, julgado em agosto de 2017, entendiam que<sup>16</sup>:

a CAT Comunicação de Acidente do Trabalho é apenas um documento que informa ao INSS uma ocorrência que o emitente entende preencher os requisitos para o reconhecimento da natureza acidentária, e cabe ao INSS, sempre, investigar tecnicamente o nexo entre o trabalho e o agravo.

No mesmo sentido, o Desembargador João Antunes dos Santos Neto asseverou que “o simples fato de haver comunicação de acidente do trabalho, ainda que emitida pelo empregador, por si só, não é elemento hábil a comprovar a origem acidentária da patologia”.<sup>17</sup>

O emissor da CAT apareceu em alguns acórdãos como um ponto relevante no valor probatório do documento, pois, se emitido pelo empregador ou por autoridade pública, como os Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (CEREST), a CAT parecia ter maior valor probatório. Todavia, se emitida pelo próprio segurado, seus dependentes, ou o sindicato da categoria profissional, ela parecia ter menor valor, como pode se interpretar do seguinte trecho do voto do Desembargador João Antunes dos Santos Neto, ao enunciar que “a CAT de fls. 72 foi emitida pelo sindicato dos bancários e não pelo empregador, não havendo como se presumir o nexo etiológico”.<sup>18</sup>

O estabelecimento do nexo causal ou do nexo etiológico nos casos em que não existe a CAT nos autos pode ocorrer mediante a verificação da existência de uma concessão prévia pelo

<sup>14</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **RE 1023668-58.2014.8.26.0562**, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Nazir David Milano Filho, 10 de abril de 2018. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018.

<sup>15</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 1000096-56.2017.8.26.0663**, julgado pela 17ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Carlos Monnerat, 27 de novembro de 2017. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2017.

<sup>16</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo **AC 1043880-41.2015.8.26.0053**, julgado pela 17ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Afonso Faro Júnior, 15 de agosto de 2017. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2017.

<sup>17</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 1008165-31.2016.8.26.0625**, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. João Antunes, 05 de junho de 2018. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018.

<sup>18</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 1030135-05.2015.8.26.0114**, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. João Antunes, 25 de julho de 2017. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2017.

INSS de algum benefício acidentário, como bem indica o voto do Desembargador Nuncio Theophilo Neto, ao salientar que “quanto ao nexo causal, em que pese a ausência de CAT, houve a concessão de benefício acidentário, circunstância que evidencia o reconhecimento do liame de causalidade pelo INSS”.<sup>19</sup>

Assim, podemos afirmar que os meios tradicionais de estabelecimento do nexo causal são as CAT e a prévia concessão de algum benefício acidentário pelo INSS, cujo fato gerador tenha correlação com a demanda que será analisada pelo Poder Judiciário, posicionamento corroborado pelo Desembargador Afonso Faro Júnior.<sup>20</sup> Alguns Desembargadores, inclusive, entendem que “presume-se que o INSS reconhece o nexo causal ao conceder ao obreiro auxílio-doença acidentário”,<sup>21</sup> afirmação essa feita pelo Desembargador Carlos Monnerat. No mesmo sentido, se posiciona o Desembargador João Negrini Filho, para quem “o nexo causal restou demonstrado pela concessão de auxílio-doença acidentário”.<sup>22</sup>

De forma contrária, outros desembargadores defendem a impossibilidade de qualquer presunção, como o voto do Desembargador Luiz Felipe Nogueira, ao afirmar que “para concessão do benefício acidentário, não basta a comprovação da moléstia e da incapacidade laborativa, mas, também, do nexo etiológico, o qual, na hipótese dos autos, não restou configurado e não pode ser presumido”.<sup>23</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

Ao se avaliar o conjunto normativo que regula o estabelecimento do nexo técnico, ficam evidenciados alguns fatores que dificultam seu estabelecimento dada sua disseminação por vários textos legais, especialmente a Lei nº 8.213/1991, a Instrução Normativa INSS/PRES nº 31, de 10 de setembro de 2008 (IN nº 31), o Decreto nº 3048, de 6 de maio de 1999, e o Manual

---

<sup>19</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 0049671-13.2012.8.26.0053**, julgado pela 17ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Nuncio Theophilo Neto, 15 de agosto de 2018. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018.

<sup>20</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 1038191-79.2016.8.26.0053**, julgado pela 17ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Afonso Faro Jr, 19 de setembro de 2017. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2017.

<sup>21</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 0004225-55.2016.8.26.0082**, julgado pela 17ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Carlos Monnerat, 17 de abril de 2018. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018.

<sup>22</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 0010682-85.2012.8.26.0586**, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. João Negrini Filho, 13 de novembro de 2018. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018.

<sup>23</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 0008997-13.2009.8.26.0533**, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Luiz Felipe Nogueira, 08 de maio de 2018. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018.

de Instruções para o preenchimento da Comunicação de Acidente do Trabalho de maio de 1999 do INSS.

Ademais, quando se analisa idênticas situações pelas normas vigentes, conflitos normativos são percebidos, como a decorrente da alínea *c* do parágrafo 1º do artigo 20, da Lei nº 8.213/1991, que estabelece não ser considerado doença do trabalho a que não produza incapacidade laborativa. Logo, quando há contato entre o sangue de um profissional da saúde em decorrência de uma pequena ferida em sua boca e o jato de sangue de um paciente internado que acerta o rosto do profissional, entende-se que não há incapacidade laborativa, mas o item 32.2.3.5 da NR 32 indica que nesses casos, considerando o risco biológico, independentemente do afastamento do profissional, deve ser emitida a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT).

Outro exemplo pode ser o trabalhador que sobreviva a uma catástrofe natural, como deslizamentos de terras em virtude de fortes chuvas, o que se caracteriza como acidente de trabalho e com o passar do tempo, em virtude exclusivamente desse acidente, ele desenvolva o Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT). Nesse caso, a única forma de estabelecimento donexo causal entre o acidente laboral e a doença desenvolvida é o conhecimento prévio do deslizamento e a presença do segurado nesse local. Ocorre que o evento catastrófico não apresenta trâmites padronizados via protocolo oficial para comunicação, o que gera subnotificação e torna mais difícil o reconhecimento do nexocausal, principalmente ante considerável decurso temporal.

Além dos apontamentos acima o modelo atual da Comunicação de Acidente de Trabalho sofre resistência de aceitação pelo Poder Judiciário, demandando um novo estudo sobre a sua eficácia dentro do arranjo de proteção acidentária, uma vez que no tocante ao benefício do auxílio-doença acidentário, os acórdãos em 54% (cinquenta e quatro por cento) dos casos não fazem qualquer menção à Comunicação de Acidente de Trabalho e quando se aprofunda a análise dos acórdãos nos quais a CAT não consta explicitamente dos autos (12% do total dos casos de auxílio-doença), temos que em 69% (sessenta e nove por cento) desses casos o Tribunal de Justiça de São Paulo concede o benefício.

Situação semelhante ocorre quanto ao benefício da aposentadoria por invalidez, uma vez que 55% (cinquenta e cinco por cento) dos casos não fazem qualquer menção à Comunicação de Acidente de Trabalho e nos 12% (doze por cento) dos casos nos quais ela não consta expressamente dos autos, temos 62% (sessenta e dois por cento) de concessão do benefício.

Tais números confirmam a hipótese deste artigo, impondo a necessidade de um repensar sobre o sistema, simplificando o preenchimento dos instrumentos de notificação, disponibilizando vídeos explicativos em plataformas virtuais orientando os procedimentos e revisando os fluxos burocráticos com transparência.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.
- BRASIL. **Decreto nº 7.602, de 7 de novembro de 2011.** Dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7602.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7602.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.
- BRASIL. **Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967.** Integra o seguro de acidentes do trabalho na previdência social. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L5316.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5316.htm)> Acesso em: 20 jun.2023.
- BRASIL. **Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977.** Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à segurança e medicina do trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6514.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.
- BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.
- BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 20 jun.2023.
- BRASIL. Ministério da Previdência Social (MPS). **Anuário Estatístico da Previdência Social 2017.** Brasília: MPS, 2017. Acesso em: 20 jun.2023.
- BRASIL. Ministério da Previdência Social (MPS). **Anuário Estatístico da Previdência Social 2017.** Brasília: MPS, 2021. Acesso em: 20 jun.2023.
- BRASIL. **Portaria nº 917, de 30 de julho de 2019.** Dispõe sobre a criação de grupo de trabalho para revisão da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST.

Disponível em: <[https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-portarias/2019/portaria\\_seprrt\\_917\\_pnsst.pdf](https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-portarias/2019/portaria_seprrt_917_pnsst.pdf)>. Acesso em: 20 jun.2023.

CABRAL, Lenz Alberto Alves. **Abre a CAT?:** nexos casual no acidente do trabalho/ doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2011.

CUSCIANO, Dalton Tria. **Acidentes de trabalho no Brasil:** história, regulação e judicialização. 2020. 316 fl. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Eaesp, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020.

CUSCIANO, Dalton Tria. **A Trajetória Normativa da Seguridade Social no Brasil.** Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

CUSCIANO, Dalton Tria. A judicialização do acidente de trabalho e a competência jurisdicional no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, 10, 1–25. 2023.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Amostras por Domicílio (PNAD), 2013. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=1878&z=pnad&o=3&i=P>>. Acesso em 15 jan. de 2021.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Causas da sonegação da comunicação de acidente do trabalho: CAT. **Revista Ltr:** legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 75, n. 5, p. 519-529, maio 2011.

PERSIANI, Matia. **Direito da Previdência Social.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OBSERVATÓRIO DIGITAL DE SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO – Smartlab de Trabalho Decente MPT - OIT. 2019. Disponível em: <<http://observatoriosst.mpt.mp.br>> Acesso em: 10 jan. de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 0003407-60.2012.8.26.0271**, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Valdecir José do Nascimento. São Paulo, 14 de março de 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10265134&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **RE 1023668-58.2014.8.26.0562**, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Nazir David Milano Filho, 10 de abril de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11385381&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 1000096-56.2017.8.26.0663**, julgado pela 17ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Carlos Monnerat, 27 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=12040503&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 1008165-31.2016.8.26.0625**, julgado pela

16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. João Antunes, 05 de junho de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11518450&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo **AC 1043880-41.2015.8.26.0053**, julgado pela 17ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Afonso Faro Júnior, 15 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10699327&cdForo=0&->>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 1030135-05.2015.8.26.0114**, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. João Antunes, 25 de julho de 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10641022&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 0049671-13.2012.8.26.0053**, julgado pela 17ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Nuncio Theophilo Neto, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10702296&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 1038191-79.2016.8.26.0053**, julgado pela 17ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Afonso Faro Jr, 19 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10807846&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 0004225-55.2016.8.26.0082**, julgado pela 17ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Carlos Monnerat, 17 de abril de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11378394&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 0010682-85.2012.8.26.0586**, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. João Negrini Filho, 13 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12005773&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 0008997-13.2009.8.26.0533**, julgado pela 16ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Luiz Felipe Nogueira, 08 de maio de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11439074&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun.2023.

SYCHENKO, ELENA et al. Dismissal Protection in the BRICS Countries in Light of ILO Convention n°. 158. **BRICS Law Journal**, v. 6, n. 4, p. 34-66, 2019.

SYCHENKO, ELENA et al. Non-Standard Employment in the BRICS Countries. **BRICS Law Journal**, v. 7, n. 4, p. 4-44, 2020.

**Submissão: 01/06/2021 Aprovação: 26/06/2023**

## PRETERIÇÃO DO DIREITO À VIDA DO IDOSO NA PANDEMIA DA COVID-19 À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUAL CONSIDERAÇÃO DE INTERESSES

*PRETERITION OF THE RIGHT TO LIFE OF ELDERLY PEOPLE IN THE PANDEMIC OF COVID-19 IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF EQUAL CONSIDERATION OF INTERESTS*

*Marcia Bittencourt Barbosa Matias<sup>1</sup>*  
Universidade Católica da Bahia

*Mônica Neves Aguiar da Silva<sup>2</sup>*  
Universidade Federal da Bahia

### **Resumo:**

O presente artigo de revisão utiliza o método dedutivo e pesquisa qualitativa, por meio de uma análise da macro situação fática em confronto com a sedimentada teoria do princípio da consideração de interesses de Peter Singer. Por meio da pesquisa, avalia-se a possibilidade de salvaguardar a vida de um jovem em relação a um idoso de 80 anos, por exemplo, na pandemia da COVID-19, ao garantir, preferencialmente, ao mais jovem, o uso do respirador. Avalia-se a possibilidade de preterição à vida do idoso em relação a um jovem, em uma eventual falta de ventiladores mecânicos, na pandemia da COVID-19. Inicialmente, parte-se para a contextualização da problemática. Em seguida, apresenta-se o contexto normativo jurídico e ético, no qual, aborda-se o princípio da sacralidade da vida como um instrumento para conter a malversação do biopoder. Em um terceiro momento, apresenta-se a trajetória evolutiva do Utilitarismo. Por fim, após analisar o princípio de igual consideração e interesses de Peter Singer à luz da alteridade, no caso de uma insuficiência de leitos UTI, na Pandemia da COVID-19 e a decisão entre a vida de um idoso e a vida de um jovem, conclui-se que o mesmo é uma alternativa prática para resguardar o direito fundamental à vida do idoso, uma vez que não coaduna com o uso de quaisquer discriminantes no tratamento de interesses entre indivíduos.

### **Palavras-chave:**

Direitos de 1ª dimensão. Direitos de Liberdade. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Escassez de recursos.

### **Abstract:**

This review article uses the deductive method and qualitative research, through an analysis of the macro factual situation in confrontation with the sedimented theory of the principle of consideration of interests by Peter Singer. Through the research, the possibility of safeguarding the life of a young person in relation to an 80-year-old person is evaluated, for example, in the COVID-19 pandemic, by guaranteeing, preferably, the use of a respirator to the younger person. The possibility of preterition to the life of the elderly in relation to a young person is evaluated, in the event of a lack of mechanical ventilators, in the COVID-19 pandemic. Initially, the problem is contextualized. Then, the legal and ethical normative context is presented, in which the principle of the sacredness of life is addressed as an instrument to contain the misuse of Biopower. In a third moment, the evolutionary trajectory of Utilitarianism is presented. Finally, after analyzing Peter Singer's principle of equal consideration and interests in the light of otherness, in the case of a shortage of ICU beds, in the COVID-19 Pandemic and the decision between the life of an elderly person and the life of a young person, it is concluded that it is a practical alternative to safeguard the fundamental right to life of the elderly, since it is not consistent with the use of any discriminants in the treatment of interests between individuals.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Fundamentais e Alteridade pela Universidade Católica da Bahia. Pós-Graduada em Direito do Estado (2010). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Bahia (2006). Procuradora Jurídica do Município de Camaçari.

<sup>2</sup> Doutra em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia (2000). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1980). Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Católica do Salvador (1980); Graduada em Psicologia pela Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública da Bahia. Atualmente é professora associada da Universidade Federal da Bahia. Professora do Mestrado em Direito da UCSal. Juíza Federal Aposentada.

**Keywords:**

1st dimension rights. Rights of Freedom. Fundamental rights. Human rights. Shortage of resources.

**1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Hodiernamente, vê-se diante da possibilidade de um colapso no sistema público de saúde, haja vista a pandemia da COVID – 19, que se propagou em nível mundial, desde o final do ano de 2019. Frente a esse fato, torna-se relevante um estudo para identificar e discutir aspectos normativos e da Bioética, em relação à priorização do atendimento médico do jovem, na Unidade de Terapia Intensiva, em detrimento do idoso, em eventual escassez de ventiladores mecânicos.

De uma forma clarividente, o texto induz ao leitor a avaliar a possibilidade de salvaguardar a vida de uma pessoa mais jovem, por exemplo, de uma criança ou adolescente, em detrimento da vida de um idoso de 80 anos, tendo em vista a maior expectativa de vida da pessoa mais jovem, em uma situação de pandemia, na qual prepondera a escassez de recursos de saúde essenciais para a sobrevivência do ser humano.

Assim, considerando a Bioética como uma ciência que trata dos fundamentos éticos relacionados à vida, e não restritos à vida biológica e refletindo-se sobre o direito de igualdade previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, há um direito preferencial de pacientes jovens em relação a idosos para admissão na UTI? Poder-se-ia adotar critérios clínicos etários para limitar o acesso à Unidade de Terapia Intensiva? Uma vida pode valer menos do que a outra por critérios discriminatórios, ainda que em situação de caos? Os seres humanos podem, nos ditames da referida ciência, ser vistos sob uma perspectiva aquém do ser?

Neste sentido, partindo da premissa de que o Utilitarismo visa ao estudo dos propósitos da ação eticamente concebida, pretende-se uma análise ética e normativa da situação aventada, a partir do uso do método dedutivo, pesquisa qualitativa e referencial teórico do utilitarismo de Peter Singer, notadamente, do princípio de igual consideração e interesse.

Por outro lado, além de se estabelecer, inicialmente, uma contextualização do problema, e em seguida, analisar os seus aspectos jurídicos normativos, observa-se a necessidade do resgate em um segundo momento, para melhor compreensão do objetivo proposto, da importância do princípio da sacralidade da vida contra a violação de terceiros, como um instrumento de permitir a adequação do ordenamento jurídico à capacidade evolutiva da sociedade humana biopoder.

A partir desse contexto, o artigo faz uma avaliação da trajetória, pela qual, passou a

teoria utilitária, para então, adentrar na análise da aplicação do princípio de igual consideração e interesse sob a ótica da alteridade como uma alternativa prática para salvaguardar o direito fundamental à vida do idoso, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2. CONTEXTUALIZANDO A PROBLEMÁTICA

A possibilidade de um colapso do sistema de saúde, em face da pandemia do coronavírus, pode anunciar uma crise no sistema socioeconômico, como também nos coloca diante de um eventual enfrentamento de questões ético-normativas para a tomada de decisão dos profissionais que lidam com a Bioética, como uma resposta à sociedade.

No contexto alertado, em que há uma situação de carência de recursos, é possível priorizar atendimento a um jovem na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em detrimento de um idoso, ainda que ambos apresentem a mesma situação clínica crítica? Pode-se impor políticas utilitaristas que promovam tratamento discriminatório relativo à idade, entre seres humanos, quanto ao bem da vida, baseadas em argumentos com justificativas de favorecimentos econômicos, sociais e políticos em uma democracia pluralista? Qual critério ético-médico mais adequado para a “escolha de “Sofia”? No panorama normativo-jurídico e de acordo com os vetores da Bioética, o critério idade pode ser considerado um interesse colocado em jogo, quando se trata do direito fundamental à vida? Coloca-se em discussão se o fator idade pura e simplesmente, em uma hipótese normativa geral, poderia afastar o idoso da UTI, ao passo em que, a depender do estado clínico, em situação normal lhe é concedido o atendimento prioritário. Será que não estamos confundindo estado de guerra com uma má instrumentalização do Biopoder? Por que colocar esse peso todo em cima dos idosos, uma vez que a Constituição e outras leis, tais como a Lei de Políticas Públicas e Estatuto do Idoso, asseguram-lhes, indistintamente e com prioridade, o acesso ao sistema de saúde?

Um aspecto necessário para a compreensão é apontar, que nos termos do artigo 5º da resolução do Conselho Federal de Medicina Brasileiro-CFMB 2156/16, publicada no Diário Oficial da União em 17 de novembro de 2016, a Unidade de Terapia Intensiva (UTI) destina-se à recuperação de pacientes com disfuncionalidades orgânicas, que podem acarretar a morte, mas possuem chance de recuperação (CFM, 2016). Esclarece, Leo Pessini: as “admissões em UTI devem estar fundamentadas em avaliação apurada sobre as chances de recuperação, considerando as melhores práticas clínicas” (PESSINI; SIQUEIRA, 2019, p.31).

Assim, a referida resolução CFMB 2156/2016, não somente estabelece parâmetros para admissão e alta em UTI, como também o Artigo 2º conclui que o ato de admissão é um ato

médico e de responsabilidade do intensivista, uma vez que as decisões de triagem são concernentes à rotina do médico. Neste sentido, fica inequívoco que cabe ao médico intensivista o encaminhamento do paciente fundamentado em indicações médicas.

Por sua vez, de forma mais específica, no artigo 6º da resolução n. 2156 da CFMB/2016, foi elencada uma gama de critérios encadeados e sucessivos para a admissão do paciente na UTI, entre os quais, não consta a idade. O que se vê, é o estabelecimento de uma ordem gradativa de precedências, justificada, prioritariamente, pela necessidade de suporte à vida do paciente, chance de recuperação e ausência de suporte terapêutico. O Artigo 9º da resolução retro afirmada corrobora com o entendimento disposto pela norma, quando determina que as decisões para admissão na UTI sejam de forma explícita e que não indiquem o uso de preceitos discriminatórios para justificá-las.

Esta, também, é a explicação conferida pela Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia, a qual manifestou cautela para a adoção de critérios que utilizem a idade como limite para o acesso à UTI. Sugere, portanto, a elaboração de um protocolo clínico que enseje uma triagem ética e que obedeça aos ditames de isonomia e proibição de discriminação previstos na Constituição Federal e outros conteúdos normativos do Ordenamento Jurídico. Para tanto, indica a adoção do fator clínico, denominado ECOG (Eaerthn Cooperative Oncology Group), “[...] bastante conhecida no meio médico, de fácil aplicação e neutra para a população geriátrica.” (AMIB, 2020, n.p.). Realça, ainda, que o respirador não é fator determinante para minimizar a situação dos pacientes em estado grave (AMIB, 2020).

Na ponta do asseverado, embora a resolução 2156/2016 do Conselho Federal de Medicina Brasileiro, endosse parâmetros específicos para prioridade e permanência na internação em UTI, de acordo com as condições prognósticas de recuperação, deixa a cargo do médico uma análise final da decisão, após a alteração trazida pelo Artigo 5º da resolução CFMB n. 2271/2020, publicada em 23 de abril de 2020, segundo o qual “ a responsabilidade ética e técnica quanto às decisões concernentes ao diagnóstico e ao tratamento realizados nos pacientes internados nas UTI/UCI ” pertencem ao médico.

Um argumento mensurável na análise do problema é que não há evidências de que a idade, por si só, possa afastar o direito dos idosos à ventilação mecânica. Segundo Yolanda Moreira et. al., em uma revisão de artigos e periódicos da Capes, Mdconsult, Medline, Scielo, Lilacs, Bireme e Pubmed, publicados no período de janeiro de 1990 a março de 2009, não foi constatado que a idade isolada pode ser levada em consideração para afastar o idoso da ventilação mecânica. Outros fatores interferem, tais como: as comorbidades, o tempo de ventilação mecânica, entre outros (AZEREDO; MOREIRA; CALDAS, 2010, p.299).

Contradições ainda são encontradas na literatura sobre a associação do envelhecimento com prognóstico do desmame da ventilação mecânica, porém a gravidade da doença, as comorbidades, o tempo de ventilação mecânica e a capacidade funcional prévia podem estar primária e prioritariamente mais ligados à mortalidade do que a idade isolada. (AZEREDO; MOREIRA, CALDAS, 2010, p.299).

Deste modo, além de uma oportunidade para reflexão sobre os questionamentos apontados, o aprofundamento do problema exposto é importante, pois envolve o interesse jurídico fundamental de uma população que cresce a cada ano.

Segundo dados do IBGE, a população brasileira de idosos é de 28 milhões, representando assim 13% de toda população brasileira e dobrará em duas décadas (PARISSE; MARLI, 2019, p.3). De outro turno, os governos se mobilizaram com o intuito definir critérios de atendimentos emergenciais para uma hipótese de insuficiência de leitos de UTI, bem como, alertar a importância do isolamento como melhor opção terapêutica.

Com apoio da comissão de Bioética, em uma hipótese de situação crítica na pandemia, o governo argentino divulgou, previamente, nos meios de comunicação, a elaboração de um protocolo para evitar situações como as que ocorreram na Itália, em que os idosos foram preteridos em relação aos mais jovens, diante da escassez de leitos (CARNEIRO, 2020, p.3). Deste modo, pretendeu minimizar o sofrimento prévio de pacientes com menos de 65 anos e conscientizar a população de que o isolamento não é férias (MON, 2020, p.2).

O governo portenho sustenta, ainda, que não adotará o critério de idade como pré-requisito de admissão ou quaisquer outros critérios de discriminação. Contudo, compulsando o documento, observa-se que se excluem da ventilação mecânica, pacientes com mais de 80 anos com comorbidades, ao passo em que assegura o acesso à UTI aos pacientes entre 70 e 80 anos sem comorbidades notáveis ou com comorbidades em uma fase diferida. Destaca-se, também, que o documento não faz nenhuma referência ao paciente com mais de 80 anos sem comorbidade, com comorbidades notáveis e diferidas (CABRÉ; CASADO, 2020).

Assim, verificando-se os termos concretizados no protocolo, observa-se uma contradição na fala do governo argentino. O documento, ainda que elaborado sob a supervisão da comissão de Bioética referida, tem falhas normativas éticas, na medida em que permite adotar um viés eugênico, sem garantir de forma objetiva e equitativa, o acesso dos idosos com mais de 80 anos e com comorbidades, à UTI. Neste sentido, viola o princípio da igualdade material (MAUES, 1999, p.53-54) e, conseqüentemente, o direito fundamental à vida, cuja proteção se estende ao próprio Estado (ALEX, 2008, p.198-200). Conquanto, seguindo o pensamento de Singer, em uma situação como esta, na qual o sujeito encontra-se em desvantagem por um aspecto específico inerente a sua característica pessoal - a idade - é

possível conceder um adequado tratamento moral da ação. Para tanto, é necessário desprezar conteúdos de caráter discriminatório como idade, sexo, raça e mensurar, igualmente, o interesse de todos os envolvidos (SINGER, 2002, p.80).

O que não parece racional, moral, ético ou justo é amparar-nos em parâmetros que conduzam o outro a uma desvantagem, restringindo-lhe a oportunidade de usufruir de direitos tão essenciais como o direito à vida, sobretudo, sendo os mesmos de conteúdo discriminatório. Apesar disso, há quem argumente que a igualdade é factóide, justificando que o sistema naturalmente é segregacionista, porque alimenta-se da existência das diferenças entre ricos e pobres, deficientes e não deficientes, idosos e jovens. Conquanto, com inspiração na dialética hegeliana e no pluralismo de interesses de uma nação democrática como o Brasil, é preciso valer-se da aplicação de uma determinada regra para dirimir demandas divergentes de um tratamento equânime, face aos interesses de todos afetados pela mesma. Isto porque, foi na exaltação discriminatória das diferenças, que o nazifascismo, justificado pela superioridade da raça ariana e no bem-estar desta maioria, fez com que Adolf Hitler dizimasse judeus, deficientes e outros (AGAMBEN, 2007, p.121-147).

De outro turno, no Brasil, começando pelo o governo do Estado do Rio de Janeiro, observando o crescimento dos casos de COVID-19, frente à insuficiência de respiradores, é estudado um protocolo para a escolha do paciente que ocupará a vaga na UTI. À priori, a análise ocorrerá de acordo com os critérios médicos, para os quais serão atribuídas pontuações a cada órgão humano em funcionamento, especificamente, até seis órgãos.

Porém, como critério de desempate, será utilizada a idade biológica; desta forma, os mais jovens, com até 60 anos, terão prioridade em relação aos que possuem entre 61 e 80 anos.

Alerta, ainda, que o documento tem fundamento nos “Princípios de Triagem em Situações de Catástrofes”, da Associação de Medicina Intensiva Brasileira e no protocolo publicado no “Journal of the American Medical Association”. (GRINBERG; ALTINO; CAPPELLI, 2020, p.2).

Em terras nordestinas, o governo pernambucano, inicialmente, acompanhando as recomendações do Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco-CREMEPE, determinou a adoção de critérios clínicos, pelos quais, na falta de recursos, os mais jovens e as grávidas seriam priorizados em detrimento dos mais idosos (FELIZARDO, 2020, p.3). Contudo, mais adiante, o mesmo Conselho recomenda aos médicos desse estado, a adoção do critério ECOG (Eaertn Cooperative Oncology Group), neutro ao fator idade, além de definir que o critério etário não pudesse ser usado para hierarquização de prioridade, a não ser em relação a pacientes com mesmo score, a partir da recomendação n. 5 de 27 de abril de 2020.

Com o posicionamento do governo argentino e de alguns estados brasileiros, além da falta de consenso entre as organizações médicas com mais propriedade, cabe analisar a possibilidade, dentro do contexto normativo jurídico nacional e internacional e dos preceitos da Bioética, notadamente, o princípio ético de igualdade consideração e interesse de Peter Singer e Alteridade, de os governos estabelecerem hipóteses normativas para a exclusão de pessoas, utilizando o critério: idade biológica.

Isto posto, o Conselho Federal de Medicina do Ceará afirma, ao exarar o parecer 27/2009, que “o atendimento prioritário dos pacientes, à luz do entendimento médico considera o risco e o sofrimento a que eles estejam sujeitos. A prioridade pelo estado do paciente está arbitrada pelas legislações existentes, as quais os médicos têm que prestar obediência.” (CREMEC, 2009, p.3). Assim, por este argumento, justifica-se o atendimento prioritário aos idosos nas emergências. Contudo, nesse ponto encontra-se o perigo, uma vez que em períodos de turbulência, os governos totalitários estabeleceram normas, cujos conteúdos afrontavam os direitos fundamentais, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana.

## **2.1 Contexto normativo**

Para a construção de um discurso racional sobre a possibilidade da escolha preferencial de uma pessoa mais jovem em detrimento de outra mais velha, adentra-se o conteúdo normativo consagrado pelo ordenamento jurídico no plano nacional e internacional.

Em primeiros passos, é preciso observar que, na esfera principiológica, a Constituição Federal, no art. 5, caput, estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem quaisquer conteúdos discriminatórios e a tutela do direito fundamental à vida contra a violação de terceiros, incluído o próprio Estado se, porventura, apontar critérios de exceção no que tange a este direito (BASTOS, 2009, p.3). Repousa no Estado a responsabilidade de proteger e defender, em uma perspectiva macro e com seus múltiplos instrumentos, a vida humana, incontestavelmente.

Nesse panorama, a inviolabilidade é evidente, mas é preciso consignar que a Constituição admite a disponibilidade desse direito, que consiste na sua tangibilidade quando for atingida a dignidade existencial do titular. A título de esclarecimento, esse é o caso da recusa de tratamento para as Testemunhas de Jeová, da eutanásia e da distanásia, em que, conjugando-se os princípios da autonomia e alteridade, admite-se a flexibilização do direito à vida para resguardar a dignidade existencial do ser humano. (AGUIAR; MEIRELLES, 2018, p.131).

Porém, destaca-se que o direito fundamental à vida, como qualquer outro direito essencial, deve, antes de tudo, garantir a dignidade da pessoa humana. Esta, por sua vez, com o

propósito de permitir a adequação do ordenamento jurídico à capacidade evolutiva da sociedade humana, e, conseqüentemente, garantir a efetividade dos direitos fundamentais, foi instituída com um conteúdo aberto. (VERAS, 2016, p.197). Na esteira disso, para Ingo Sarlet, a dignidade pode ser entendida como “qualidade intrínseca da pessoa humana, pois é irrenunciável, inalienável e constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado,” (SARLET, 2019, p.51) que o faz merecedor de igual consideração da comunidade e do Estado. Para Mônica Aguiar e Ana Thereza Meireles, seguindo o pensamento capitaneado por Ingo Sarlet, não há um conceito específico, objetivo ou taxativo para a dignidade, fato este que permite uma adaptabilidade a diversas situações da vida, em que seja necessária a defesa de direitos fundamentais. AGUIAR; MEIRELLES, 2018, p.133). Na mesma esteira, Alexandre de Moraes entende que o Estado não pode se eximir de um tratamento igualitário para todos, em relação ao Estado com os demais, ou entre os próprios semelhantes. (MORAES, 2003, p.50-51). Não obstante, o majoritário entendimento para uma abertura semântica da dignidade, com o qual coadunamos, para propiciar uma adaptação cultural dos direitos fundamentais, há quem entenda que se faz necessária uma delimitação mínima de seu conteúdo em homenagem a segurança jurídica (ALMEIDA, 2012, p. 125).

Contudo, visto o conteúdo normativo principiológico constitucional e antes de adentrar no eixo legislativo constitucional e infraconstitucional nacional, põe-se em destaque o contexto normativo internacional que muito contribuiu para os avanços da proteção dos direitos dos idosos na esfera nacional. Nesta lógica, no âmbito normativo internacional, a fim de assegurar a igualdade material aos idosos e efetivar sua proteção, sucederam-se diversos documentos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos dos Direitos Culturais, as Recomendações da 1ª Conferência Internacional sobre Envelhecimento (Conferência de Viena), o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador, entre outros documentos. Vale ressaltar ainda, que a Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e membros de suas famílias, de 1990, não admite discriminação relativa à idade e a resolução 46/91 reverbera a necessidade de assegurar a dignidade do idoso e a efetivação dos direitos fundamentais (CARDOSO *et al.*, 2017, p.4-5; LEMOS JUNIOR, LELIS, 2018, p.168).

Na esfera nacional, não há carência de instrumentos normativos que reconheçam a vulnerabilidade dos idosos e estabeleçam amparos solidários, integração efetiva na sociedade, assim como, o estímulo de políticas públicas para a integração da sociedade aos seus problemas. À luz do Artigo 230 da Constituição Federal, do Art. 3º da Lei 8842/1994 (Política Nacional

do Idoso) e da Lei 10741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa), o Estado e a sociedade são responsáveis em assisti-los na defesa do direito à vida, à dignidade, ao bem-estar, à participação na comunidade e à promoção de políticas públicas, com o objetivo de assegurar sua autonomia, integração e participação na sociedade. O Artigo 3º III da Lei 8842/1994 não acata qualquer forma de discriminação e o Artigo 3º da Lei 10741/2003, um dos maiores avanços legislativos para a dignidade do idoso, no mesmo caminho da Constituição, reforça a tutela dos seus direitos fundamentais. O referido artigo sustenta a dignidade em congruência com suas limitações físicas e intelectuais, ao passo que o Art. 3º do citado Estatuto, torna incontestável o tratamento preferencial nos estabelecimentos públicos e privados, a destinação de recursos públicos para áreas relacionadas à proteção do idoso, as formas alternativas de participação e a garantia de serviços de saúde e assistência social à rede pública. Como se não bastassem tantos argumentos favoráveis à dignidade do idoso, à vida, ao respeito, o Art. 196 da Constituição Federal garante a todos o direito à saúde, além de compactuar com a distribuição equitativa e igualitária dos seus recursos.

Neste prisma, diante do amplo arcabouço normativo asseverado, é pertinente a análise do ato ou norma, sob o aspecto ético e moral da preterição do idoso em situação de escassez de recursos de saúde pública durante uma pandemia. Argumentos de margens utilitaristas para justificá-los existem para ambos os lados.

Há os que cogitam priorizar os jovens, movidos por argumentos relacionados à superior expectativa de vida, como se o valor do indivíduo se resumisse, meramente, ao quantitativo de anos que lhe restam (LEMOS JUNIOR; LELIS, 2018, 2018, p.165). Paulo Fortes e Patrícia Pereira, por exemplo, em um estudo de caso que envolvia um idoso de 65 anos e uma criança de 07 anos, observaram que 85% dos entrevistados optaram em preservar a vida da criança. Segundo os referidos autores, os participantes apresentaram justificativas utilitaristas diversas: desde a intensidade de dor que causariam aos pais das crianças, até mesmo a expectativa de vida, ou seja, o tempo restante de vida de uma criança e de um idoso (FORTES; PEREIRA, 2012, p.336-337).

Argumentos a favor da destinação do recurso ao idoso também podem ocorrer, já que vivemos em um país, cujo desemprego de jovens é alarmante e muitos idosos são arrimo de família ou complementam renda familiar (LEMOS JUNIOR; LELIS, 2018, p.166). Micaela Pinho, por sua vez, sustenta que, em um estudo de caso justificado pelo papel contributivo, os estudantes entrevistados indicaram a priorização dos recursos de saúde em favor do adulto em detrimento da criança ou do empregado em detrimento do desempregado. Em uma visão oposta, os profissionais de saúde participantes direcionam-se aos mais jovens, argumentando que estes

oferecem uma melhor resposta ao tratamento. Alerta, a autora, sobre os devidos cuidados em relação às políticas utilitárias, apoiada em uma visão econômica, sem atentar para uma questão axiológica, nos moldes stakeholders<sup>3</sup>, para os quais o melhor esquema distributivo é o que maximiza os números de anos saudáveis de vida (PINHO, p.2016, p.3919).

Assim, pode-se afirmar que as justificativas apresentadas relativas à idade, independente das motivações, não coadunam, sem sombras de dúvida, com os princípios consagrados na Constituição Brasileira, pois revelam um teor discriminatório ao minimizar o direito do idoso à vida e por isso afrontam os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Para Hare, os problemas da ética da medicina são uma questão de moral filosófica e lá devem ser resolvidos (HARE, 1993 apud GURGEL, 2010, p.599). A convicção de uma vida moral, à luz do pensamento de Singer, é a possibilidade de se justificar racionalmente as escolhas, além de ter uma consciência “tranquila” de que se está tomando a decisão correta (ALVAREZ; FERRER, p.303).

## **2.2 Bioética e sacralidade da vida**

Nesses passos, não há dúvidas de que os nossos atos, considerando a condição de convivência em sociedade, refletem na vida dos semelhantes e nos remetem à responsabilidade pelo outro (LÉVINAS, L’HUMANISME, 1972 apud NEVES, 2006, p.163). Portanto, é preciso avaliar atos e reflexos, sobretudo em um aspecto ético-moral, uma vez que os mesmos podem conduzir à redução dos direitos individuais e fundamentais. Assim, as reduções de direitos, em especial, as relacionadas às questões existenciais na seara do ato médico, para que mantenhamos distantes tempos sombrios, como na Alemanha do 3º Reich, devem estar justificadas pelas normas de direitos fundamentais, respeitando-se o núcleo da dignidade da pessoa humana e os preceitos éticos e morais da Bioética.

Friz Jahr, observando os rumos tomados pela humanidade e o sentimento de vulnerabilidade na sociedade da época, fixa o conteúdo semântico do termo bio ethik (bioética) como ética da vida não biológica ou vida moral. Neste sentido, o referido autor sinaliza ao mundo a necessidade de criar-se uma nova ciência com fundamento moral, não apenas no ser humano, mas em todos os seres (JAHR, 1927 apud GURGEL, 2010, p.599-607).

---

<sup>3</sup> Stakeholders são os agentes responsáveis por trazer resultados econômicos à atividade econômica. Disponível em: <https://www.significadosbr.com.br/stakeholder>. Acesso em: 19 abr. 2021.

Decerto, a Bioética surgiu em uma versão principialista para determinar os limites da ética da pesquisa, diante das atrocidades praticadas em nome do desenvolvimento científico e tecnológico (RODRIGUES, p.2006, p.26). Dos anos 70 até os dias atuais, apresenta-se em constante evolução de seu campo epistemológico, em razão da formação de uma ciência multidisciplinar, a qual possibilita análise mais ampla do objeto, sob diversas perspectivas do conhecimento, pluralismo moral e com aversão a paradigmas universais.

Nesse quadro evolutivo, surgiu o paradigma moral-ético da igualdade de consideração e interesses de Peter Singer, que pretende garantir um tratamento normativo equânime em relação aos interesses dos indivíduos afetados, tendo em vista a imposição de uma determinada regra. Pauta-se na realização do equilíbrio de interesses, desprezando-se as diferenças entre os indivíduos. Na compreensão de Singer, a ética da igualdade de interesses no seio da diversidade, já se deduz do senso moral-ético do ser humano contemporâneo. Segundo o referido autor, ao sinalizar as constantes evoluções pelas quais passou o paradigma moral da igualdade, “hoje um poeta não poderia escrever sobre “raças inferiores à margem da lei” e conservar quando não melhorar sua reputação como Rudyard Kipling, em 1987.” (SINGER, 2002, p.25).

Porém, é preciso ressaltar que os princípios da Autonomia, Beneficência, Não-Maleficência e Justiça, de Beauchamps e Childress, possuem seu destaque teórico, uma vez que resguardam a dignidade da pessoa humana em muitas situações, envolvendo os profissionais que atuam na Bioética, embora esses princípios não sejam absolutos (DINIZ, 2002, p.25).

Segundo Volney Garrafa e Jean Carlos Selletti, o termo autonomia, em razão da sociedade individualista para o qual surgiu, foi concebido como hierarquicamente superior, em face aos demais princípios (GARRAFA, SALLETI, 2005, p.128).

Assim, o principialismo foi o pontapé inicial para a construção da Bioética como ciência, embasada na construção de vida moral (SCHARAMM, 2008, p.11). Conquanto, novas normas morais eclodiram de exurgentes questões relacionais e desafios traduzidos em novos paradigmas éticos para enfrentar os desdobramentos das ações humanas (MACINTYRE, 1988 apud GURGEL, 2010, p.599). Pode-se afirmar que entre esses arranjos éticos-normativos, encontram-se os princípios tais como: o princípio de igual consideração e interesse, da alteridade, da proteção e da sacralidade da vida humana. Esta última, de origem em tempos antigos, repousa na ideia de que pensar na possibilidade de violação do bem da vida, por terceiro, denota uma importância moral e ética (RODRIGUES, 2006, p.65).

Deste modo, inevitavelmente, o termo Sacralidade da Vida na Bioética pode ter outro conteúdo semântico, que não discutir a disponibilidade do direito à vida, quando se refere à dignidade existencial. Acompanhando o pensamento de Fermin Scharamm, o mencionado

princípio pode ser entendido como uma relação de oposição à qualidade da vida, indicando, respectivamente, a disponibilidade da vida e a intervenção, desde que indique redução de sofrimento maior e evitável ou bem-estar ao paciente, como também na forma capitaneada por Agamben, ou seja, como um enfrentamento da Bioética e do Biopoder, com escopo de salvaguardar o ser humano das violações ao direito à vida por terceiros (SCHARAMM, 2009, p.377).

Fermin Schramm explica que, para Agamben, a vida pode ser violada se concebida puramente como uma vida biológica, designada de “vida nua”, ora desprovida de valor moral e político. Para o referido autor, há uma necessidade de restar assegurado o Princípio da Sacralidade da Vida como um contraponto entre a soberania do poder político e a situação precária e vulnerável da vida na Biopolítica. Deste modo, o princípio da Sacralidade impõe destaque aos possíveis atentados institucionalizados ao direito à vida pelo Estado, o qual, vê-se impedido de exarar normas atentatórias a este direito (SCHARAMM, 2009, p.377).

Para tornar mais claro o pensamento, por intermédio do princípio da Sacralidade a Vida, busca-se evitar a violação ao direito à vida, como ocorreu na Alemanha do 3<sup>a</sup> Reich. Segundo Agamben, na Alemanha Nazista as violações aos direitos à vida deram-se com aquiescência normativa do Estado, por atos normativos precários, os quais contrariavam a Constituição, em um suposto atendimento ao bem-estar de uma maioria. Assinala ainda, o referido autor, que em uma afronta aos direitos individuais e deveres morais éticos (SCHARAMM, 2009, p.378-383), Hitler, com o denominado decreto de proteção ao povo Alemão e ao Estado de 1933, suspende os artigos da Constituição de Weimar relativos aos direitos pessoais (AGAMBEN, 2004, p.13). Nos dizeres de Ângelo Wermuth e Joice Nielsson, para Agamben “O Estado de exceção permite o cancelamento da vida em nome do direito.” (WERMUTH, Angelo NIELSSON, Joice, 2021, p.231).

Recentemente, após o atentado às Torres Gêmeas nos EUA, em 2001, a suspensão dos direitos em um significado Biopolítico reverberam-se na *military order*, promulgada em 13 de novembro de 2001 e no *Usa Patriotic Atic*, promulgado em 26 de outubro 2001. Esclarece Agamben, que estes atos normativos exarados pelo Governo Bush permitiram detenções por mera suposição de envolvimento em atividade terrorista. Assim, admitia-se a manutenção do estrangeiro preso pelo prazo de 7 (sete) dias, e lhe era imputada a acusação de violação à Lei de imigração ou de um delito qualquer para justificá-la. Neste sentido, em uma violação do princípio fundamental da tipicidade jurídica e a inafastabilidade do judiciário, o indivíduo era reduzido a uma condição de *homo Sacer* – um “homem matável” ou sem vida moral. Nesta condição, poderia ter seus direitos humanos fundamentais violados (AGAMBEN, 2004, p.14).

Destaca-se que para Agamben, o projeto de eugenia para eliminação dos deficientes - considerados indignos de uma vida - e o extermínio dos Judeus no Holocausto, podem ser encarados como uma violação ao princípio da Sacralidade da Vida pelo Estado no domínio da Biopolítica. Nas palavras do referido do filósofo:

A verdade é difícil de ser aceita pelas próprias vítimas, mas que mesmo assim devemos ter coragem de não cobrir com véus sacrificiais, é que os hebreus não foram exterminados no curso de um louco e gigantesco holocausto, mas literalmente, como Hitler havia anunciado, “como piolhos”, ou seja, como vida nua. A dimensão na qual o extermínio se deu não é nem na religião nem no direito, mas na Biopolítica (AGAMBEN, 2004, p.121-147).

Outrossim, corroborando com os ensinamentos de Agamben, Fermin Schramm explica que é preciso que a Bioética, como força de resistência frente à Biopolítica no exercício do biopoder, não se distraia das possíveis violações da Sacralidade da Vida (SCHARAMM, 2009, p.384). Assim, a vida não pode ser tomada como uma “vida nua”, sem valor moral ou político, em que as pessoas são vistas apenas em quantidade e sem qualidade. Mas o autor esclarece que a Biopolítica pode encarada em um aspecto positivo e assegurar oportunidade e saúde aos cidadãos, como também pode assumir um lado negativo do biopoder e discriminar indivíduos ou populações:

Mudando de foco e pensando na questão “saúde”: se é verdade que nos regimes totalitários (como o nazismo) a Biopolítica criou os campos de concentração e o eugenismo discriminatório, nas democracias a Biopolítica pode ser vista como um Janus de duas faces, pois pode ser vista – em positivo – como meio para fazer crescer as oportunidades de garantir a saúde dos cidadãos (ou da população), mas também – em negativo – como dispositivo que pode marginalizar e/ou discriminar indivíduos e populações quando forem considerados “de risco” (SHARAMM, 2009, p.378-384).

A partir das lições de Agamben, compreende-se que na preterição da vida do idoso em relação ao jovem pelo fator idade, ainda que seja no caos, nota-se um exercício da Biopolítica negativa, seja qual for a razão utilitarista, especialmente se internalizada uma visão econômica, como por exemplo, os anos que lhe restam para viver. Assim sendo, esse fato merece a repudia pela Bioética, ao contrário das políticas de isolamento, as quais servem de exemplo para um exercício positivo do biopoder.

### **3. EVOLUÇÃO DO UTILITARISMO**

Para análise do ato da escolha entre a vida do jovem e a do idoso em situação de carência de leito em UTI, a partir da concepção ética utilitária igualitária de interesses, merece a compreensão de algumas vertentes do utilitarismo.

Contudo, antes de tudo, deverá ser feita a distinção entre o utilitarismo de ação e o de regra. Enquanto o primeiro preocupa-se com a ação considerando as suas consequências, o segundo concentra-se “[...] nos resultados positivos e negativos da regra que a fundamenta, uma vez que deve ser obedecida por todos em iguais circunstâncias.” (GORDILHO, 2017, p.229). Singer, por sinal, observa que Heron Gordilho, no início de seus estudos teóricos, filia-se ao utilitarismo de ação. Mas, posteriormente, em sua maturidade teórica adere à corrente utilitária de regras (GORDILHO, 2017, p.229).

Nestes passos, em uma digressão histórica, no século XVIII, o fundador do Utilitarismo Clássico - Jeremy Bentham, instituiu a sua teoria utilitária da ação moral no hedonismo, a fim de discutir os limites da ação humana da vida em sociedade. O hedonismo vem do grego *hedonê* e indica prazer (SINGER, 2002, p.35). Para Bentham, a ação moral era marcada pelo prazer e fuga da dor e quantidade de pessoas atingidas. O utilitarismo clássico associa a felicidade individual à coletiva, sob o argumento de que a felicidade do outro torna-se causa de prazer para o agente e a extensão desse estado justificaria a procura da felicidade coletiva. Quanto mais pessoas atingidas pela felicidade, mais próxima do ideal estaria a ação. (CAMARGO, 2006, p. 6 e 8). Sustenta Bentham que “[...] o objetivo consiste em construir o edifício de felicidade através da razão e da lei. Assim, o balanço das felicidades individuais interfere na coletiva.” (BENTHAN, 1979, p.9).

O utilitarismo de Bentham ocorreu em um período marcado pelo individualismo e a prospecção de direitos, a fim de fortalecer o capitalismo. Bentham, um seguidor dos ideais liberais, visando a proteção das liberdades individuais de 1ª geração, reconhecia a intangibilidade de certos direitos fundamentais e a necessidade de resguardá-los de quaisquer políticas utilitaristas restritivas, mesmo que o Estado justificasse favorecimento de bem-estar geral (DWORK, 2002, p.415). Em se tratando dos direitos fundamentais ou liberdades negativas, deveria, o Estado, abster-se de violá-los, a qualquer custo.

Como observa-se, a teoria de Bentham não se destinava apenas a traçar um paradigma ético para a ação individual, mas se incumbia em trazer fundamentos teóricos para justificar a ação moral Estatal, visando a proteção dos interesses burgueses (BENTHAN, 1979, p.10).

Importa observar que, embora Bentham defendesse a intangibilidade de direitos fundamentais, o seu utilitarismo não reproduzia o ideal de igualdade. Nota-se fragilidade na referida concepção clássica, visto que o sentimento do prazer denuncia subjetivismo e psicologismo que podem levar a situações arbitrárias. Para Ronald Dworkin, o subjetivismo pode levar a alocação desigual dos recursos, seja satisfazendo preferência pessoal do indivíduo, seja satisfazendo preferência externa de um grupo (DWORK, 2002, p.423).

Outrossim, a teoria de Bentham foi refutada por seu contemporâneo e Utilitarista Stuart Mill (CAMARGO, 2006, p.9; MILL, 2020, p.29). Mill condenou Bentham, pois este não considerava os elementos qualitativos do prazer. Pressupõe, o referido autor, a existência de uma gradação e preferências de prazeres, uns com mais valor que outros. Para ele, “seria um absurdo supor que a avaliação dos prazeres defendesse apenas a quantidade, enquanto que na avaliação das outras coisas, fossem levadas em consideração tanto a quantidade quanto a qualidade.” (MILL, 2020, p.34). Deste modo, o princípio da utilidade, à luz dos ensinamentos de Stuart Mil, depende de cada indivíduo. Existem pessoas que a encontram na fama e outros no dinheiro ou no amor. Independentemente dos valores subjetivos de cada um, o que importa é preservar a felicidade coletiva. Por fim, Mill termina por incidir na ditadura da maioria, preconizada por Bentham (MILL, 2020, p.67-72).

Um detalhe interessante é que, para Mill, dever-se-iam buscar como elementos de análise, apenas os inerentes ao homem. Assim, o prazer não seria um elemento ético suficiente para endossar a teoria utilitária da ação, uma vez que estaria presente nos animais irracionais (MILL, 2020, p.33). Contudo, a distinção qualitativa de prazeres não vingou somente na relação entre homem e animal, mas entre os próprios homens, na medida em que valia mais gerar satisfação a um filósofo como Sócrates do que a um homem tolo (PINHEIRO; DIAS, 2018, p.15).

Assim, de igual forma a Bentham, a teoria utilitária de Mill não obteve sucesso para conformar os embates éticos dos propósitos das ações humanas dentro da proposta da universalidade, presente em utilitarismo de regras. Porém, a referida recorre de seus méritos eis que se compatibiliza com a regra de ouro Cristã, (CAMARGO, 2006, p. 12) e demonstra um cuidado em relação aos cálculos utilitaristas restritivos de direitos para que os mesmos não se fundamentem, apenas, em preferências pessoais e bem-estar geral, contudo, sem negar o direito do indivíduo em defender suas liberdades individuais perante o Estado em eventuais violações. (MILL, 2020, p. 44).

Na teoria de Mill, diante da exaltação das virtudes para mensurar a ética utilitária da ação, pode-se vislumbrar um altruísmo. Porém, se infere também que este precursor do liberalismo, não se ocupava em refletir a relação de aceitação do “eu” com o “eu” do outro, enquanto outro; ao contrário, o “eu” preponderava-se sobre o “eu” do outro. O bem-estar comum, no final das contas, era o que importava.

É interessante ainda, trazer as críticas ao utilitarismo enfrentadas pelo igualitarismo liberal de Ronald Dworkin. Para o referido autor, na noção de igualdade não há relação conflituosa entre direitos individuais e bem-estar comum (AGNOL, 2005, p.59). Deste modo,

com a fundamentação filosófica ética na igualdade, o mesmo compreende que é possível pensar na aplicação do utilitarismo ético para embasar as ações, desde que não viole a igualdade de oportunidade entre os cidadãos no gozo dos bens. Sustenta o referido autor, que a igualdade de oportunidades, oriunda do direito de liberdade, repercute na concepção de que o gozo dos bens é livre, contanto que afete o direito do outro na mesma medida. Em uma perspectiva já vislumbrada anos antes por Stuart Mill (MILL, p.2020, p.61-97), Dworkin compreende que Estado liberal deve tratar com igual consideração os seus membros, motivo pelo qual, considerar-se-ão as perdas de todos os envolvidos na discussão de um determinado bem jurídico (equal treatment) (DWORKIN, 2002, p.420).

Nesse viés, Dworkin sugere que busquemos manejar de argumentos utilitários de política ideal para restringir direitos alheios, uma vez que eles se referem a um sentimento comum de toda a comunidade. Mas, alerta que o uso de argumentos de política ideal revela-se inapropriado, se o direito for controvertido na comunidade, porque afronta o pluralismo (DWORKIN, 2002, p.425). Neste sentido, a aplicação de políticas utilitárias não é uma tarefa fácil, principalmente em uma sociedade diversificada. É complexo fazer o homem entender que deve agir abstraindo-se de interesses pessoais, deste modo, adotando regras que revelem preferências externas. Contudo, é certo que políticas utilitárias que se fundamentam na noção de igualdade corroboram com muito mais propriedade para a democracia e para o pluralismo constitucional.

Outros filósofos, como John Rawls, tentaram resolver a questão da igualdade na ação moral diante do pluralismo humano. Para Rawls, as diferenças poderiam ser resolvidas, a partir do nivelamento dos grupos menos favorecidos em relação ao demais. A sua teoria não obteve sucesso, uma vez que não conseguiu proporcionar bem-estar aos indivíduos (CAMARGO, 2006, p.13).

#### **4. PRINCÍPIO DA IGUAL CONSIDERAÇÃO DE INTERESSES NA MEDIDA DO SER E O DIREITO À VIDA DO IDOSO**

Como foi apontado no tópico anterior, filósofos, desde os estoicos (SINGER, 2002, p.33) à Hare e Rawls, debruçaram-se para encontrar o aspecto universal da ética, a fim de justificar a ação humana eticamente concebível. Mesmo convencido de que não é fácil mensurar uma “teoria ética” da ação, Peter Singer, com influência do princípio da universalidade de

Hare,<sup>4</sup> apresenta-nos uma ação paradigmática, que se fundamenta no afastamento de interesses pessoais \*para alcançar as preferências de outras pessoas (SINGER, 2002, p.34).

A regra é simples: põe-se na medida máxima kantiana (KANT, 2019, 63-71), no lugar do outro e age! Peter Singer sustenta a ética preferencial da ação crítica, a via hedonista do utilitarismo clássico, uma vez que esta utiliza-se de um critério psicológico e individualista, evidente no pensamento de Mill, para tomada de decisões (MILL, 2020, p.58-66). Para o referido autor, as ações moralmente concebidas, devem ter um caráter consciente e racional proveniente de um utilitarismo de regras (VIRGÍNIO, 2011, p.12). Não bastam os benefícios que uma pessoa pode ter para justificar o seu ponto de vista moral. Uma decisão é tida como moral e de caráter universal quando os interesses de todos envolvidos são atingidos na mesma medida, ou na sua maximização, abstendo-se de decidir por interesses pessoais ou de grupo, pois um interesse não é menos relevante do que o outro (FERRER, ALVAREZ, 2011, p.300).

Embora perceba-se um subjetivismo no utilitarismo clássico (VIRGÍNIO, 2011, p.12), fato este que o distingue do utilitarismo preferencial, afirma Peter Singer, que ambos se assemelham ao quesito da imparcialidade, pois não fazem distinção entre os indivíduos. Deste modo, satisfazem a condição da universalidade (SINGER, 2002, p.36).

Outrossim, para Peter Singer, a essência do princípio de igual consideração e interesses “[...] está em atribuímos o mesmo peso em nossas deliberações morais aos interesses semelhantes de todos os que são atingidos por nossos atos”. (SINGER, 2002, p.45). Neste sentido, compostos de uma igualdade mínima e de seu caráter formal, diversos interesses podem ser avaliados concretamente preenchendo sua substância, desde de que não violem o critério da igualdade. Por isso, de acordo com esse princípio, ações, atos ou políticas fundamentadas em argumentos baseados no bem-estar de uma determinada raça, como fizeram os nazistas não se sustentam. Uma aplicação adequada do princípio determina que se afastem interesses relativos às diferenças de raça, sexo e cor para encontrar um interesse justificado no igualitarismo (SINGER, 2002, p.45- 50). Esclarece ainda, Singer, que o objetivo do princípio, desde que foi utilizado pela primeira vez por Bentham, em defesa dos animais considerando a capacidade de sofrer, é atingir a igualdade de interesse e não de direitos, embora o clássico Utilitarista tenha utilizado o termo direito, ao invés de interesse (SINGER, 2013, p.13).

---

<sup>4</sup> Para um melhor entendimento, esclarece que o princípio da Universalidade, é aquele que confere um tratamento isonômico a todos que se encontram em uma dada situação. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Para Singer, as diferenças são incontestáveis. Por esse motivo, a humanidade deve colaborar para a superação, permitindo que as pessoas alcancem o seu máximo (ALVAREZ; FERRER, 2005, p.303). Pode-se declarar que a adoção das ações afirmativas, como instrumento reparador das diferenças, posiciona igualmente os desiguais. Com as ações afirmativas e meios suficientes para a consecução da igualdade material, as oportunidades se concretizam para os idosos e deficientes perante os coletivos (VIRGÍNIO, 2011, p.41). Pois de nada adianta, sustenta Singer, conceder reserva de vaga ao deficiente físico, mas não adequar a universidade com rampas de acesso (SINGER, 2002, p.81).

Cuida dizer que a teoria de Singer tem um viés consequencialista, pois avalia as “melhores consequências” para o interesse de todos (ALVAREZ; FERRER, 2005, p.301). Essa teoria é salutar ao avaliar as melhores consequências da ação para todos os envolvidos e não para um grupo, ao contrário do utilitarismo clássico da maximização do prazer ou mesmo de outras correntes utilitárias que, de certo modo, excluem um grupo em nome de uma maioria. Por conta desse nobre princípio, nenhum ser humano pode ter seus direitos assegurados às custas do sofrimento ou dos interesses alheios (SOUZA, 2015, p.117). Suponhamos, que um interesse seja diminuir uma dor física e existem duas ampolas para aliviá-la. Dois pacientes necessitam de atendimento, sendo que um está com muita dor e sua perna está destruída; a outra pessoa, com menos dor, encontra-se ferida e quebrou a bacia. Assim, de acordo com Singer, para contrabalançar a situação, devemos conceder as duas ampolas à pessoa que tem mais dor (ALVAREZ, 2005, p.303). Tem-se em mente que na análise da situação, só se deve considerar o interesse envolvido, sem dar importância às características pessoais, como raça e sexo dos interessados. Outro exemplo pode ser apontado: um idoso e um jovem se apresentam em estado crítico, mas há apenas um respirador. Pode um médico, de acordo com o princípio de consideração e interesse, utilizar critérios clínicos ou protocolos que no bojo refiram-se ao fator idade para definir o acesso à UTI? Ambos possuem o mesmo interesse em comum: ficar vivo. De acordo com a perspectiva de Singer, a análise clínica somente seria moralmente válida, caso se eximisse de considerar a idade dos interesses atingidos. Vale lembrar que é admissível que sejam tomados outros interesses como referências, principalmente, se forem necessários para alcançar a igualdade material. Esse foi o caso dos animais que, diante da capacidade de sofrimento, foram considerados seres sensíveis e dignos de respeito e passíveis de maus tratos (SINGER, 2002, p.87).

Um interesse para Singer é sempre um interesse e o interesse de um ser ou de uma pessoa não é menor ou maior do que o interesse do outro, o que nos leva ao pensamento de alteridade concebido pelo filósofo Emanuel Levinas, para o qual, em uma acepção ontológica confere o

entendimento de que cada ser deve ser respeitado como ele é e com suas diferenças, seja humano ou não-humano. A autoproclamação soberana do eu é inaceitável, porquanto, o “eu” do outro é sempre anterior, já que a sociedade é previamente existente (LEVINAS, 1972 *apud* NEVES, 2006, p.163).

O termo Alteridade, segundo Maria do Céu Patrão Neves, ganhou vários contornos éticos evolutivos, desde uma ideia mais centrada na distinção individualista do “eu” em relação ao “outro” para uma perspectiva solidária, caracterizada pela compreensão do “eu” encarado na perspectiva do olhar do “outro” (NEVES, 2017, p.75-76). Deste modo, em uma relação dialética hegeliana, de não violência, chama-se o “eu” para a responsabilidade com “o outro” (LEVINAS, p.198.)

O dever em relação ao outro é também registrado pelo filósofo Hans Jonas, para o qual, ele se torna o fiel depositário de todos os outros fins em si mesmo, que se encontram, sob a lei do seu poder (JONAS, 2019, p.215-217). Contudo, a questão ética da alteridade é uma via de mão dupla, pois “se a subordinação do “outro” ao “eu” não constrói uma relação ética, tão pouco a submissão do “eu” ao outro a concretiza” (NEVES, 2017, p.78). Peter Singer compreende bem a ótica da alteridade; “A ética exige que extrapolemos o “eu” e o “você” e chega à lei universal, ao juízo universalizável, ao ponto de vista do espectador imparcial, ao observador ideal, ou qualquer outro nome que lhe dermos (SINGER, 2002, p.33).

Por sua vez, segundo Maria do Patrão Neves, a alteridade, em um conceito mais recente, indica a relação entre o eu e o outro, não se admitindo qualquer forma de redução ou diluição do outro, tendo em vista o surgimento da nova lógica da ação, fundamentada no distanciamento do eu na sua relação com o outro e o respeito pelo outro na afirmação de si (NEVES, 2017, p.77).

O ponto fundamental do princípio da alteridade, segundo filósofos e bioeticistas mais atuais, é a centralização no respeito “ao modo de ser” do outro, encontrando-se um ponto de equilíbrio entre o “eu” e o “outro”. É importante observar que a ação eticamente concebida por Singer, instrumentalizada pelo princípio de igualdade de consideração e interesse e a vedação da discriminação, nos remete à obrigação que temos uns com os outros, sobretudo, para colaborarmos na superação de suas dificuldades, e posicioná-los igualmente.

Na ordem dos esclarecimentos filosóficos sobre alteridade, afirma-se que a teoria de Singer, evidentemente, tem aproximação com o princípio da alteridade, na medida em que inadmite na sua aplicação a adoção de interesses com teor discriminatório, ao passo em que a alteridade conclama para a aceitação das diferenças entre as pessoas. Pode-se afirmar que, neste turno, ambos cuidam, ontologicamente, do respeito ao outro como é, sem suportar reduções,

assim como, com estas características ressaltadas, podem contribuir para preencher o conteúdo aberto e protetor da dignidade da pessoa humana.

Em vista disso, considerando o princípio de igual consideração e interesse de Peter Singer e do princípio da alteridade, conjugados de um sistema normativo constitucional e infraconstitucional que protege o idoso e do princípio da dignidade da pessoa humana com conteúdo aberto é incomensurável a priorização de jovens em detrimento de idosos, mesmo que ocorra situação de escassez de equipamento de saúde.

Com efeito, compreende-se que as orientações expedidas pela Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia, para uma situação de escassez de leitos na pandemia do COVID 19, reluz a melhor alternativa para a tutela do bem jurídico da vida. A referida orientação representa melhor conformação com conteúdos bioéticos e normativos aludidos, pois sugere a adoção do critério clínico ECOG, cujo fator é mais neutro em relação à idade (AMIB, 2020).

Sem redução do seu “ser”, os idosos terão seu estado avaliado dentro da sua capacidade biológica, lhes sendo assegurado, portanto, o direito à vida em iguais condições. Nos ensinamentos de Jurgen Habermas, todas as vidas possuem o mesmo valor, jamais podendo uma ser posta contra a outra, assim a escolha deve estar atrelada ao melhor prognóstico desconsiderando o critério da idade. Portanto, em um sistema, no qual, é vigente à proteção dos direitos fundamentais, não é possível que o Estado tome decisões de conteúdo normativo que impliquem em mortes de indivíduos, como uma “vida nua.” (TRUONG, 2020).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Todo esse arcabouço trazido, no sentido de encontrar os fundamentos de uma ação ética e juridicamente válida para uma eventual “escolha de Sofia”, não deveria ser de difícil compreensão, considerando os avanços alcançados pela Bioética nos últimos anos, sobretudo diante das experiências desastrosas vivenciadas pelo nazismo, cujas decisões eram movidas por práticas discriminatórias de raça, de cor ou de perfeição.

Em uma crise de saúde sanitária causada por um vírus, não vige um Estado de Sítio, como alguns poderiam afirmar: “Uma guerra contra um inimigo oculto”. Não obstante, fosse a situação afirmada, concebendo-se o direito à vida como fundamental, – é inconcebível, pois, atenta contra a dignidade da pessoa humana, que o Estado confira tratamento distinto entre cidadãos.

Diante de tudo que foi dito, é o caso de estarmos em um enfrentamento entre a Biopolítica e Bioética. Sendo assim, a Bioética precisa resistir à malversação do instrumento

do biopoder para que os cidadãos não sejam vistos como uma vida nua, sem moral e sem política, à mercê de políticas utilitaristas discriminatórias.

É essencial que a única aplicação ética e de qualidade prática, compreensível, para resguardar aspectos normativos éticos e jurídicos, seja a aplicação do princípio da igualdade de interesse de Peter Singer, até mesmo como uma medida de alteridade. Assim, basta colocar-se no lugar do outro. Imaginar o sofrimento do outro, pois, ainda que supostamente possua uma doença preexistente controlada ou uma boa genética, ver-se-ia excluído pela norma que afastou a análise do seu caso por critérios discriminatórios.

Contudo, é inquietante o dissenso no âmbito médico para uma escolha sem discriminação como é o caso da Argentina, que afastou os maiores de 80 anos com comorbidades, assim como, a intromissão do Estado para definir critérios clínicos, quando não lhe fora atribuído esta função e muito menos utilizando critérios discriminatórios para o fundamental bem da vida. O direito à vida é de todos sem distinção e na medida da dignidade da pessoa humana. Nesta provocação, percebe-se, diante das novas situações relacionais que surgem nas sociedades contemporâneas, o quanto fora importante a definição aberta do conteúdo da dignidade do ser humano.

Assim, nos ditames normativos e vetores da Bioética aludidos, os médicos deverão exercer o seu papel tomando suas decisões balizadas em critérios clínicos que não incluam a idade como fator determinante para “a escolha de Sofia”, tal como foi proposto pela Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia, ao sugerir a adoção do critério clínico ECOG, tido como neutro em relação ao fator idade. Não afastemos as memórias do tribunal de Nuremberg, em que os profissionais de saúde foram condenados, ainda que justificassem estrito cumprimento do dever legal.

Assim, é incompreensível que em situações que demandem a condição existencial do ser humano, possa ainda existir quem pretenda manejar políticas públicas com razões utilitárias pessoais ou preferenciais sem respeitar o pluralismo ao ponto de termos de retroceder e, analogicamente, usar a capacidade de sentir dor para garantir a dignidade dos nossos irmãos, tal como Singer referendou os animais.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Bom tempo Editorial, 2004.

AGNOL, Ariel Dall'. O igualitarismo Liberal de Dwordin. **Kriterion**, v.46, n. 111, p. 55-69. 2005.

AGUIAR, Mônica; MEIRELLES, Ana Thereza. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial do sentido de dignidade existência do Direito à vida. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v.13, n. 1, p.123-147, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/rbda.v13i1.26220>. Acesso em: 04 jun. 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação juridical. 5. ed. Tradução: Hilda Huchinson Schild Silva Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Elieser. Direitos humanos e soberanias: os desafios de um diálogo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 15, n. 29, 2012. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2012v15n29p118/pdf>. Acesso em: 04 jun. 2023.

ALVAREZ, Juan Carlos; FERRER, José Jorge. **Para fundamentar a bioética**: teorias e paradigmas teóricos na Bioética contemporânea. Tradução: Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2005.

AZEREDO, Leandro Miranda; MOREIRA, Yolanda Elisa Boechat; CALDAS, Celia Pereira. Influência da idade no prognóstico do desmame de pacientes idosos em ventilação mecânica. **Fisioterapia Brasil**, v.11, n. 4, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.33233/fb.v11i4.1413>. Acesso em: 04 jun. 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. **Revista dos Tribunais**, v.90, n.787, 2001. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37123>. Acesso em: 04 jun. 2023.

BENTHAN, Jeremy. **Introdução ao princípio da moral e da legislação**. Tradução: Luis João Baraúna. São Paulo: Editora Abril, 1979.

CABRÉ, Lluís; CASADO, María (coords.). Recomendaciones para la toma de decisiones éticas sobre el acceso de pacientes a unidades de cuidados especiales en situaciones de Pandemia. **Documento de consenso del OBD**. Barcelona: Signo Impressió Gràfica, 2020. Disponível em: [http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc\\_recom-decisiones-pandemia.pdf](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_recom-decisiones-pandemia.pdf). Acesso em: 04 jun. 2023.

CAMARGO, Edson Antônio Ortiz de. **Princípio da imparcialidade na Ética de Peter Singer**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade São Judas Tadeus, São Paulo, 2006.

CARDOSO, Renata Chaves *et al.* A Proteção do idoso no contexto internacional. **Anais CONIDIF**. Campina Grande: Realizes Editora, 2017 Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/index.php/artigo/visualizar/30836>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CARNEIRO, Guilherme. Coronavírus: na Itália, vítimas com mais de 80 anos serão deixadas para morrer, diz jornal. **Estado de Minas**, 17 mar. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/03/17/interna\\_internacional,1129623/coronavirus-na-italia-vitimas-acima-de-80-anos-serao-deixadas-morrer.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/03/17/interna_internacional,1129623/coronavirus-na-italia-vitimas-acima-de-80-anos-serao-deixadas-morrer.shtml). Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. **Resolução nº 2.156/2016**. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>. Acesso em: 28 mai. 2020.

CREMEC. **Parecer CREMEC nº 27/2009**. Critérios prioritários para o atendimento em serviços hospitalares de emergência. Disponível em: <https://www.cremec.org.br/pareceres/2009/par2709.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

DINIZ, Debora; GUILHERM, Dirceu. **O que é Bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

DWORKIN. Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira.: São Paulo: Martins Fonte, 2002.

FELIZARDO, Nayara. Coronavírus: médicos de Pernambuco criam sistema de ponto para escolher quem terá vaga em UTI. **The Intercept Brasil**, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/04/29/coronavirus-sistema-pontos-pernambuco-colapso/>. Acesso em: 5 mai. 2020.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; PEREIRA, Patrícia Cristina Andrade. Priorização de pacientes em emergência médicas: uma análise ética. **Rev. Assoc. Med. Bras.** v.58, n.3, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-42302012000300014>. Acesso em: 04 jun. 2023.

GARRAFA, Volney. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. **Revista Bioética**, v. 13, n. 1, 2005. Disponível em: [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/97](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/97). Acesso em: 04 jun. 2023.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo Animal: Habeas Corpus para grandes primatas**. 2. ed. Salvador: Edufba, 2017.

GRINBERG, Felipe; ALTINO, Lucas; CAPPELLI, Paulo. Rio faz protocolo para definir quem terá leito e respirador: para médico, a escolha marcará a vida dos que estão na linha de frente. **Extra**, 01 mai. 2020. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/rio/rio-faz-protocolo-para-definir-quem-tera-leito-respirador-para-medico-escolha-marcara-vida-dos-que-estao-na-linha-de-frente-24404919.html>. Acesso em: 15 mai. 2020.

GURGEL, Wildoberto B. **Meio ambiente, Direito e Biotecnologia: O que é mesmo Bioética**. Curitiba: Juruá, 2010.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução original Alemão: Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: PUCRio, 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Ines Lohbauer, São Paulo: Martins Claret, 2019.

KRETZER, Lara, *et al.* **Recomendações da AMIB, ABRAMEDE, SBGG e ANCP de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia covid-19**. 2020. Disponível em: [http://abramede.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Protocolo\\_AMIB\\_de\\_alocac\\_\\_a\\_\\_o\\_de\\_recursos\\_em\\_esgotamento\\_durante\\_a\\_pandemia\\_por\\_COVID.pdf/](http://abramede.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Protocolo_AMIB_de_alocac__a__o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf/). Acesso em: 03 set. 2020.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; LELIS, Henrique Rodrigues. O direito ao envelhecimento no século XXI: uma análise sobre a possibilidade de adoção de uma convenção internacional de proteção aos direitos dos idosos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 23, n. 2, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i21123>. Acesso em: 04 jun. 2023.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito: Ensaio sobre exterioridade**. 3. Ed. Lisboa: Edições 70, 2019.

MAUÉS, Antonio Gomes. Fundamento ao Direito de Igualdade na aplicação da Lei. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. (RECHTD)**, v.11, n.1, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2019.111.03>. Acesso em: 04 jun. 2023.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Tradução: André Braga Marcella. São Paulo: Iluminuras, 2020.

MON, Hugo Alconada. Coronavírus: Definen un protocolo de prioridades em la atencion medica. **La Nacion**, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/politica/definen-un-protocolo-de-prioridades-en-la-atencion-medica-nid2353057>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1. a 5. da Constituição Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Revista Brasileira de Bioética**, v.2, n.2, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966>. Acesso em: 04 jun. 2023.

NEVES, Maria do Céu. Alteridade e Direitos fundamentais: uma abordagem ética. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, v.1, n.1, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ucsul.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/view/429>. Acesso em: 04 jun. 2023.

PARISSE, Camille; MARLI, Mônica. Idosos indicam caminhos para uma melhor idade. **Agência IBGE Notícias**, 19 mar. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade>. Acesso em: 19 abr. 2020.

PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo. Reflexões sobre cuidados e pacientes críticos em final de vida. **Revista Bioética**, v. 27, n.1, 2019. Disponível em:

[https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1543](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1543). Acesso em: 04 jun. 2023.

PINHEIRO, Shirley; DIAS, Jean. Kant versus Stuart Mill: há convergências? *In*: DIAS, Jean Carlos; BERTASO, João Martins (Coord.). **Filosofia do direito II [Recurso eletrônico online] organização CONPEDI/ UNISINOS**. Florianópolis: CONPEDI, 2018.

PINHO, Micaela Moreira. Critérios Sociais e éticos de priorização de paciente: uma pesquisa a estudantes e profissionais em saúde. **Ciência e Saúde Coletiva**, v.21, n.12, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-812320152112.17072015>. Acesso em: 04 jun. 2023.

RODRIGUES, Maria. **Fundamentos Constitucionais da Bioética**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SCHARAMM, Fermin. O uso problemático do conceito ‘vida’ em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética**, v.17, n.3, 2009. Disponível em: [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/505](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/505). Acesso em: 04 jun. 2023.

SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética de proteção: Ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da Globalização. **Revista Bioética**, v.16, n.1, 2008. Disponível em: [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/52](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/52). Acesso em: 04 jun. 2023.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SINGER, Peter. **Libertação Animal: O clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais**. Tradução: Marly Winckeler; Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins fontes; 2013.

SOUZA, Rafael Speck de. Experimentação animal na sociedade de risco e a violação do princípio da igual consideração de interesses. **Revista de Biodireito animais**, v.1, n.2, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/20>. Acesso em: 04 jun. 2023.

TRUONG, Nicola. **A solidariedade é a única cura**. Entrevista com Jungen Habermas, Tradução: Luísa Rabolini. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597983-a-solidariedade-e-a-unica-cura-entrevista-com-juergen-habermas>. Acesso em: 15 abr. 2020.

VERAS, Erica do Amaral. O Princípio fundamental da Dignidade da Pessoa humana e o Direito à vida: A eventual Colisão destes Princípios fundamentais na perspectiva do aborto. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1639>. Acesso em: 04 jun. 2023.

VIRGÍNIO, Sérgio. **A ética prática no pensamento de Peter Singer**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-graduação em Filosofia, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2011.

WERMUTH, Angelo Dezordi Maiquel, NIELSSON, Joice Graciele. Trabalho doméstico e escravidão no Brasil sob uma perspectiva biopolítica: um continuum de violência e exploração dos corpos humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 24, n. 47, 2021. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/26024>. Acesso em: 04 jun. 2023.

**Submissão: 10/05/2021 Aprovação: 16/08/2023**

## PESSOA, ORDEM, DIREITOS E LIBERDADES: A INADEQUAÇÃO DAS TEORIAS NORMATIVAS PARA O DEBATE SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

### THE DISCUSSION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: THE INADEQUACY OF NORMATIVE THEORIES.

*Emilio Santoro*<sup>1</sup>

Università degli Studi di Firenze

*Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais*<sup>2</sup>

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

*Jamilla Monteiro Sarkis*<sup>3</sup>

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

#### **Resumo:**

O ensaio aborda o debate sobre os direitos das pessoas com deficiência, considerando como pilar da ordem liberal a antropologia baseada em uma ordem hierárquica de desejos. A hipótese é de que esta antropologia se desenvolve pela ideia de Liberalismo Político formulada por John Rawls, que propõe uma ordem ideal na qual todas as reivindicações estão sujeitas à capacidade dos sujeitos de serem razoáveis. Em sentido diverso e com fundamento na teoria de Thomas Humphrey Marshall, proponho que os direitos sociais sejam baseados em uma antropologia absolutamente diversa, a partir da qual cidadãos e cidadãs não são responsáveis por suas preferências. Nessa perspectiva, o paternalismo é analisado a partir do famoso caso do arremesso de anões e suas repercussões sobre a dignidade, concluindo ao final que os direitos não devem ser concebidos como parte de uma ordem ideal, mas como instrumentos de procedimentalização dos conflitos políticos.

**Palavras-chave:** Pessoa. Deficiência. Liberdade. Direitos. Paternalismo.

#### **Abstract:**

The essay addresses the debate on the rights of persons with disabilities starting from the contention that the cornerstone of liberal order is an anthropology based on a hierarchical order of desires. My thesis is in particular that this anthropology informs, lastly, Rawls' Political Liberalism which proposes an ideal order in which the legitimacy of every claim is subordinated to the capacity of the subject to be "reasonable". On the other hand, following Marshall's thesis, I suggest that social rights are based on a completely different anthropology, that of the consumer "irresponsible" for his/her preferences. In this framework paternalism is analyzed discussing the famous case of the dwarf claiming the possibility to be fired from the cannon even in contrast with the apparent protection of his dignity and the suggestion is advanced that rights cannot be conceived as part of an ideal order but as instruments of proceduralization of the political conflicts.

---

<sup>1</sup> Professor Permanente de Filosofia e Sociologia do Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Florença. Diretor do Centro de Pesquisa Interuniversitário "L'altro diritto". Autor do artigo.

<sup>2</sup> Pós doutora pela *Università degli studi di Roma Tre*. Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação na Universidade Federal de Ouro Preto e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Representante da área de Direito na Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Advogada. Tradutora do artigo.

<sup>3</sup> Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior e integrante do Grupo de Pesquisa Núcleo Jurídico de Políticas Públicas. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais Professora Substituta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Tradutora do artigo.

**Keywords:**

Person. Disability. Freedom. Rights. Paternalism.

**1. INTRODUÇÃO**

Parece-me heurísticamente útil enquadrar o debate sobre os direitos das pessoas com deficiência a partir de um reconhecimento crítico da "antropologia liberal", e é essa a sugestão que proponho neste trabalho. Enfatizo que estou apenas propondo essa sugestão e que seu desenvolvimento – a possibilidade de chamá-la de "uma tese" – exige maiores investigações. Proponho, apenas, a hipótese de que o debate sobre os direitos das pessoas com deficiência é um caso específico, heurísticamente importante, do problema do indivíduo e de sua liberdade, e que devemos colocá-lo dentro daquela teoria política específica, ou melhor, constelação de teorias, que configurou esse último problema como ele é colocado hoje: precisamente, o liberalismo. São essas teorias que constituem o núcleo germinal e a condição de significado de nossa concepção de pessoa, de sujeito. Partindo dessa convicção, é fácil – quase automático – o passo que me leva a pensar que a discussão sobre o tema (que se torna um "problema") do estatuto das pessoas com deficiência e de seus direitos ganhe, do ponto de vista heurístico, muito com uma pesquisa que vá às raízes da tradição, *rectius* das tradições, do liberalismo "clássico".

Embora esteja constitutivamente inscrito em todo o arco da tradição "liberal", o tema do sujeito foi, no entanto, colocado entre parênteses em tempos relativamente recentes (até, ao menos, a década de 1960) por uma abordagem neopositivista, inspirada pela convicção do caráter agora irremediavelmente "arcaico" das "clássicas" questões filosófico-políticas (sobre os limites do poder, sobre o fundamento da obediência, etc.). Foi somente a partir da década de 1970 que a campanha de higiene (e esterilização) linguística, conduzida pelo neopositivismo, cedeu à redescoberta compreensão de que discutir o "significado" da ação política é inevitável. Foi, então, que renasceu uma discussão em torno do problema do sujeito como o problema da fundação e do significado de uma ordem, incorporada pelos direitos, que deseja ser definida em conexão com a liberdade e a autonomia daqueles que integram uma comunidade.

Após um longo período de infertilidade, devido ao predomínio da abordagem neopositivista, uma fase de grande desenvolvimento da reflexão teórico-política foi aberta no Ocidente, no início da década de 1970, com a publicação de "A Theory of Justice", de John Rawls. Essa reflexão, por cerca de vinte anos, foi hegemonizada pelo paradigma neocontratualista. Quando do seu surgimento, tal paradigma gerou grandes expectativas

teóricas: parecia capaz de refundar a teoria liberal ao colocar o valor da autonomia individual em sua base. Entre os filósofos jurídicos em particular, Herbert Hart imediatamente saudou o desenvolvimento dessa abordagem com entusiasmo, argumentando que, finalmente, permitiria uma ancoragem "suficientemente firme" dos direitos fundamentais. O entusiasmo de Hart segue o rastro de uma longa tradição liberal e, depois, constitucional, que vê os direitos como o suporte de uma ordem capaz de aprimorar o sujeito: os direitos são a pedra angular sobre a qual repousa uma ordem que aprimora e garante, aos indivíduos, sua liberdade e autonomia. A tese que proponho neste ensaio é que, em vez disso, para desenvolver uma teoria que se proponha a defender esses valores, os direitos devem ser concebidos como elementos de uma ordem puramente procedimental, como os elementos que possibilitam a procedimentalização do conflito, dando-lhe uma dialética jurídica e processual e prevendo uma terceira parte - na verdade uma pluralidade de terceiros, os Tribunais - que decida o conflito. Em outras palavras, acredito que, para proteger a liberdade e a autonomia dos sujeitos, os direitos não devem ser concebidos como a cristalização de uma ordem justa, mas como o procedimento para verificar se a reivindicação de alguém merece a proteção da força pública.

## **2. O SUJEITO LIBERAL ENTRE LIBERDADE E AUTONOMIA: O MODELO HIERÁRQUICO-DUALISTA**

Em trabalho publicado há mais de duas décadas (SANTORO, 1999), argumentei que a refundação da teoria liberal com base no valor da autonomia, assim como a tentativa de ancorar os direitos fundamentais a este valor, são operações teóricas mais problemáticas do que Hart e a maioria dos filósofos do direito e da política argumentaram. Entre esses autores, poucos se debruçaram sobre o fato de que o surgimento em cena de um ator "autônomo", ou seja, responsável por suas próprias ações e fins, colocava sérios problemas para a teoria liberal. Por pelo menos duas décadas, o debate girou em torno da comparação entre as diferentes teorias do direitos desenvolvidas por autores neocontratualistas. A noção de autonomia a que essas teorias se referem, entretanto, permaneceu um tanto obscura.

A autonomia tem sido entendida, acima de tudo, como a livre vontade capaz de agir como uma lei em si mesma, removida do condicionamento de objetos externos, que respeita uma lei coincidente com a própria razão. No entanto, a autonomia também pode ser concebida como uma "independência substancial", como a escolha inquestionável de um sujeito que encontra, em sua própria capacidade de decisão, a condição suficiente de sua escolha e

sua ação, sem que esquemas ou valores “de fora” possam intervir, seja condicionando, seja determinando sua conduta. Por fim, a autonomia pode ser vinculada ao processo de formação de uma personalidade original e descrita como o compromisso de um sujeito que constrói sua própria identidade, diferenciando-se do comportamento socialmente adequado e evitando as prescrições (“heterônomas”) do costume. Essas são as principais imagens de autonomia (ligadas, respectivamente, às influências de Immanuel Kant, Jean-Paul Sartre e John Stuart Mill) que ainda parecem atuais no debate político-filosófico contemporâneo, embora continuamente variadas e complicadas em relação às suas formulações originais.

Um mapa essencial para se orientar no debate sobre a relação entre a autonomia e a ordem política liberal me parece estar no famoso ensaio de Isaiah Berlin (2016) sobre “Two concepts of liberty”: a distinção, agora clássica, entre liberdade positiva e liberdade negativa representa um fio condutor precioso para desvendar o labirinto semântico das autonomias. Para Berlin, a ideia de liberdade positiva é sedutora, mas insidiosa: no momento em que parece anunciar o triunfo da liberdade, ela na verdade introduz elementos que minam sua solidez e integridade. De fato, a liberdade positiva pressupõe uma visão dividida da subjetividade, implica a existência de um “verdadeiro” e de um “falso” eu, impõe a distinção entre um eu profundo e um eu superficial e, assim, abre caminho para o controle e a manipulação da subjetividade.

Essa parte da análise de Berlin foi esquecida pelos numerosos autores que consideraram a liberdade positiva como “irmã gêmea” da noção de autonomia e como substrato teórico dos direitos sociais. Essas teses parecem paradoxais, pois Berlin (2016) argumenta que a autonomia individual acaba sendo comprometida por qualquer tentativa de buscar a liberdade positiva em nível político-institucional. A autonomia dos sujeitos só pode ser protegida por meio da defesa de sua liberdade negativa, que, entretanto, não garante por si só a autonomia individual. A acuidade com que Berlin (2016) põe em foco (traz à luz) esse problema e a lucidez com que mostra as suas implicações conceituais para o pensamento liberal-democrático tornam ainda hoje a sua análise um importante instrumento teórico para identificar os valores e as concepções (de mundo, de indivíduo, de democracia etc.) em jogo quando se discute a autonomia individual.

Em particular, Berlin (2016) tem o grande mérito de ter mostrado como a noção de liberdade positiva está, historicamente, ligada ao que proponho chamar de modelo antropológico “hierárquico-dualista”, ou seja, o modelo de um sujeito que não é apenas algo diferente de seus sentimentos, paixões, crenças, etc., mas é identificado por sua capacidade de se desvincular deles, de dar um passo atrás para avaliá-los e, finalmente, escolher aqueles

que considera corresponder ao seu "verdadeiro eu". De acordo com essa abordagem, o sujeito autônomo é aquele capaz desse tipo de operação, não aquele capaz de se libertar de influências externas que possam comprometer sua independência de julgamento.

Como uma tradição historiográfica autorizada tem enfatizado, o sujeito "moderno" é formado ao se destacar de uma ordem medieval incapaz de valorizar o momento da individualidade. É na teologia franciscana e em alguns dos escritos de William of Ockham, em particular, que podemos discernir os primeiros sinais desse protagonismo do sujeito que encontrará, no direito natural dos séculos XVII e XVIII, o ambiente teórico mais favorável para sua plena afirmação. O triunfo "moderno" do sujeito no direito natural não é, entretanto, uma recepção simples e unívoca dessas instâncias. A autonomização do sujeito que é, de um lado, destacado da ordem "objetiva" e consciente da lacuna entre representação e verdade e, de outro lado, um protagonista "absoluto", como uma realidade autossuficiente, a unidade de medida da legitimidade e o fundamento dos sistemas políticos, coloca dramaticamente o problema da ordem. A afirmação do sujeito deve contar com "estratégias de ordem" precisas, compor com a necessidade de pensar, juntamente com o indivíduo, também em uma ordem que o contenha e o "estrua".

É nessa estrutura que a antropologia filosófica que chamei de hierárquico-dualista se forma: uma visão que vê nas instâncias "autodisciplinadoras" da razão o núcleo da identidade. O sujeito aparece plenamente realizado na medida em que é capaz de governar a si mesmo "racionalmente"; e é precisamente a autonomia "racional" do sujeito que se caracteriza como meio de perfeita compatibilidade entre este e os outros, entre a afirmação do indivíduo e a manutenção da ordem. A divisão do sujeito e a hierarquização de suas partes constituintes correspondem ao emaranhado em que as "autonomias" estão entrelaçadas com o discurso sobre a ordem liberal. Uma antropologia dominada pela visão hierárquico-dualista da subjetividade permitiu que o liberalismo neutralizasse o impulso para a valorização do sujeito do qual se originou. Desse ponto de vista, a "Teoria dos Sentimentos Morais" de Adam Smith é paradigmática, com sua capacidade de expressar, completa e sofisticadamente, a correspondência precisa entre a autodisciplina do sujeito e a função "disciplinadora" do outro, dos outros, da sociedade.

No mencionado trabalho (SANTORO, 1999), tentei mostrar, por meio de uma abordagem genealógica, como o modelo "hierárquico-dualista" é o pressuposto antropológico das teorias liberais de matriz contratualistas. A longa e secular história da representação que "divide" o sujeito e seu nexos com a ordem política constituiu, por cerca de quatro séculos, a pedra angular sobre a qual repousa a reconciliação entre a valorização do sujeito e a ordem

elaborada pela teoria liberal, e continua a condicionar a evolução desta última. Precisamente, devido à centralidade desse modelo, o liberalismo nunca foi caracterizado, por mais que tenha presumido e pretendido fazê-lo, como uma teoria que se baseia no valor da autonomia individual.

Desde suas primeiras formulações, o contratualismo liberal presumiu que a proteção dos direitos fundamentais coincide com a afirmação da subjetividade individual. Desse modo, ocultou a diferença entre o direito legalmente garantido a uma série de liberdades e a possibilidade de expressão autônoma da própria "individualidade" pelos sujeitos, esmagando a última em detrimento da primeira. A "preeminência" do indivíduo na teoria liberal – ou seja, o grau em que ele é conceituado como detentor de uma identidade própria e não como uma parte orgânica da comunidade – deve ser medida, como argumentam os contratualistas, com base nos direitos que são atribuídos ao sujeito. Apesar das teses de Thomas Hobbes, a distinção entre a esfera de liberdade garantida pelos direitos subjetivos e o "direito à liberdade subjetiva" não têm lugar na doutrina liberal: para John Locke e Immanuel Kant, a lei não deve fazer mais do que dar forma legal aos direitos subjetivos que já existem no estado de natureza, sendo os direitos o pivô de uma ordem "justa".

Em minha opinião, na raiz da tradição liberal há uma antinomia não resolvida entre o modelo antropológico que pode ser derivado das discussões sobre a liberdade entendida como espaço para a autoafirmação do indivíduo e o modelo antropológico que emerge das discussões sobre a ordem política. Há uma tensão entre a individualidade entendida como a especificidade de cada sujeito individual e a individualidade entendida como o direito/dever ser de um sujeito moral-racional: a pessoa com deficiência e suas necessidades me parecem ser um sujeito capaz de trazer essa tensão à tona.

A concepção antropológica "moderna" ou "liberal", centrada no modelo "hierárquico-dualista", parece-me ser o produto de várias tentativas de atenuar ou sufocar a ideia de autonomia em favor da concepção do sujeito como um cidadão moral e racionalmente responsável. Assim, minha reconstrução genealógica me leva a argumentar que, apesar das aparências e da retórica, o problema da autonomia – entendida como a construção autônoma de uma "individualidade" específica pelo indivíduo – não faz parte dos problemas constitutivos da teoria liberal. As antropologias lockeana e kantiana, que dominam a tradição liberal, estabelecem as coordenadas ao longo das quais a equação entre o domínio das paixões e a liberdade é consolidada, sendo que essa equação mascara a sujeição do indivíduo ao poder. A identificação paradoxal da liberdade com a autorrepressão, exigida pelo autodomínio, antecipa e torna supérflua a limitação política da possibilidade de expressar a própria

individualidade específica: o indivíduo "livre" já está subjugado ao modelo do indivíduo racional, capaz de um cálculo utilitário de longo prazo (e, portanto, compatível com o interesse geral).

Para desenvolver uma teoria liberal verdadeiramente centrada na autonomia individual, é necessário abandonar o modelo antropológico do "indivíduo proprietário" (tanto de objetos materiais quanto de seus próprios estados mentais), elaborado pela teologia voluntarista dos franciscanos no século XIII e emprestado da tradição liberal. Uma tentativa de refundar essa doutrina deve partir de uma concepção de liberdade que se afaste claramente da metáfora do indivíduo proprietário. A propriedade deve deixar de ser o modelo em cuja imagem a liberdade é concebida e se tornar um dos muitos direitos em que ela se expressa.

O paradigma neocontratualista que surgiu no final do último milênio, por outro lado, repropôs fortemente o modelo do sujeito "autopossuído". A versão mais recente do modelo "hierárquico-dualista" é a teoria da personalidade elaborada por Henry Frankfurt com base na noção de uma "dupla ordem de desejos". Essa noção me parece fundamental, em especial para a tese de John Rawls do "Liberalismo Político", que mais uma vez configura o liberalismo como uma doutrina política baseada no sacrifício da autonomia individual. As teorias neocontratualistas são, na verdade, caracterizadas, como ocorria no contratualismo do século XVII, pelo fato de assumirem como ponto central não a autonomia individual, mas a questão das garantias que cada indivíduo deve fornecer à sociedade política para ser autorizado a organizar sua vida como bem entender.

### **3 A ORDEM E OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO NEOCONTRATUALISMO RAWLSIANO**

A obra de John Rawls, que também, como mencionado, tem o mérito situar, peremptoriamente, o problema do sujeito e de seus direitos em um momento histórico dominado pelo paradigma neopositivista, repropõe com contundência o vínculo obrigatório e inescapável entre a salvaguarda da ordem, o compartilhamento de um patrimônio comum de valores e a primazia da razão (ou razoabilidade) no sujeito liberal. Sua proposta teórica baseia-se, em última análise, "na noção de 'sujeito autônomo' elaborada com base na doutrina da dupla ordem de desejos e da construção reflexiva da identidade" (SANTORO, 1999, p. 390). John Rawls assume o indivíduo como o epicentro da ordem, mas, rejeitando a hipótese "hedonista" disposta a atribuir ao sujeito uma pluralidade aberta de preferências e inclinações

"pessoais", não valoriza a subjetividade e a variedade imprevisível de seus desejos e reivindicações, mas busca o indispensável objetivo de internalizar os valores básicos da democracia liberal. Assim, a teoria política rawlsiana se insere na tradição que exalta a racionalidade (ou razoabilidade) do sujeito para sacrificar sua especificidade individual e suas capacidades afirmativas e transformadoras em benefício da estabilidade de uma estrutura ético-política rigidamente predeterminada.

Se tivermos em perspectiva o status das pessoas com deficiência, as análises de Martha Nussbaum (1998) enfatizaram como as teorias contratualistas pressupõem um tipo específico de sujeito:

[...] immaginano gli agenti contraenti che progettano la struttura di base della società come liberi, uguali e indipendenti e i cittadini, di cui rappresentano gli interessi, **come membri normali e pienamente cooperativi della società** per tutta la vita; essi, inoltre, sono spesso immaginati come persone caratterizzate da una razionalità alquanto idealizzata. (NUSSBAUM, 1998, p. 15-16, com destaque do autor)<sup>4</sup>.

A filósofa americana mostra como, desde suas origens, o contratualismo separa os seres humanos dos sujeitos político-morais, incluindo entre os últimos apenas os seres capazes de assumir o controle de suas vidas e administrá-las com total independência e autonomia. Salienta Nussbaum (2007, p. 149), nesse sentido, como a doutrina kantiana já faz da posse de faculdades mentais e morais o centro tanto da igualdade quanto da ideia-chave de reciprocidade. A aversão ao eudaimonismo leva Immanuel Kant a argumentar que a humanidade pressupõe a superação da animalidade e que a racionalidade deve ser independente das necessidades vitais essenciais que caracterizam a esfera da animalidade; um ser humano que fosse guiado por essas necessidades e não permitisse que sua "inteligência" as controlasse se enquadraria na categoria de animais, não de pessoas. Como escreve Nussbaum (2007, p. 149-150): "La concezione di Kant della persona [...] risale agli stoici greci e romani, – per i quali – il concetto di persona si identifica con la ragione",<sup>5</sup> sendo "la ragione, [...] è considerata una caratteristica degli esseri umani che li distingue nettamente dagli animali non umani e dalla loro stessa animalità".<sup>6</sup> Immanuel Kant, como é bem conhecido, pensa que a vida dos seres humanos está articulada em duas esferas: a esfera da

---

<sup>4</sup> Em tradução nossa: "os teóricos do contrato social [...] imaginam os agentes contratantes que projetam a estrutura básica da sociedade como livres, iguais e independentes e os cidadãos, cujos interesses eles representam, como membros normais e totalmente cooperativos da sociedade por toda a vida; eles também são frequentemente imaginados como pessoas caracterizadas por uma racionalidade bastante idealizada"

<sup>5</sup> Em tradução nossa: "A concepção de pessoa de Kant [...] remonta aos estóicos gregos e romanos, para os quais o conceito de pessoa é identificado com a razão".

<sup>6</sup> Em tradução nossa: "a razão [...] considerada uma característica dos seres humanos que os distingue claramente dos animais não humanos e de sua própria animalidade".

necessidade natural e a esfera da liberdade racional/moral. O autor concebe todos os animais não humanos e o lado animal da vida humana como pertencentes à esfera determinística da natureza. Seria em virtude de nossas capacidades de racionalidade moral, e somente por causa delas, que nos elevamos acima dessa esfera e existimos, portanto, na esfera dos fins. Os "verdadeiros" sujeitos, *pleno iure*, são aqueles que demonstram uma estrutura de personalidade dualista hierárquica.

Essa abordagem faz com que, como David Gauthier parece admitir, caso as pessoas com necessidades especiais façam reivindicações com base nelas, não possam fazer parte da relação moral sobre a qual a teoria contratualista constrói a ordem política, econômica e social. Esse fato é muito evidente se dermos uma rápida olhada na evolução da teoria rawlsiana. Enquanto na "Teoria da Justiça" essa abordagem o leva a selecionar aqueles que celebram o contrato social na posição original como sujeitos que podem ser totalmente cooperativos durante todo o curso da vida, excluindo, como Nussbaum (2007, p. 126; 2003, p. 132) aponta, não apenas as pessoas consideradas desde o nascimento como portadoras de deficiência, mas também aquelas a quem essa conotação é atribuída como consequência de eventos que ocorrem no curso da vida: uma "sociedade bem ordenada" só é possível se "le parti nella posizione originaria [...] sanno che le loro abilità, fisiche e mentali, si trovano all'interno di una gamma normale"<sup>7</sup> (NUSSBAUM, 2003, p. 123). O pressuposto básico é que:

se le persone stanno stipulando un accordo cooperativo per il vantaggio reciproco, vorranno stare insieme a quelli dalla cui cooperazione si aspettano di trarre un beneficio, non a quelli che richiedono attenzioni insolite e costose senza contribuire con qualcosa in particolare al prodotto sociale, deprimendo quindi il livello del benessere della società<sup>8</sup>. (NUSSBAUM, 2003, p. 123).

Tal perspectiva impede as pessoas que não têm a capacidade "normal" de **cooperar** de participarem do contrato social porquanto não desejadas por seus contratantes. Assim, Rawls exclui voluntariamente as pessoas com deficiências que são consideradas impeditivas da "cooperação normal" entre os membros da sociedade. Em outras palavras, seu contrato social é baseado em discriminação *a priori*.

Não se pode deixar de notar que sua abordagem acaba por pressupor aos atores do

---

<sup>7</sup> Em tradução nossa: "as partes na posição original [...] souberem que suas habilidades, físicas e mentais, estão dentro de uma faixa normal".

<sup>8</sup> Em tradução nossa: "se as pessoas estão entrando em um acordo de cooperação para benefício mútuo, elas vão querer se unir àqueles cuja cooperação esperam se beneficiar, e não com aqueles que exigem cuidados especiais e dispendiosos sem contribuir com nada em particular para o produto social, deprimindo assim o nível de bem-estar da sociedade".

contrato tanto a capacidade quanto a vontade de contribuir para o bem-estar coletivo que Jeremy Bentham, com base em uma ética utilitarista, pensava dever ser criada nas pessoas indisciplinadas por meio do Panóptico, acabando por considerar como discriminador para o acesso a esse papel aquela capacidade de trabalho que Michel Foucault identifica como critério de diferenciação dos sujeitos vítimas do grande internamento e especialização das instituições totais. John Rawls, em sua “Teoria da Justiça”, de fato considera normais todas as pessoas que conseguem, sem nenhum instrumento tecnológico específico, realizar atividades de trabalho de qualquer tipo. Essa mudança é ditada, conforme a hipótese, a meu ver correta, de Nussbaum (2003, p. 132-133), pela preocupação de que a inclusão de pessoas com deficiências consideradas incapacitantes colocaria a perder o critério simples e claro de calcular as necessidades a serem atendidas por meio da alocação de bens primários. Vale ressaltar que o raciocínio rawlsiano não está muito distante da lógica da **acomodação razoável**, desenvolvida pela jurisprudência dos Estados Unidos da América (EUA), segundo a qual, em apertada síntese, não se pode atribuir direitos, ou seja, reivindicações absolutas – ou trunfos, na linguagem de Ronald Dworkin – às pessoas com deficiência, mas os custos a serem incorridos para permitir que as pessoas com deficiência participem da vida social e profissional devem ser avaliados por meio de um critério econômico da relação benefício/custo “razoável”.<sup>9</sup>

Essa abordagem, que parece inaceitável do ponto de vista das mesmas teorias normativas neocontratualistas,<sup>10</sup> evolui, em minha opinião, de forma preocupante, no “Liberalismo Político”. Se na “Teoria da Justiça” as teses de John Rawls o levam a argumentar que “nella teoria dei beni primari [...] non vi è posto per le forme di organizzazione sociale inusuali che dovranno essere introdotte al fine di includere il più pienamente possibile persone con menomazioni fisiche e mentali”<sup>11</sup> (NUSSBAUM, 2003, p. 128) e a confiar essa tarefa à caridade e às famílias, no “Liberalismo Político”, o foco muda das características das pessoas para suas reivindicações.

Em “Unidade Social e Bens Primários”, John Rawls (1990, p. 216) argumentou que:

---

<sup>9</sup> Nota do autor: Obviamente, a concepção adotada pela Suprema Corte dos EUA é muito concreta e localizada de razoabilidade, e não abstrata: em um ambiente caracterizado por escadas, a construção de passarelas e elevadores para permitir o acesso de usuários de cadeiras de rodas é um custo que não seria incorrido se o ambiente tivesse sido construído desde o início, mesmo que por motivos puramente estéticos, com passarelas, como normalmente são os parques.

<sup>10</sup> Nota do autor: As críticas de Nussbaum, sempre trazidas da perspectiva de uma teoria neocontratualista da justiça, são complementadas por uma infinidade de ensaios que tentam remediar, a partir da teoria da justiça, a exclusão a priori das pessoas com deficiência ou, pelo menos, suas consequências mais brutais.

<sup>11</sup> Em tradução nossa: “na teoria dos bens primários [...] não há lugar para as formas incomuns de organização social que terão de ser introduzidas para incluir as pessoas com deficiências da forma mais completa possível”.

[...] desideri e volizioni, per quanto intense, non costituiscono in sé stesse ragioni in questioni di giustizia. Il fatto che abbiamo un desiderio irresistibile non è un argomento a favore dell'appropriatezza della sua soddisfazione più di quanto la forza di una convinzione argomenti a favore della sua veridicità.<sup>12</sup>

Retomando essa abordagem em “Liberalismo Político” (onde o ensaio original é reformulado), o autor afirma que, em uma sociedade caracterizada pelo “Liberalismo Político”:

[...] il governo non può cercare di massimizzare il soddisfacimento delle preferenze individuali o dei voleri dei cittadini (come nell'utilitarismo), o di promuovere l'eccellenza umana o i valori della perfezione (come nel perfezionismo), più di quanto possa cercare di favorire il cattolicesimo, il protestantesimo o qualsiasi altra religione<sup>13</sup> (RAWLS, 1994, p. 159-160).

Feitas essas considerações, John Rawls continua seu argumento afirmando que, à luz do modelo de cidadão que ele propõe, “è irragionevole, se non ingiusto, considerare [le] persone responsabili delle proprie preferenze”<sup>14</sup>. Dito isso, o autor (RAWLS, 1994, p. 164), assim como os proponentes da concepção reflexiva de autonomia baseada na dupla ordem de desejos, argumenta que seria igualmente injusto e irracional considerar os cidadãos de uma sociedade democrática “portatori passivi di desideri”,<sup>15</sup> “uma vez que os cidadãos são capazes de assumir a responsabilidade por seus próprios fins”. Ele enfatiza, em particular, que:

[...] in una cultura democratica ci aspettiamo, anzi vogliamo, che i cittadini si preoccupino per le loro libertà e opportunità fondamentali, allo scopo di sviluppare ed esercitare i propri poteri morali e di perseguire le proprie concezioni del bene; e **se non lo fanno concludiamo che dimostrano uno scarso rispetto di sé e una certa debolezza di carattere** (RAWLS, 1994, p. 79-80, com destaque do autor).<sup>16</sup>

Para John Rawls (1994), os indivíduos têm, por definição/natureza, o “potere morale di formare, rivedere e perseguire razionalmente una concezione del bene”<sup>17</sup>. Portanto, são capazes de adaptar “le loro preferenze e avversioni, quali che siano, al reddito, alla ricchezza

<sup>12</sup> Em tradução nossa: “os desejos e as volições, por mais intensos que sejam, não constituem, por si só, razões em questões de justiça. O fato de termos um desejo irresistível é mais um argumento para a adequação de sua satisfação, assim como a força de uma convicção é um argumento para sua veracidade”.

<sup>13</sup> Em tradução nossa: “o governo não pode buscar maximizar a satisfação das preferências individuais ou dos desejos dos cidadãos (como no utilitarismo), ou promover a excelência humana ou valores perfeccionistas (como no perfeccionismo), assim como não pode buscar favorecer o catolicismo, o protestantismo ou qualquer outra religião”.

<sup>14</sup> Em tradução nossa: “não é razoável, se não injusto, considerar [as pessoas] responsáveis por suas próprias preferências”.

<sup>15</sup> Em tradução nossa: “portadores passivos de desejos”.

<sup>16</sup> Em tradução nossa: “em uma cultura democrática, esperamos, na verdade queremos, que os cidadãos se preocupem com suas liberdades e oportunidades fundamentais para desenvolver e exercer seus poderes morais e buscar suas concepções do bem; e se não o fizerem, concluímos que demonstram falta de respeito próprio e uma certa fraqueza de caráter”.

<sup>17</sup> Em tradução nossa: “poder moral de formar, revisar e buscar racionalmente uma concepção do bem”.

e alla posizione che possono ragionevolmente aspettarsi”<sup>18</sup>. Assim, embora não sejam responsáveis pelas preferências que têm, os indivíduos são responsáveis pelas reivindicações que fazem como cidadãos. Se alguém, como cidadão, reivindica um bem sem examinar essa reivindicação à luz de sua própria "doutrina comprensiva"<sup>19</sup> e, acima de tudo, de seu próprio senso de justiça, ele é responsável por essa omissão.

John Rawls vai além dessa tese e argumenta que aqueles que não aceitam os limites da razoabilidade se colocam fora da sociedade porque são incapazes em relação aos "sentimentos de sociabilidade" e se comportam como loucos.<sup>20</sup> Uma vez que os indivíduos não são "pessoas vazias", como afirmam os utilitaristas, mas sujeitos capazes de avaliar seus próprios desejos com base em desejos de ordem superior e, em particular, à luz da "razoabilidade", é totalmente coerente supor que “la capacità di assumersi la responsabilità dei propri scopi è una delle cose che cittadini liberi possono aspettarsi l’uno dall’altro”<sup>21</sup> (RAWLS, 1994, p. 163). Como “in virtù dei loro poteri morali i cittadini hanno parte attiva nel formare e coltivare le proprie finalità e preferenze ultime”<sup>22</sup> (RAWLS, 1994, p. 163-164), reivindicações irracionais devem ser vistas como evidência de que “le nostre normali capacità di membri cooperanti della società non funzionano più”.<sup>23 24</sup> E como Rawls (1994, p. 163) afirma peremptoriamente: isso deve ser visto como “una situazione di tipo medico o psichiatrico, ed è a quel livello che va trattata”<sup>25</sup>. Isso não se deve à preferência específica manifestada pelo indivíduo, ao fato de ser uma preferência adquirida por hábito e não

---

<sup>18</sup> Em tradução nossa: “suas preferências e aversões, sejam elas quais forem, à renda, à riqueza e à posição que podem razoavelmente esperar”.

<sup>19</sup> Em tradução nossa: “doutrina comprensiva”.

<sup>20</sup> Nota do autor: Vale lembrar que Rousseau já considerava aqueles que não aceitavam os dogmas fundamentais da religião civil como “irracionais”, pois assim se definiam como incapazes de “sentimentos de sociabilidade”. Aqueles que se recusavam a aderir ao contrato social tinham, em sua opinião, direito a um status: o de estrangeiro.

<sup>21</sup> Em tradução nossa: “a capacidade de assumir a responsabilidade pelos próprios fins é uma das coisas que os cidadãos livres podem esperar uns dos outros”

<sup>22</sup> Em tradução nossa: “em virtude de seus poderes morais, os cidadãos têm um papel ativo na formação e no cultivo de seus próprios objetivos e preferências finais”.

<sup>23</sup> Em tradução nossa: “nossas capacidades normais como membros cooperativos da sociedade não funcionam mais”.

<sup>24</sup> Nota do autor: Rawls (2004, p. 335), demonstrando ignorância do fato de que a especificação de direitos para *status* particulares caracterizou o surgimento do estado de bem-estar social (refiro-me aqui a Santoro, 1994) e é hoje, como mencionado, a característica específica do surgimento dos “direitos de última geração”, não parece considerar apenas as reivindicações egoístas, mas também as reivindicações corporativas, como um “sintoma de doença mental”. De fato, parece que apenas as reivindicações dos “cidadãos”, precisamente na medida em que carregam o papel universal de “cidadão”, são moralmente legítimas: “as necessidades, ou carências, dos cidadãos como pessoas livres e iguais são diferentes das necessidades, digamos, de pacientes ou estudantes [...]. As necessidades dos cidadãos, de fato, expressam as necessidades de pessoas com determinados interesses de ordem superior e que têm um determinado papel ou *status*. Se suas necessidades não forem satisfeitas, essas pessoas não poderão manter seu papel ou *status* ou atingir seus fins essenciais”.

<sup>25</sup> Em tradução nossa: “uma situação médica ou psiquiátrica, e é nesse nível que deve ser tratada”.

natural,<sup>26</sup> mas porque o indivíduo não percebe que sua necessidade não pode se transformar em uma reivindicação. Como se dissesse que a reivindicação "irracional" é, em si, um sintoma de ser uma pessoa com uma deficiência (mental).

É preciso enfatizar que essa afirmação peremptória não está no contexto da discussão de desejos sádicos ou hediondos, mas no contexto das reivindicações de um sujeito para a satisfação de preferências e gostos que são excessivamente onerosos (em termos puramente econômicos) para a sociedade. Ecoando, em alguns aspectos, o funcionalismo parsonsiano, segundo o qual o conflito e a não integração sempre se devem a um defeito nos processos de socialização, Rawls (1994, p. 75) converte o "Panóptico invisível" smithiano em um Panóptico institucionalizado, argumentando que o Estado deve remediar os defeitos de socialização, atuando como um educador comprometido com a construção de "un mondo sociale nel quale l'ideale della cittadinanza possa essere appreso e il desiderio di essere una persona di quel tipo stimolato"<sup>27</sup>. A pessoa com deficiência que não internaliza pelo menos os parâmetros de **acomodação razoável**, que afirma que suas necessidades não são problemas particulares a serem confiados à família e à caridade, mas problemas políticos pelos quais o Estado deve se responsabilizar, é "um desviante" a ser reeducado (por meio de cuidados psiquiátricos).

#### 4 DIREITOS SOCIAIS: DO RECLAMANTE AO CONSUMIDOR

A transição dos problemas das pessoas com deficiência de "problemas privados" para "problemas políticos", para usar uma expressão antiga e eficaz de Wright Mills, ou seja, de solicitações dirigidas à família e à caridade para direitos cuja proteção é exigida pelo Estado, ocorreu ao longo de um caminho (longo e tortuoso) completamente alheio ao discurso contratualista, que parte de pressupostos antropológicos opostos totalmente alheios à concepção hierárquico-dualista da pessoa.

Tomas Humphrey Marshall (1969, p. 144), com sua indubitável habilidade analítica,

---

<sup>26</sup> Nota do autor: De fato, Rawls faz questão de salientar que é um aspecto normal dos seres humanos ter necessidades decorrentes de hábitos adquiridos. Portanto, Rawls não considera o desejo imoral como objeto de sanção, mas a vontade de agir com base em tal desejo. Entretanto, ele sente a necessidade de argumentar que a vontade de agir com base em desejos imorais é um defeito psíquico. O resultado é que, em sua opinião, os indivíduos devem ser punidos e reprimidos por sua disfunção psíquica. Esse passo (na teoria rawlsiana absolutamente desnecessário) só pode ser justificado à luz do horror que a ideia de punir ou reprimir o comportamento imoral causa do ponto de vista liberal. Para evitar a configuração do estado liberal como um estado ético, a moralidade é medicalizada.

<sup>27</sup> Em tradução nossa: "um mundo social no qual o ideal de cidadania possa ser aprendido e o desejo de ser uma pessoa assim estimulado".

havia percebido essa mudança. Em “Reflections on Power”, um ensaio lançado cerca de vinte anos após “Citizenship and Social Class”, o sociólogo inglês suaviza a tensão irênica de sua reconstrução e enfatiza a considerável descontinuidade entre a lógica subjacente à concessão de direitos civis e políticos e a lógica subjacente à concessão de direitos sociais. De fato, o autor argumenta que os direitos sociais pertencem “agli individui come consumatori, non come attori”<sup>28</sup> (MARSHALL, 1969, p. 144). Marshall não desenvolve essa ideia, limitando-se a afirmar que o elemento essencial da distinção se encontra no fato de que os direitos do consumidor, diferentemente dos direitos civis e políticos, não atribuem nenhum poder a seus titulares.<sup>29</sup>

Essa afirmação pode parecer apodíctica e ambígua. Se, no entanto, a colocarmos dentro da estrutura da dicotomia mais geral que caracteriza o pensamento liberal, ou seja, se tivermos em mente que, dentro dela, as figuras do ator e do consumidor se referem a duas racionalidades diferentes, a análise do sociólogo inglês parecerá ainda mais esclarecedora.

O “poder” a que Marshall se refere é o poder de estruturar a organização político-social. De acordo com a concepção liberal clássica, os direitos civis e políticos são os instrumentos à disposição de um indivíduo (o ator) cujo comportamento é estrategicamente orientado para a organização de um ambiente social e político que lhe permita escolhas livres. A conexão entre esses direitos e a racionalidade atribuída aos indivíduos está, como mencionado, no centro da teoria liberal, particularmente da teoria contratualista. Sua preocupação fundamental é argumentar que os cidadãos são racional ou moralmente obrigados a assumir obrigações políticas se o governo lhes garantir a vida, a propriedade e a liberdade.

A normatividade do discurso liberal é, portanto, direcionada tanto para o “soberano”, cujo exercício **legítimo** do poder está sujeito aos limites estabelecidos pelo respeito aos direitos fundamentais, quanto, como vimos, para o indivíduo, ao qual é imposto um modelo de racionalidade substantiva. Além da função de legitimação “vertical” dos processos institucionais que têm como objeto a relação entre o governo e os cidadãos, a ideologia contratualista, a matriz de todo o pensamento liberal, também desempenha uma função de legitimação “horizontal”. Ou seja, ela também legitima uma identidade específica de indivíduos, uma forma específica de racionalidade e práticas particulares por meio das quais os sujeitos dão sentido ao mundo e às suas vidas. Esse é o nível “horizontal” de legitimação

---

<sup>28</sup> Em tradução nossa: “aos indivíduos como consumidores, não como atores”.

<sup>29</sup> Nota do autor: A denúncia mais forte desse fato é provavelmente representada pelo livro outrora famoso de Herbert Marcuse, *One-Dimensional Man: Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society* (1964), traduzido para italiano, *L'uomo a una dimensione: l'ideologia della società industriale avanzata* (1967).

que, na vida cotidiana, faz com que o mercado, os procedimentos democráticos, a esfera inviolável de direitos e os outros elementos da teoria liberal apareçam não apenas como não problemáticos, mas também como valores verdadeiros.

Nesse contexto teórico, afirmar, como faz Marshall, que o indivíduo é um "ator" quando reivindica e faz uso dos direitos civis e políticos, é dar por certo que ele assume como ponto de referência e como horizonte de significado uma rede ideal de direitos, que define os parâmetros da ordem política, econômica e social, estabelecendo as maneiras pelas quais um sujeito pode interferir na esfera de liberdade dos outros. O "ator", como argumenta Rawls, é, por definição, um sujeito capaz de controlar suas paixões e entender que é de seu interesse "natural" submeter-se a uma autoridade política comprometida com a proteção dos direitos de todos os cidadãos.

O consumidor, definido em oposição ao detentor de direitos civis e políticos, é, em vez disso, um sujeito "humeano": seus interesses não são coordenados por princípios racionais ou moralidade transcendente, mas são a expressão de paixões dotadas de sua própria "existência original" (HUME, 1971, p. 463). Nada impede que os interesses levem o "consumidor" a repudiar o contrato social e a violar os "direitos" dos outros.<sup>30</sup> Na medida em que o ator individual age, como lhe é exigido, com base em princípios "racionais", posto que as consequências do que ele faz se enquadram na esfera pública (dizem respeito à organização do ambiente social e político), o consumidor individual é livre para agir com base em seus próprios impulsos. Na verdade, suas ações dizem respeito exclusivamente à sua esfera privada e ocorrem no espaço do mercado, que funciona precisamente graças às preferências idiossincráticas e irracionais dos sujeitos.

A afirmação da ideia de que os direitos sociais são a expressão do direito de "ser um consumidor", de "estar no mercado", foi facilitada pelo fato de que eles, originalmente substituíram os salários, que permitiam que os trabalhadores estivessem no mercado. Os direitos sociais, entretanto, permitiam, de acordo como princípio da capacidade de cooperação mútua, o acesso apenas ao mercado de subsistência. Em outras palavras, o acesso ao mercado era considerado um direito fundamental do cidadão, mas esse direito estava vinculado à sua capacidade de trabalhar. Os direitos sociais tinham apenas uma função parcialmente

---

<sup>30</sup> Nota do autor: A polêmica de Hume contra as teorias contratualistas é famosa. Na base dessa polêmica está, como é bem sabido, uma ideia de racionalidade diferente daquela da lei natural. De acordo com o filósofo escocês, "não é contrário à razão que eu prefira a destruição do mundo inteiro a coçar meu dedo; nem é contrário à razão que eu escolha minha própria ruína completa a poupar a menor dor a um índio ou a uma pessoa que me é totalmente desconhecida. Da mesma forma, não é de modo algum contrário à razão preferir o bem que sei ser o menor ao maior, e sentir um desejo mais ardente pelo primeiro do que pelo segundo" (HUME, 1971, p. 437).

compensatória, permitindo um acesso muito limitado ao mercado, quando os cidadãos não tinham a capacidade de trabalho que lhes proporcionaria os meios para estar no mercado.

Foi graças às teorias fordistas que as políticas keynesianas e o Estado de bem-estar social com direitos sociais conseguiram se libertar do cidadão-trabalhador, o sujeito cooperativo normal do contrato social de Rawls. No entanto, o aspecto mais significativo das políticas fordistas é, em minha opinião, representado por um fato que muitas vezes passa despercebido: sua difusão leva, pouco a pouco, à constatação de que o trabalho e seu mercado não são capazes de desempenhar o papel de um motor para a integração da sociedade. Subjacente ao fordismo está a constatação de que, para garantir a riqueza, não se deve lidar apenas com a produção e os produtores: a produção pressupõe demanda e esta não é garantida espontaneamente pela sociedade, como se pensava no século XIX, mas é produto de políticas industriais, salariais e sociais. A partir dessa constatação e das transformações que ela desencadeia, generaliza-se a convicção de que a equação trabalhador-cidadão não é mais suficiente para desempenhar a função de sustentáculo da ordem social: a plena integração no mercado de trabalho não parece mais ser, por si só, uma base suficiente para garantir a plena participação na vida social e política da comunidade.

Os teóricos do estado de bem-estar social, provavelmente, não perceberam que a função integradora do trabalho estava desaparecendo. Concebendo os serviços sociais como elementos compensatórios para aqueles que não podiam permanecer no mercado de trabalho, as políticas assistencialistas se limitaram a tentar criar um cinturão de vida capaz de neutralizar os efeitos anômicos mais devastadores. Como demonstram os primeiros artigos da Constituição Italiana, que falam de uma "República democrática fundada no trabalho" (artigo 1)<sup>31</sup> e da "participação efetiva de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país" (artigo 3),<sup>32</sup> fica claro que, imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, a díade trabalhador-cidadão ainda era considerada a matriz da integração social. No entanto, com as políticas industriais, salariais e sociais iniciadas pelo fordismo,<sup>33</sup> começou-se a perceber claramente que, como Adam Smith e Alexis de Tocqueville previram, o fulcro da ordem social não pode ser um sujeito que encontra o significado de sua existência no

---

<sup>31</sup> Nota das tradutoras: Prevê o artigo 1º da Constituição Italiana que "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro".

<sup>32</sup> Nota das tradutoras: Prevê o artigo 3º da Constituição Italiana que "E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

<sup>33</sup> Nota do autor: As políticas fordistas certamente não tematizam a transformação do cidadão-trabalhador em cidadão-consumidor, mas criam a condição prévia para essa tematização.

trabalho (nem que seja em uma das dezoito operações necessárias para produzir um alfinete). Em seu lugar surge um sujeito "consumista", um sujeito cuja consciência do caráter frequentemente alienante do trabalho o leva a buscar o sentido da vida no consumo. Essa compensação pelas "misérias" do trabalho é a promessa implícita das políticas fordistas, baseadas no pleno emprego garantido por salários suficientemente altos, de modo a permitir que os empregados sejam consumidores de certa proeminência no mercado de bens, até mesmo bens voluptuosos, e, portanto, capazes de garantir uma demanda considerável por bens e serviços. A capacidade de consumo torna-se um bem em si: um fator que cria demanda. Se o cidadão, que não é um trabalhador-produtor de renda, mas um mero consumidor, assume um papel social como tal, os direitos sociais podem ser ampliados com certa magnanimidade, de modo a garantir não apenas a subsistência, mas também uma certa capacidade de consumo (abrindo a discussão rotulada de "crise fiscal do Estado").

A ideia de substituir, gradualmente, o cidadão-trabalhador (ou, talvez seja melhor, o trabalhador-cidadão) pelo cidadão-consumidor (ou o consumidor-cidadão), por um lado, não tem um efeito culturalmente perturbador imediato porque a capacidade de ser um consumidor está vinculada ao salário e, portanto, ao trabalho; mas, por outro lado, causa uma explosão de demanda social em pouco tempo. Como Jack Barbalet (1992, p. 107) observa, "i diritti universali non presuppongono la presenza ma l'assenza di preferenze diverse da individuo a individuo"<sup>34</sup>. Os direitos civis e políticos são, portanto, universalizáveis na medida em que são um corolário do modelo antropológico do ator racional. Quando os direitos sociais são concebidos como os direitos do indivíduo como um "consumidor", eles devem satisfazer necessidades individuais específicas. Assim, eles estão localizados na esfera do consumo que a teoria liberal sempre considerou como não regulamentada e confiada ao livre arbítrio do sujeito.

A ideia de que os direitos sociais são meros substitutos do dinheiro e nos permitem comprar bens e serviços no mercado, e não direitos cuja reivindicação e exercício moldam a sociedade em que vivemos, levou lentamente a identidade do consumidor "humano" a prevalecer sobre a do ator político. Essa ideia acabou nos configurando, ou seja, fazendo com que nos víssemos não como atores políticos conscientes de que suas ações têm consequências para a vida de toda a polis e para a distribuição de poder dentro dela, mas como consumidores "humanos" que só aproveitam suas ações e reivindicações para obter a satisfação imediata que elas proporcionam.

---

<sup>34</sup> Em tradução nossa: "os direitos universais não pressupõem a presença, mas a ausência de preferências que diferem de indivíduo para indivíduo".

A diferenciação e o crescimento exponencial do consumo que são estimulados por essa mudança no estado de bem-estar social desenvolvem, rapidamente, a sensação de que nem todo consumo pode ser garantido a todos e que a explosão qualitativa e quantitativa do consumo, à medida que a capacidade de padronização do estado de bem-estar social desaparece, produz uma pluralidade de identidades que começam a ser percebidas como radicalmente alternativas e baseadas em estilos de vida (de consumo) inegociáveis.

Para lidar com o risco de desintegração social<sup>35</sup> que a configuração dos cidadãos como consumidores acarretava, os Estados desenvolveram, juntamente com os direitos sociais, uma rede de aparatos administrativos capazes de coletar e armazenar informações sobre os indivíduos para poder "monitorá-los" e "orientá-los" (GIDDENS, 1981, p. 169). A percepção de que a ordem social liberal, na medida em que confia ao mercado, e não à racionalidade incorporada no ego que controla os desejos e as reivindicações, a estruturação da personalidade dos sujeitos, tem em si mesma, nietzscheamente, o princípio de sua destruição, leva, de forma rasteira, a mudar radicalmente a normatividade das sociedades liberais.<sup>36</sup> A lei, que, de acordo com a concepção liberal, deveria transcender as contingências empíricas e transmitir prescrições uniformes para todos os sujeitos, está subordinada às descobertas das ciências humanas (psicologia, criminologia, sociologia etc.). O indivíduo não é mais concebido como um sujeito abstrato capaz de determinar autonomamente suas próprias escolhas, mas como um ser cujos perfis são, por um lado, evanescentes e problemáticos e, por outro, "intrinsecamente ligados aos métodos de vigilância adotados pelo aparato estatal em sua atividade política" (GIDDENS, 1981, p. 205).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: DA TEORIA NORMATIVA AO CONFLITO PROCESSUALIZADO – O CAMINHO PARA A SUBJETIVIDADE POLÍTICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

---

<sup>35</sup> Nota do autor: A manifestação mais óbvia da percepção de que a organização das sociedades contemporâneas acarreta o risco de desintegração social pode ser encontrada na tentativa gigantesca de Talcot Parsons de dar à ordem um fundamento sociológico. O sociólogo americano, de fato, ciente de que os cidadãos não podem reivindicar tudo o que lhes vem à cabeça e se comportar de forma a maximizar seu prazer, seja ele qual for, confia o papel de pedra angular da ordem social à família e a outras instituições de socialização primária, atribuindo a elas a tarefa de estruturar a personalidade das crianças. A solidariedade social é garantida na medida em que as crianças aprendem que devem se comportar de forma a não frustrar as expectativas sociais sobre seu comportamento. Parsons qualifica como atos desviantes e, portanto, não apenas para serem reprimidos, mas também para serem tomados como um indicador da necessidade de ressocialização, todos os comportamentos que desapontam essas expectativas.

<sup>36</sup> Nota do autor: O próprio Marshall (1976, p. 57) parecia estar imediatamente ciente desse processo; de fato, ele escreve: "os direitos sociais em sua forma moderna envolvem uma invasão do contrato pelo status, [...] e a substituição da declaração de direitos pela livre negociação".

O fato de a evolução da estratégia assistencialista não ser um caminho satisfatório é demonstrado pelo fato de que ela acaba dando origem à padronização dos serviços prestados e, portanto, à definição de necessidades lícitas. Um resultado substancialmente análogo ao das teses rawlsianas, embora – pelo menos – não inervado pela ideia de que a padronização é um dever moral do próprio sujeito, seu eu razoável, que deve ser culpado se fizer reivindicações que não correspondam aos padrões exigidos. A evolução do bem-estar de acordo com a lógica do mercado e o processo correspondente de padronização de serviços e necessidades deram origem ao desenvolvimento paradoxal simultâneo da demanda por serviços públicos e da oposição<sup>37 34</sup> à sua satisfação, em nome dos direitos civis, em última análise, o direito dos indivíduos de controlar uma parte de sua renda para ser usada livremente no mercado. Seria um erro descartar essa oposição como uma defesa mesquinha dos direitos de propriedade e, portanto, de posições de privilégio, embora esse aspecto não seja de forma alguma insignificante. Na verdade, embora a polêmica contra os direitos sociais possa ser vista como a expressão de interesses cristalizados em torno da figura do proprietário privado, ela também é a expressão do ideal de liberdade individual que fundamenta a noção de cidadania (HABERMAS, 1992, p. 136). Essas oposições, portanto, também devem ser vistas como reivindicações de uma fonte independente de poder e iniciativa econômica (BARBALET, 1992, p. 51) devido a um maior senso de dependência das instituições e de seu poder de decisão. Elas são um sinal de que o que Foucault (1988, p.163) chamou de "normalizações disciplinares" é percebido como incompatível com o ponto central da teoria liberal: o modelo antropológico do sujeito de direitos.

A "abordagem das capacidades" que Nussbaum desenvolve, partindo da crítica do primeiro Rawls, não me parece, no entanto, um bom ponto de partida para identificar uma forma de proteger a autonomia das pessoas com deficiência; pelo contrário, corre o risco, oculto pelo modelo particular de personalidade que abarca, de se deparar com os mesmos problemas das teorias rawlsianas. De fato, a filósofa americano argumenta que as capacidades humanas fundamentam "ciò che le persone sono realmente in grado di fare e di essere, per mezzo dell'idea intuitiva di ciò che significa – vivere – **una vita umanamente dignitosa**"<sup>38</sup> (NUSSBAUM, 2007, p. 87, com destaque do autor). Essa definição, o critério da dignidade, abre o problema do paternalismo, a "vida humanamente digna" se qualifica como um conceito inerentemente normativo, que acaba desempenhando o papel do eu

---

<sup>37</sup> Nota do autor: Veja CROZIER e WATANUKI (1975), OFFE (1977) e O'CONNOR (1973).

<sup>38</sup> Em tradução nossa: "o que as pessoas são realmente capazes de fazer e ser, por meio da ideia intuitiva do que significa – viver – uma vida humanamente digna".

"razoável" no modelo hierárquico dualista. Essa preocupação não é preconceito de um filósofo acostumado à hermenêutica da suspeita, mas um problema que surge continuamente na prática. O caso arquetípico desse problema surgiu há cerca de trinta anos (era 1991), quando o prefeito da cidade francesa de Morsang-sur-Orge proibiu a prática de "jogar anões", alegando que era prejudicial à dignidade humana. A ordem do prefeito foi prontamente contestada pelo anão, que foi privado da possibilidade de trabalhar, mas foi considerada legítima pelo Conselho de Estado francês como uma medida para "prévenir une atteinte à l'ordre public, dont une des composantes est le respect de la dignité de lapersonne humaine"<sup>39</sup><sup>40</sup>. Embora, portanto, o anão considerasse a proteção de sua suposta dignidade como uma violação de sua liberdade, os juízes franceses interditaram sua atividade: eles usaram um conceito de dignidade que não tinha nenhuma relação com as escolhas de estilo de vida do anão. Esse é um caso emblemático da abordagem kantiana, segundo a qual a liberdade do indivíduo deve se curvar a um conceito heterônomo de dignidade; o anão não foi considerado "capaz" de reconhecer e defender sua dignidade.<sup>41</sup>

A matriz kantiana (e paternalista) não é ocultada, mas justificada pela filósofa americana quando ela argumenta que as capacidades "dovrebbero essere perseguite per ciascun individuo, trattando ognuno come fine e nessuno come un mero strumento per fini altrui"<sup>42</sup> (NUSSBAUM, 2007, p. 88). A restrição parece se aplicar tanto ao próprio sujeito quanto a terceiros: uma pessoa não pode se tratar como uma ferramenta, como fez o anão, nesse caso para ganhar a vida. Como mencionado, nas teses de Nussbaum, o problema parece menos evidente do que no "Liberalismo Político", devido à peculiaridade do ideal de pessoa que elas propõem, aquele milliano: as "capacidades" a serem reconhecidas nos sujeitos têm como objetivo dar a eles as capacidades críticas para escolher seu próprio caminho na vida e realizá-lo para se expressar, de modo a se realizarem **plenamente como seres humanos** (NUSSBAUM, 2003, p. 132, com destaque do autor). Está claro que os conceitos destacados em itálico não são cavalos de Troia, mas portas escancaradas pelas quais essa posição se abre para a afirmação de uma liberdade positiva com todos os riscos (e problemas) que Berlim nos mostrou.

A questão também parece complicada pelo fato de que a filósofa americana, ainda que

---

<sup>39</sup> Em tradução nossa: "prevenir um atentado à ordem pública, que tem como um dos seus elementos o respeito pela dignidade humana".

<sup>40</sup> Nota do autor: Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, 136727.

<sup>41</sup> Nota do autor: Para uma discussão sobre essas questões, consulte GENOVESE e SANTORO (2019, p. 543-579).

<sup>42</sup> Em tradução nossa: "devem ser buscadas para cada indivíduo, tratando todos como um fim e ninguém como uma mera ferramenta para os fins dos outros".

argumente que é tarefa dos governos colocar os indivíduos em posição de desenvolver e expressar suas próprias capacidades, acaba, como Rawls, confiando o "florescimento da pessoa" à benevolência:

[...] la piena inclusione delle persone con menomazioni richiede una benevolenza consistente e profonda, che implichi la disponibilità al sacrificio non solo del proprio vantaggio, ma anche di quello del gruppo: questo significa cooperare con persone con le quali sarebbe possibile e vantaggioso non cooperare per nulla (NUSSBAUM, 2007, p. 142).<sup>43</sup>

Disso emerge um sistema no qual "a necessidade de cuidados em tempos de extrema dependência" é definida como "uno dei criteri salienti per definire una società sufficientemente giusta",<sup>44</sup> no qual uma sociedade, para ser considerada justa, deve garantir uma assistência "adequata per le persone dipendenti, siano esse bambini, anziani, malati o disabili, [...] orientata a sostenere le capacità di vita, salute e integrità fisica"<sup>45</sup> (NUSSBAUM, 2007, p. 185-186), na qual fornecer esses cuidados significa reconhecer essas pessoas como "cidadãos dignos de direitos". No entanto, não está claro se essa necessidade de cuidados resulta em um "direito" no sentido jurídico, que é, portanto, exigível perante um juiz e que, se reconhecido, pode ser satisfeito pelo recurso à força pública, ou um "direito moral" remetido à benevolência de outros membros da comunidade, ou, finalmente, uma solução baseada na liberdade positiva, os membros da comunidade "devem ser benevolentes", eles não podem ser considerados como tal em seu próprio direito se não o forem. Esse problema também deve ser abordado levando-se em conta que, quanto mais o direito de receber cuidados se baseia na benevolência, mais ele depende da concepção de vida digna da sociedade que cerca o sujeito que precisa de cuidados. Basta pensar no direito à sexualidade – ênfase a sexualidade e não a afetividade – que até mesmo nosso Tribunal Constitucional reconheceu recentemente como um direito fundamental ao "florescimento da personalidade humana": esse é um direito que as pessoas com deficiência devem confiar à benevolência das pessoas ao seu redor? Ou o Estado tem o dever de estabelecer um serviço para profissionais do sexo? A reivindicação de uma pessoa de ser atendida em sua essência é exigir que algumas pessoas prestem serviços sexuais profissionalmente? Ou é uma reivindicação irracional que deve ser erradicada? que deve ser ensinada a não avançar? E, novamente, os membros não

---

<sup>43</sup> Em tradução nossa: "a inclusão total de pessoas com deficiências requer uma benevolência consistente e profunda, o que implica uma disposição de sacrificar não apenas a própria vantagem, mas também a do grupo: isso significa cooperar com pessoas com as quais seria possível e vantajoso não cooperar de forma alguma".

<sup>44</sup> Em tradução nossa: "um dos critérios mais importantes para definir uma sociedade suficientemente justa".

<sup>45</sup> Em tradução nossa: "adequada para pessoas dependentes, sejam elas crianças, idosos, doentes ou deficientes, [...] orientada para a manutenção das habilidades para a vida, da saúde e da integridade física".

cooperativos da sociedade são aqueles que se recusam a ser profissionais do sexo? Mesmo essa última pergunta não é um preconceito filosófico em uma sociedade que não pode garantir às mulheres o "direito" ao aborto por causa da objeção de consciência dos ginecologistas.

A discussão sobre os direitos das pessoas com deficiência, como qualquer outra discussão sobre direitos, deve, acredito, começar pelo reconhecimento da impossibilidade de fundar a ordem política no "verdadeiro eu" dos indivíduos, na "razoabilidade" capaz de controlar as reivindicações, nas reivindicações de uma pessoa ideal aberta ao mundo e com um senso crítico desenvolvido (uma imagem na qual, tenho certeza, muitos de nós, como Nussbaum, gostamos de nos ver). Deve-se refletir sobre o fato de que, a partir de Max Weber, desenvolveu-se no Ocidente uma tendência de dissociar a legitimidade do governo dos valores professados pelos indivíduos. Essa tendência levou ao desenvolvimento de uma concepção de liberdade – que proponho chamar de "neoclássica" – que simplesmente tenta fundamentar a liberdade na própria tradição liberal, deixando de lado a questão da identidade do indivíduo e sua autorrealização. A concepção "neoclássica" de liberdade tem o grande mérito de deslegitimar qualquer intervenção estatal que vise moldar o cidadão de acordo com seu suposto "verdadeiro eu". Assim, possibilita a repolitização do conflito social que a tradição contratualista tentou internalizar no próprio sujeito, moralizando-o.

Essa concepção de liberdade é, ao contrário do que foi preconizado por muitos autores no início da década de 1970, completamente desvinculada da ideia de autonomia individual. Em minha opinião, esse é seu maior mérito, pois permite que a definição dos direitos e, portanto, da esfera da liberdade, seja confiada ao conflito político. De acordo com essa concepção, que pode-se dizer ter surgido das teses de Berlim, a liberdade é entendida como o espaço dentro do qual o sujeito está autorizado a se mover, um espaço rigorosamente definido e delimitado, mas que sempre pode ser redefinido por meio de conflitos e cuja delimitação é continuamente rediscutida, diariamente nos tribunais, independentemente de sua configuração concebível por um eu supostamente racional. A partir dessa noção de liberdade, não há nenhuma estrutura normativa "justa" transcendente à qual cada indivíduo esteja obrigado a se conformar, à qual ele deva adaptar suas reivindicações, sob pena de serem consideradas patológicas. Toda estrutura normativa é um contingente criado por uma constelação de poder: diante do indivíduo que denuncia uma determinada restrição social como uma interferência indevida, como uma pressão intolerável, não se pode fazer outra coisa senão registrar a existência de um conflito aberto entre esse indivíduo e a sociedade ou alguns de seus membros, o desdobramento de uma disputa que tem como aposta uma possibilidade de ação que não está dada de uma vez por todas, mas é determinada no jogo sempre móvel

e arriscado da oposição e da resistência. Em uma perspectiva que podemos definir como *latu sensu* foucaultiana: a liberdade do sujeito não é uma medida rígida e fixa, o recipiente de poderes que, atribuídos ao sujeito, definem seu papel e sua identidade; ela é antes o resultado que nunca é definitivamente adquirido de uma dinâmica que redefine continuamente os contornos da individualidade, é tudo o que o sujeito consegue ser em sua oposição ativa e precária às pressões "externas".

Essa concepção configura uma sociedade na qual os contornos de uma pessoa são desenhados por uma dinâmica intersubjetiva na qual o conflito desempenha um papel não menos importante do que a integração. À luz dessa concepção, os "direitos subjetivos" não são os pilares de uma "ordem justa", mas os instrumentos do conflito processualizado, o meio pelo qual uma sociedade permite que as pessoas, inclusive aquelas com deficiência, tentem transformar seus "problemas privados" em problemas legais e, portanto, políticos, em reivindicações a serem apresentadas a um juiz.

## REFERÊNCIAS

BARBALET, Jack. **Cittadinanza: diritti, conflitto e dieguaglianza sociale**. Padova: Liviana, 1992.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. *In*: BLAUG, Ricardo; SCHWARZMANTEL, John. **Democracy: A Reader**. Columbia University Press, 2016. p. 111-114.

CROZIER, Michel; HUNTINGTON, Samuel P.; WATANUKI, Joji. **The crisis of democracy**. New York: New York University Press, 1975.

FOUCAULT, Michel. **Politics, Philosophy, Culture Interviews and Other Writings**. New York, Routledge, 1988,

GENOVESE, Diana; SANTORO, Emilio. L'articolo 18 (tu immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità. *In*: **Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali**, n. 2018/159, 2018.

GIDDENS, Anthony. **A Contemporary Critique of Historical Materialism**. London: Macmillan, 1981.

HABERMAS, Jürgen. **Morale diritto e politica**. Torino: Einaudi, 1992

HUME, David. Trattato sulla natura umana. *In*: HUME, David. **Opere, I**. Laterza: Bari, 1971.

MARCUSE, Herbert. **L'uomo a una dimensione: l'ideologia della società industriale avanzata**. Torino: Einaudi, 1967.

MARSHALL, Tomas Humphrey. **Cittadinanza e classe sociale**. UTET, Torino, 1976

MARSHALL, Tomas Humphrey. Reflections on power. In: **Sociology**, v. 3, n. 2, p. 141-155, 1969.

NUSSBAUM, Martha. **Le nuove frontiere della giustizia**: disabilità, nazionalità, appartenenza di specie. Bologna: Il Mulino, 1999.

NUSSBAUM, Martha. **Capacità Personale e Democrazia Sociale**. Parma: Diabasis, 2003.

NUSSBAUM, Martha. **Le nuove frontiere della giustizia**: disabilità, nazionalità, appartenenza di specie. Bologna: Il Mulino, 1999.

O'CONNOR, James. **The Fiscal Crisis of the State**. New York: St. Martin's Press, 1973.

OFFE, Claus. **Lo stato nel capitalismo maturo**. Milano: Etas Libri, 1977.

RAWLS, John. **Utilitarismo e oltre**. Milano: Il Saggiatore, 1990

RAWLS, John. **Liberalismo politico**. Milano: Comunità, 1994.

SANTORO, Emilio. Autonomia individuale, libertà e diritti. In: SANTORO, Emilio. **Una critica dell'antropologia liberale**. Pisa: Edizioni ETS, 1999.