ISSN 1413-3571
E-ISSN 2447-3855

juris

Revista da Faculdade de Direito
Universidade Federal do Rio Grande

FURG
UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO GRANDE

V. 33 n. 2, 2023

Juris

vol. 33, n. 2, 2023

FURG
UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO GRANDE

Juris
vol. 33, n. 2, 2023

ISSN 1413-3571
E-ISSN 2447-3855

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA JURIS

Editores-chefes / *Editors-in-chief*
Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
José Ricardo Caetano Costa (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)

Editores-assistentes / *Assistant-Editors*
Willians Meneses (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Consultor Editorial / Editor Assistente / Revisor / Projeto Gráfico
Raphael Schimidt Pereira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Assistente Editorial

CONSELHO EDITORIAL / *EDITORIAL BOARD*

Adélie Marie Andree Pomad (Universitéd'Orleans- Orleans/França)
Akiyo Takenaga (Universidade de Shinshu – Tóquio/Japão)
Alexandre Morais da Rosa (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Alfredo Alejandro Gugliano (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFGRS - Porto Alegre/RS)
Álvaro Sanches Bravo (Universidad de Sevilla – Sevilla/Espanha)
Ana Patricia Noguera de Echeverri (Universidad Nacional de Colombia – Manizales/Colombia)
Anderson Orestes Cavalcante Lobato (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Andrés Rossetti (Universidade Nacional de Córdoba – Córdoba/ Argentina)
Carlos Alberto Lunelli (Universidade de Caxias do Sul – UCS – Caxias do Sul/RS)
Carlos André Sousa Birnfeld (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Carlos Teodoro José Hugueney Irigaray (Universidade Federal do Mato Grosso – UFMT -Cuiabá/MT)
Clovis Demarchi (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Daniel Olioto, PUC Argentina
Denise Schmitt Siqueira Garcia (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Eder Dion de Paula Costa (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Ednilson Donisete Machado (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM – Marília/SP)
Elaine Harzhein Macedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Eliane Cristina Pinto Moreira (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Erivaldo Filho Cavalcanti (Universidade Federal do Amazonas – UEA – Amazonas/AM)
Everton das Neves Gonçalves (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Felipe Kern Moreira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Felix Adolfo Lamas (Universidad Católica Argentina -PUC – Argentina)
Fernando Araújo (Universidade do Porto – Porto/Portugal)
Fernando de Brito Alves (Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/PR)
Francisco Quintanilha Veras Neto (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/ RS)
Gonzalo Aguilar Cavallo (Universidad de Valparaíso, Talca/Chile)
Hector Cury Soares (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Hermerson Luiz Pase (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Ivan Porfírio Santos Víctores (Universidad Central Marta Abreu de Las Villa – UCLV -Santa Clara/Cuba)
Ivone Fernandes Morcilo Lixa (Fundação Universitária Regional de Blumenau – FURB – Blumenau/SC)
Jaime Gabriel García Ruiz (Universidad Central Marta Abreu de Las Villa – UCLV -Santa Clara/Cuba)
Janaína Thaddeu Calil de Freitas (Università degli Studi Roma Ter -

Itália)
Jane Lucia Wilhelm Berwanger, (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI – Santo Ângelo/RS)
Joachim Englisch (Universität Münster - Alemanha)
Joana Stelzer (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
João Batista Lazzari (Faculdade Cesusc – Florianópolis/SC)
José Alcebíades de Oliveira Junior (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI – Santo Ângelo/RS)
José Joan Moreso (Universitat Pompeu Fabra - Espanha)
José Rubens Morato Leite (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Juliana Teixeira Esteves (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE – Recife/PE)
Julio César Llanan Nogueira (Universidad Nacional de Rosário – Argentina)
Júlio Lanane (Universidad Católica Argentina -PUC – Argentina)
Laura Souza Lima e Brito (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Liane Francisca Hüning Pazinato (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Luciano Vaz Ferreira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Marcelo Eibs Cafrune (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Marcelo Nerling (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Márcia Bertoldi (Universidade Federal de Pelotas – UFPel – Pelotas/RS)
Marco Aurélio Serau Júnior (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Maria Cláudia Crespo Brauner (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Maria Cristina Cereser Pezzela (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - Porto Alegre/RS)
Maria de Fátima Prado Gautério (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Maria de las Nieves Cenicacelaya (Universidad Nacional de La Plata – La Plata/Argentina)
Mario Garmendia Arigón (Universidade de la República – Montevideo/Uruguai)
Marion Bary (França)
Miguel Antonio Silveira Ramos (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Orlando Luiz Zanon Júnior (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Osvaldo Agripino de Castro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Osvaldo de Castro (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS - Três Lagoas/MS)
Oton Albuquerque Vasconcelos Filho (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE – Recife/PE)
Paulo Ricardo Opuszka (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Philippe Pierre (França)
Rafael Fonseca Ferreira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Renato Duro Dias (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Renato Negretti Cruz (Universidade São Judas Tadeu – São Paulo/SP)
Rodrigo Garcia Schwarz (Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC - Florianópolis/SC)
Rogério Dutra dos Santos (Universidade Federal Fluminense - UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Rogério Portanova (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Rubens Soares Vellinho (Universidade Católica de Pelotas – UCPEL – Pelotas/RS)
Salah Hassan Khaled Junior (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Samyra Haidêe dal Farra Naspolini Sanches (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – São Paulo/SP)
Saulo Tarso Rodrigues (Universidade Federal de Mato Grosso – Cuiabá/MT)
Sheila Stolz da Silveira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS) (Brasil)
Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Valmir Cézar Pozzetti (Universidade Federal do Amazonas – UEA – Amazonas/AM)
Vicenzo Durant (Itália)
Vladmir Oliveira da Silveira (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS – Campo Grande/MS) (Brasil)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME) / *AUTHORS (OF THIS VOLUME)*

Adriano Stanley Rocha Souza (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUCMG, Belo Horizonte/MG, Brasil)

Carolina Silvestre (Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP, Brasil)

César Augusto Costa (Universidade Católica de Pelotas, UCPEL, Pelotas/RS, Brasil)

Edgard Gonçalves da Costa (Legale Educacional, São Paulo/SP, Brasil)

Fábio Agne Fayet (Centro Universitário da Serra Gaúcha, FSG, Caxias do Sul/RS, Brasil)

Fernanda Ollé Xavier (Universidade Católica do Salvador, UCSAL, Salvador/BA, Brasil)

Jane Lúcia Wilhelm Berwanger (Faculdade CERS, Recife/PE, Brasil)

Jonas Rodrigo Gonçalves (Universidade Católica de Brasília, Brasília/ DF, Brasil)

Lahys de Lima Camelo (Faculdade CERS, Recife/PE, Brasil)

Leandro José de Souza Martins (Instituto Federal Minas Gerais, IFMG, Brasil)

Leonardo Bortolozzo Rossi (Universidade Estadual Paulista, UNESP, Franca/SP, Brasil)

Lucas Câmara de Assis (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUCMG, Belo Horizonte/MG, Brasil)

Luís Gustavo Durigon (Universidade Federal de Santa Maria - UFSM - Santa Maria/RS)

Melquiades Peixoto Soares Neto (Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Natal/RN, Brasil)

Oton Albuquerque de Vasconcelos Filho (Faculdade CERS, Recife/PE, Brasil)

Pedro Henrique Baiotto Noronha (Sociedade Educacional Três de Maio, SETREM, Três de Maio/RS, Brasil)

Renato Bernardi (Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP, Brasil)

Valerio Cesar Milani e Silva (Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Itajaí/SC, Brasil)

Yuri Costa Batista (Faculdade Processus, PROCESSUS, Brasília/DF, Brasil)

PARECERISTAS (DESTE VOLUME) / *REVIEWERS (OFTHISNUMBER*

Adriane Medianeira Toaldo (Universidade Luterana do Brasil, ULBRA, Brasil)

Alberto Luiz Hanemann Bastos (Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, FARESC, Brasil)

Andre Luiz Valim Vieira (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil)

Ariel Engel Pesso (Universidade de São Paulo, USP, Brasil)

Caroline Fockink Ritt (Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, Brasil)

Danilo Scramin Alves (Universidade Federal do Acre, UFAC, Brasil)

Eder Dion de Paula Costa (Universidade Federal do Rio Grande, FURG, Brasil)

Everton das Neves Gonçalves (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil)

Gabriel Victor Zaparoli de Oliveira (Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, PR, Brasil)

Jane Lucia Wilhelm Berwanger (Faculdade CERS, Recife/PE, Brasil)

Luiz Claudio Pires Costa (Universidade do Estado do Amazonas, UEA, Brasil)

Marco Aurélio Serau Júnior (Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil)

Maycon Leandro Conceição (Universidade Federal de São Carlos, UFSCar, São Carlos/SP, Brasil)

Rafael Pacheco Lanes Ribeiro (Centro Universitário de Viçosa - Univiçosa, Univiçosa, Brasil)

Robson Antão de Medeiros (Universidade Federal da Paraíba, UFPB, Brasil)

Rubens Soares Vellinho (Universidade Católica de Pelotas, UCPEL, Brasil)

Valter Moura do Carmo (Universidade Federal do Tocantins, UFT, Brasil)

Vanessa dos Santos Moura (Universidade Federal da Fronteira Sul, UFFS, Brasil)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores



Revista Juris
Universidade Federal do Rio Grande – FURG
Faculdade de Direito - FADIR
juris@furg.br
Campus Carreiros – FURG –Rio Grande/RS
CEP 96203-900 – Rio Grande –RS
Telefone: 55-53 3293 5070



Reitor
Danilo Giroldo

Vice-Reitor
Renato Duro Dias

Chefe de Gabinete do Reitor
Jacira Cristiane Prado da Silva

Pró-Reitor de Extensão e Cultura
Daniel Porciuncula Prado

Pró-Reitor de Planejamento e Administração
Diego D'ávila da Rosa

Pró-Reitor de Infraestrutura
Rafael Gonzales Rocha

Pró-Reitora de Graduação
Sibele da Rocha Martins

Pró-Reitora de Assuntos Estudantis
Daiane Teixeira Gautério

Pró-Reitora de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas
Lúcia de Fátima Socoowski de Anello

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação
Eduardo Resende Secchi

Pró-Reitora de Inovação e Tecnologia da Informação
Danúbia Bueno Espíndola

Editora da FURG / Coordenação
Cleusa Maria Lucas de Oliveira

Sumário

Apresentação.....10

Direitos Humanos, Diversidade e Sociedade Digital

Epidemia e pandemia *criminalis*: contributo à compreensão e delimitação dos crimes contra a saúde pública
Epidemic crime and pandemic criminal: contribuition to understandig and delimiting crimes against public health
Luís Gustavo Durigon, **Fábio Agne Fayet** e **Pedro Henrique Baiotto Noronha.....12**

Os movimentos indígenas na Abya Yala: horizontes nas lutas pelas territorialidades
Indigenous movements in Abya Yala: horizons in the Struggles for terrorialities
César Augusto Costa e **Fernanda Ollé Xavier.....34**

O direito internacional privado e o seu papel na ética migratória na era dos direitos humanos
Private international law and its role in migration ethics in the human rights era
Leonardo Bortolozzo Rossi.....50

A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes
The protection of personal data of children and adolescents
Edgard Gonçalves da Costa.....71

Cidadania, Educação e Sustentabilidade

Contratos administrativos: cláusulas exorbitantes e sua relação com o princípio da supremacia do interesse público à luz da Lei 14.133/2021
Administrative contracts: exorbitant clauses and their relationship with the principle of the supremacy of the public interest in accordance with Law 14.133/2021
Jonas Rodrigo Gonçalves e **Yuri Costa Batista.....90**

Reflexões acerca da interrupção do fornecimento de serviço público diante da tutela do consumidor como direito fundamental
Reflections about the interruption of public service supply in the face of consumer protection as a fundamental right
Adriano Stanley Rocha Souza e **Lucas Câmara de Assis.....108**

O início de prova material como integrante da causa de pedir para fins de definição da coisa julgada na lide previdenciária
The initiation of material evidence as part of the cause of action for the purposes of defining res judicata in the social security dispute
Melquiades Peixoto Soares Neto.....128

Manifestações do Mundo Vuca no contexto pandêmico e as consequências físicas e mentais em teletrabalhadores do setor privado
Manifestations of the vuca world in the pandemic context and the physical and mental consequences in private sector teleworkers
Jane Lúcia Wilhelm Berwanger, **Oton Albuquerque de Vasconcelos Filho** e **Lahys de Lima Camelo.....145**

Uma carta liberal ou socialista? Uma análise do modelo constitucional brasileiro de desenvolvimento
A liberal or socialist letter? An analysis of the brazilian constitucional development model
Valerio Cesar Milani e Silva.....159

Busca ativa e focalização do Benefício de Prestação Continuada (BPC) como forma de garantir o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 10 da Agenda 2030 – Redução das desigualdades
Active search and focus on the BPC as a way to guarantee SDG no. 10 of the 2030 Agenda – Reduction of inequalities
Renato Bernardi e **Carolina Silvestre.....174**

Educação superior e cidadania democrática: os desafios e possibilidades de uma educação pela e para tolerância
Higher education and democratic citizenship: the challenges and possibilities of education for and through toleration
Leandro José de Souza Martins.....187

Apresentação

É com satisfação que apresentamos mais um número da **Juris - Revista da Faculdade de Direito** da FURG.

Nesta edição, contamos com 11 artigos distribuídos entre as duas Seções da Revista, com a contribuição de autores e autoras de diversas regiões do país, especificamente dos estados de Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Minas Gerais, Distrito Federal, Bahia, Pernambuco, Rio Grande do Norte e do Rio Grande do Sul, em artigos que abordam temas contemporâneos e de grande relevância. São 4 autores(as) do Rio Grande do Sul e 15 de fora do Estado, correspondendo a 78,95% dos(as) autores(as) da edição.

A Seção *Direitos Humanos, Diversidade e Sociedade Digital* contém 4 artigos.

A pesquisa intitulada *Os movimentos indígenas na Abya Yala: horizontes nas lutas pelas territorialidades* destaca as lutas dos movimento indígenas no Brasil, sugerindo a necessidade de uma crítica latino-americana para reconhecer a autonomia indígena e os direitos da natureza.

Já o artigo *O Direito Internacional Privado e o seu papel na ética migratória na era dos direitos humanos* discute a ressignificação de institutos clássicos desse ramo do direito no quadro da mobilidade humana internacional, destacando a importância do direito internacional privado na construção de um direito dos migrantes centrado nos direitos humanos.

Em *Epidemia e pandemia criminalis: contributo à compreensão e delimitação dos crimes contra a saúde pública*, os autores enfocam crimes contra a saúde pública, procurando delimitar os contornos dogmáticos desses delitos e apresentar novas perspectiva para a imputação penal a eles relativa.

No artigo *"A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes"* analisa-se a problemática envolvendo a proteção de dados de menores na perspectiva da Lei Geral de Proteção de Danos (LGPD), discutindo as diretrizes da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD). A pesquisa destaca a necessidade de uma abordagem específica para a questão da proteção dos dados que envolvam crianças e adolescentes.

A Seção *Cidadania, Educação e Sustentabilidade* conta com 7 artigos.

Em *Contratos administrativos: cláusulas exorbitantes e sua relação com o princípio da supremacia do interesse público à luz da Lei 14.133/2021* investiga-se a questão da superioridade do Poder Público na relação com a parte privada nos contratos administrativos, em virtude das cláusulas exorbitantes e do princípio da supremacia do interesse público.

No artigo *Reflexões acerca da interrupção do fornecimento de serviço público diante da tutela do consumidor como direito fundamental,* analisa-se o problema da (in)constitucionalidade da interrupção do fornecimento de serviços públicos em caso de inadimplência do consumidor. Contrasta-se essa possibilidade com os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção do consumidor.

Já em *O início de prova material como integrante da causa de pedir para fins de definição*

da coisa julgada na lide previdenciária examina-se a influência da prova material na concessão de benefícios previdenciários em juízo, sustentando-se a necessidade de reinterpretação dos requisitos concessórios nos processos previdenciários.

Ainda, na pesquisa *Manifestações do Mundo Vuca no contexto pandêmico e as consequências físicas e mentais em teletrabalhadores do setor privado* aborda-se os impactos do "Mundo VUCA" (volatilidade, incerteza, complexidade e ambiguidade) na saúde física e mental dos teletrabalhadores durante a pandemia de Covid-19. A pesquisa destaca a necessidade de estratégias de cuidado e a importância do direito na proteção dos teletrabalhadores.

Em *Uma carta liberal ou socialista? Uma análise do modelo constitucional brasileiro de desenvolvimento* explora-se o modo como as diferentes ideologias contribuíram para a formação constitucional brasileiro, moldando institutos e políticas públicas.

O artigo *Busca ativa e focalização do Benefício de Prestação Continuada (BPC) como forma de garantir o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 10 da Agenda 2030 – Redução das desigualdades* aborda o modo como o BPC pode atuar na redução das desigualdades sociais, colaborando no alcance do ODS 10 da Agenda 2030 da ONU. A pesquisa identifica possibilidades de incrementar o alcance do BPC, qualificando essa política pública.

Por fim, em *Educação superior e cidadania democrática: os desafios e possibilidades de uma educação pela e para tolerância*, exploram-se as conexões entre a promoção de valores republicanos e de tolerância, e a necessidade de qualificação dos currículos na educação superior.

Agradecemos a todos os(as) autores(as) e pareceristas, que tornaram possível a presente edição. Os esforços de promoção e divulgação da ciência jurídica, nos quais se insere a Revista Juris, são tributários dos esforços desses pesquisadores.

Esperamos que todos(as) tenham uma excelente leitura.

Prof. Dr. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa
Editor

Epidemia e pandemia *criminalis*: contributo à compreensão e delimitação dos crimes contra a saúde pública

Luís Gustavo Durigon [1]
Universidade Federal de Santa Maria - UFSM - Santa Maria/RS
E-mail: durigonlg@gmail.com

Fábio Agne Fayet [2]
Centro Universitário da Serra Gaúcha, FSG, Caxias do Sul/RS, Brasil
E-mail: fabio@fayet.adv.br

Pedro Henrique Baiotto Noronha [3]
Sociedade Educacional Três de Maio, SETREM, Três de Maio/RS, Brasil
E-mail: penriquers@hotmail.com

Resumo: Este trabalho está albergado no âmbito nos crimes contra saúde pública, precisamente para delimitação entre o crime de epidemia e a pandemia criminal, a plêiade de condutas criminosas que brotou em ebulição nos tempos estranhos e excepcionais vividos a partir do ano de 2020. Neste cenário, avultaram situações fáticas que desafiam a imputação pela prática do crime de epidemia, de modo que o problema de pesquisa consiste na seguinte indagação: é possível a imputação pelo crime de epidemia em meio à pandemia? A primeira hipótese reside na lógica semântica de ser possível tal imputação; e a segunda, um pouco mais ousada, a partir da impossibilidade desta imputação, reside em - no mínimo - delimitar o crime de epidemia e invocar os demais possíveis tipos penais aplicáveis a condutas decorrentes deste estado de pandemia. Os objetivos principais vêm atrelados à verificação dos contornos do crime de epidemia e tipos mais próximos, balizando, em alguma medida, os caminhos legítimos para eventual imputação destes. A relevância é dada pela prática diária que noticiou eventos criminais próprios dos tempos pandêmicos, quase sempre atrelados ao crime de epidemia, desafiando o discernimento entre este tipo penal e os demais que lhe são afetos, exigindo a análise. Adotou-se como método de abordagem o dedutivo, pautando a

1 Doutor em Ciências Criminais pela PUC-RS (Bolsista Capes). Professor Adjunto I do Departamento do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/Mestrado da Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. Vice-coordenador do curso de Direito/noturno da mesma Instituição. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões/URI-SAN. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul/UFRGS. Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta/UNICRUZ. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/7014542059521058. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6667-5690. E-mail: durigonlg@gmail.com.

2 Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2017). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito de Coimbra em parceria com o Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (2004). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1998). Professor de Direito Penal e Processo Penal da FSG - Centro Universitário da Serra Gaúcha. Advogado. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/1361242497259188. ORCID: http://orcid.org/0000-0002-3673-4538. E-mail: fabio@fayet.adv.br.

3 Mestre em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social pela Universidade de Cruz Alta - Unicruz. Especialista em Direito Processual Civil com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2016). Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta - Unicruz (2012). Professor do Curso de Direito da Sociedade Educacional Três de Maio - SETREM. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7731-4268. Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/9628244942300917. E-mail: penriquers@hotmail.com.

técnica de pesquisa pelo tipo bibliográfico, exploratório e qualitativo, por seu viés eminentemente prático na leitura do tema, permitindo que se conclua pela necessidade de novas luzes de análise e verificação da imputação penal em relação aos crimes desta natureza.

Palavras-chave: Excepcionalidade. Imputação. Saúde Pública.

Epidemic crime and pandemic criminal: contribuition to understandig and delimiting crimes against public health

Abstract: This work is located within the scope of crimes against public health, precisely to delimit the crime of epidemic and criminal pandemic, the set of criminal conduct that emerged vehemently in the strange and exceptional times experienced since the year 2020. In this scenario, factual situations arose that challenge the imputation for the practice of the crime of an epidemic, so that the research problem consists of the following question: is it possible to impute for the crime of an epidemic in the midst of the pandemic? The first hypothesis consists in the semantic logic of such imputation being possible; and the second, a little more daring, based on the impossibility of this imputation, consists in - at the very least - delimiting the crime of an epidemic and invoking the other possible criminal types applicable to conduct resulting from this state of pandemic. The main objectives are linked to verifying the contours of the epidemic crime and its closest types, defining, to some extent, the legitimate paths for possible imputation of these crimes. The relevance is given by the daily practice that reported criminal events typical of pandemic times, almost always linked to the crime of an epidemic, challenging the discernment between this criminal type and the others that are related to it, demanding analysis. The deductive method of approach was adopted, basing the research technique on the bibliographic, exploratory and qualitative type, due to its eminently practical bias in reading the topic, allowing it to be concluded that there is a need for new lights of analysis and verification of the criminal charge in regarding crimes of this nature.

Keywords: Criminal statute of limitations; Rule of Law; Constitutional Law.Exceptionality. Imputation. Public Health.

Sumário: 1. Introdução 2. Notas históricas 3. Análise típica do crime de epidemia 4. Cotejo com tipos penais afetos 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho está albergado no âmbito nos crimes contra saúde pública, precisamente para a delimitação entre o crime de epidemia e a pandemia criminal, a plêiade de condutas criminosas que brotou em ebulição nos tempos estranhos e excepcionais vividos a partir do ano de 2020. Com a necessidade de isolamento social e quarentena (dentre outras medidas) para minimizar a disseminação do Coronavírus, determinada pelo artigo 3º da Lei nº 13.979 (BRASIL, 2020a), de fevereiro de 2020, que veio a ser regulamentada pela Portaria n.º 356 do Ministério da Saúde

(BRASIL, 2020b), de 11 de março do mesmo ano, mesma data em que a Covid-19 foi caracterizada pela Organização Mundial da Saúde como pandemia, o país e o mundo foram catapultados a uma condição de excepcionalidade, determinando, rapidamente, uma reestruturação do tecido social, com reflexos diretos na economia, na política, nos hábitos e na vida em sociedade, como também e sobretudo, naquilo que interessa à presente pesquisa, no direito penal e suas comunicações com outros setores das ciências penais. Logicamente, a criminalidade periférica aos problemas postos se avultou e muitas condutas até então de pouca expressão no contexto jurídico pré-pandemia ganharam novos contornos, assim como velhas condutas criminais ganharam novas formas de ocorrência, na melhor exemplificação prática da máxima *hecha la ley, hecha la trampa*, ditado do idioma espanhol que pode ser literalmente traduzido como "feita a lei, feita a armadilha", que segundo Montoya e Rincón V. (2018, p. 1180) está fortemente associada à expressão "se acata, mas não se cumpre", porém acaba por representar, em seu âmago, a adaptação da letra da lei à realidade social, possuindo inclusive, segundo os mencionados autores, uma via dupla, provindo não apenas do cidadão, como também das autoridades.

Neste cenário, surgiram situações fáticas que desafiavam (e até hoje desafiam) em alguma medida a imputação pela prática do crime de epidemia, em face da nova ordem mundial, deixando de lado, timidamente, outros tipos penais adjacentes, de modo que o problema que move esta pesquisa vem talhado nestes singelos termos: é possível a imputação pelo crime de epidemia em meio a pandemia? Para responder a esta problemática, o trabalho adota duas hipóteses: a primeira reside na lógica semântica de ser possível tal imputação, e a segunda, um pouco mais ousada, a partir da impossibilidade da mesma, ao delimitar e rechaçar o crime de epidemia, invocando os demais possíveis tipos penais aplicáveis a condutas decorrentes deste estado de pandemia, mantendo o direito penal, notadamente em casos excepcionais, a sua função em *ultima ratio.* Tais hipóteses descortinam os objetivos principais atrelados à verificação dos contornos do crime de epidemia e dos tipos mais próximos, delimitando, em alguma medida, os caminhos legítimos para eventual imputação deste crime de epidemia e pares em tempos de pandemia.

A importância do tema se apresenta à medida em que, recorrentemente, foram informadas e são objeto de investigação criminal e ações penais condutas que caracterizariam, em tese, o crime de epidemia, pela potencialidade de propagação de germes patogênicos, mas que, de fato, se amoldam a outros tipos penais. Esta multiplicidade de tipos penais coexistentes, para além da análise do concurso em si, e a diversidade de imputação para condutas semelhantes, se não for bem entendida, tende a minar a confiança que se deveria ter na atuação das Instituições judiciais, na defesa do cidadão – sendo certo, desde já, que o Direito penal não foi ferramenta necessária ou eficaz para combater a pandemia e suas mazelas.

Neste passo, justifica-se a presente pesquisa pela análise da delimitação das condutas em si consideradas tanto do crime de epidemia, quanto dos que lhe são próximos. Para proceder a investigação, adotou-se como método de abordagem o dedutivo, pautando a técnica de pesquisa pelo tipo bibliográfico, exploratório e qualitativo, por seu viés eminentemente prático, o que consistiu na leitura e análise da legislação afeta à temática, incluindo a legislação penal e Portarias do Ministério da Saúde, e doutrina no que diz respeito aos enquadramentos típicos relacionados às situações fáticas que se apresentaram no contexto da pandemia da Covid-19, referente as quais

foram utilizados exemplos de situações reais relatadas em reportagens publicadas em sites de notícias, que resultou na divisão do estudo em três seções: algumas notas históricas, cujo objetivo é traçar um panorama sobre a matéria, seguidas de uma análise típica do crime de epidemia, com o intuito de desenhar os limites típicos necessários para esta conduta; e um cotejo com outras figuras típicas diretamente relacionadas à epidemia, para diferenciar cabalmente tais condutas, permitindo-se a extração de algumas considerações conclusivas.

2. NOTAS HISTÓRICAS

A motivação sociopolítica do projeto incriminador geralmente é descrita com detalhes na exposição de motivos dos diplomas repressivos, como forma de publicizar as razões que levaram a criminalização das condutas no seio das sociedades.

No Brasil, em relação aos delitos que interessam à presente pesquisa, inseridos de forma genérica no Título VIII dos Crimes Contra a Incolumidade Pública do Código Penal, mais especificamente no Capítulo III, referente aos Crimes Contra a Saúde Pública, sobretudo em relação à primeira espécie delitiva do referido capítulo, crime de epidemia, tipificado no artigo 267 do Código Penal como "causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos" (BRASIL, 1940) e cuja pena mínima original foi alterada de cinco para dez anos pelo artigo 6º da Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990a), os motivos encontrados são parcos (CAMPOS, 1969, p. 151)

Doutrinariamente, Hungria (1959, p. 98) ao apontar algumas justificativas históricas da tipificação de delitos dessa natureza, refere que remonta a Filangieri, com o apoio de Carrara, o reconhecimento de uma classe de crimes contra a saúde pública, que em seu programa, par. 3170 e 3171, afirma ser fácil demonstrar a necessidade que haja uma classe especial de crime cuja objetividade jurídica preponderante se concretize na saúde pública, destacando que se por um lado há um interesse do indivíduo que sua saúde não seja prejudicada por ação direta de mão inimiga, pela infecção de substâncias indispensáveis para subsistência de suas forças vitais como ar, água alimentos, por outro, sustenta, quando tais substâncias estão relacionadas a um grande número de indivíduos consociados, o direito individual se converte em direito social ou comum, mencionando serem um direito social, neste caso, o ar que circunda uma coletividade, a água que a todos é destinada, os alimentos expostos à venda em público, que podem ser alimento de indeterminado número de pessoas. Daí que, segundo ele, o direito a preservação da saúde pública nasce comum a todos consociados.

Historicamente, as epidemias e as pandemias, que em alguma medida se confundem no universo prático ainda que se diferenciem materialmente e penalmente, de forma sazonal, sempre estiveram presentes e assolaram o mundo nas mais diversas perspectivas, conforme se observa dos estudos de Czeresnia (1997, p. 76), Freitas (2020) e Rezende (2009, p. 946-51) alertando a todos a respeito da vulnerabilidade do homem ante a enfermidade e o poder (Cueto, 2020) - sempre onipresentes em matéria de direito penal - desde que se criaram condições para a existência de aglomerados populacionais. (CARVALHEIRO, 2008, p. 7).

Algumas dessas enfermidades coletivas merecem destaque no contexto histórico, como a

peste negra, ocorrida no século XIV, que teve início na Ásia central e posteriormente se propagou pela Europa. Tratou-se, conforme Rezende (2009) da maior e mais trágica epidemia registrada, assim chamada pelas manchas escuras que apareciam na pele das pessoas enfermas, tendo causado, em 1334, cinco milhões de mortes na Mongólia e no norte da China, grande mortandade na Mesopotâmia e Síria, calculando-se que a Europa tenha perdido ao menos um terço de sua população, tendo perseverado de forma endêmica por muitos anos, registrando outas epidemias menores nos séculos seguintes.

Há que se destacar, ainda, dentre outras, a pandemia da gripe espanhola, ocorrida em 1918, após a Primeira Guerra Mundial (REZENDE, 2009), que chama a atenção pelo grande número de mortes, inclusive no Brasil, e sobre a qual destacamos os estudos de Bertucci-Martins (2005), Correia (2018), Serrón (2011), Siqueira (2005), Souza (2008) e Ventura (2009).

Naturalmente, fenômenos dessa magnitude deixam graves consequências econômicas, culturais, religiosas, demográficas, reduzindo-se consideravelmente a produção agrícola e industrial, não raras vezes atrelando-se a escassez de alimentos e bens de consumo e a inevitáveis mudanças nos costumes e comportamentos das pessoas, conforme aponta Rezende (2009, p. 73), colocando, conforme Ventura (2009, p. 160) à prova a sociedade democrática, seu sentido, princípios e viabilidade histórica. A título de exemplo, Souza (2012) descreve o impacto econômico que a Espanhola causou na conjuntura higienista que se introduzia fortemente entre os anos de 1910 e 1930 nos costumes da população da cidade de São Paulo.

3. ANÁLISE TÍPICA DO CRIME DE EPIDEMIA

A tipificação do crime de epidemia visa tutelar a saúde pública contra ações delitivas praticadas de forma dolosa ou culposa, conforme Capez (2006, p. 202), Cunha (2016, p. 601), Hungria (1959, p. 99), Pierangeli (2007, p. 620) e Nucci (2024, p. 891). Ainda que o diploma penal repressivo tenha sido promulgado na década de 40 do século passado, em meio ao Estado Novo de Vargas, no ponto existe sintonia com a Carta Magna de 1988, pois o direito à saúde adquire a conotação não só de proteção enquanto direito social, mas também de promoção, alinhado ao direito a vida e a própria dignidade da pessoa humana, também penalmente tutelados e umbilicalmente conectados, conforme se observa do art. 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Como salientam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 1014), no âmbito do direito à saúde se manifesta, de forma mais contundente, a vinculação de seu objeto que em relação à dimensão positiva, consiste nas prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, entre outras, com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Para o autor, ainda que se reconheçam efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a morte, a dignidade atribuída aos seres humanos é essencialmente das pessoas humanas vivas, de modo que o direito à saúde, em sentido amplo, está ligado à proteção da integralidade física, seja ela corporal ou psíquica do ser humano, cuja posição jurídica de fundamentalidade é indiscutível.

O crime de epidemia trata, pois, de delito contra a saúde pública, cujo objetivo é proteger o ser humano de moléstias que o atinjam (PIERANGELI, 2007, p. 621). Inclusive, o citado autor, na mesma página, refere que o enquadramento da epidemia em animais (epizootia) ou em plantas

(epifitia) se dá no artigo 259 do Código Penal, delito de difusão de doença ou praga. Veja-se que o artigo 259 do Código Penal (BRASIL, 1940) tipifica a conduta de difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica, prevendo pena de reclusão de dois a cinco anos, e multa e, no caso de modalidade culposa, prevista em seu parágrafo único, a pena é de detenção de um a seis meses, ou multa.

Estabelecidas essas premissas, já é possível divisar, inicialmente, o que se entende por epidemia do ponto de vista jurídico penal, cientes da interdisciplinaridade que envolve a temática e da diferença em relação a outros fenômenos infecciosos, tais como a pandemia, notadamente a decorrente da Covid-19. Nessa linha de ideias, é possível dizer que no universo fático e até mesmo médico, os conceitos podem se entrecruzar em alguma medida, ainda que seja possível identificar e estabelecer as diferenciações recomendadas.

Assim, se por um lado a epidemia parece ser um conceito mais restritivo, por mais que atinja um número significativo de pessoas, a pandemia não se satisfaz com essas restrições, alargamento consideravelmente e geometricamente o campo de contaminação. Epidemia é uma moléstia que atinge, ao mesmo tempo e em um mesmo lugar, uma multidão de pessoas, conforme definem Bitencourt (2012, p. 721-722) e Pierangeli (2007, p. 621), ao passo que a pandemia tem uma difusão em massa, por uma extensa área geográfica, afetando mais de um país (BITENCOURT, 2012, p. 722).

De qualquer sorte, a incriminação só veio a ocorrer ao final da Primeira Guerra Mundial (1918), com a pretensão de conter a proliferação de germes patogênicos, confundindo-se, como se sabe, com o período histórico da gripe espanhola.

Nesse ponto, o Direito Penal estabelece uma relação com a microbiologia, ao definir o significado da expressão que vem a contribuir com a formação do tipo objetivo. Assim, são germes patogênicos todos os microrganismos que sejam aptos a causar ou transmitir moléstia infecciosa, penetrando ou organismo humano pelo sangue, pelas mucosas, sistema nervoso, entre outros (PIERANGELI, 2007, p. 620). No mesmo sentido são os ensinamentos de Bitencourt (2008, p. 174) e Hungria (1959, p. 99).

Quanto aos sujeitos do crime, deve-se referir que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito, o que o classifica, quanto ao sujeito, como crime comum e unissubjetivo (porque não necessita, necessariamente, mais de uma pessoa para cometê-lo), e quase sempre cometido por meio de atos de terrorismo ou guerra (PIERANGELI, 2007, p. 621). No mesmo sentido são os entendimentos de Capez (2006, p. 204) e Cunha (2016, p. 600).

Por outro lado, trata-se de crime *vago*, em que o sujeito passivo imediato não tem personalidade jurídica definida, tal como a coletividade, além das eventuais pessoas contaminadas, de acordo com Pierangeli (2007, p. 621) e conforme os ensinamentos de Capez (2006, p. 204), Cunha (2016, p. 600) e Nucci (2024, p. 891).

O tipo objetivo formal é composto pelo verbo nuclear "causar epidemia", o que significa produzir, originar, ser a causa de, e, portanto, a conduta efetivamente proibida é adstrita à causação (original), produção de uma epidemia (CUNHA, 2016, p. 601); (PIERANGELI, 2007, p. 621); (NUCCI, 2024, p. 891), sendo, conforme Hungria (1959, p. 101) "indiferente o *modus faciendi* da propagação dos microrganismos: inoculação direta em alguém, contaminação de águas ou

de substâncias alimentícias, disseminação em ambiente fechado ou aberto, etc.". Além disto, o verbo está relacionado ao modo de execução a ser perpetrado quando da disseminação de germes patogênicos (PIERANGELI, 2007, p. 621), desde que o resultado epidemia seja atingido, pouco importando o modo como o faça, devendo a materialidade ser comprovada por meio de exames laboratoriais. Hungria (1959, p. 101) salienta que o elemento material do delito é composto de dois momentos, ou seja, pela ação de propagar os germes patogênicos e pelo resultado epidemia, o que também é afirmado por Pierangeli (2007, p. 621).

Aliás, de acordo com Pierangeli (2007, p. 621), no mesmo sentido do que afirma Rodrigues (2012, p. 130-1) a propagação deve ser efetuada por terra, água e ar, ambiente ou lugar em que seja possível se disseminar toda espécie de germes aptos a produzir epidemia que possa causar mal à saúde ou produzir a morte de número indeterminado de pessoas; logo, o tipo penal exige que que o germe patogênico tenha um caráter contagioso importante o suficiente para atingir a um sem número de pessoas.

Neste sentido, conforme ensinam Cunha (2016, p. 601), Pierangeli (2007, p. 621) e Nucci (2024, p. 891) germes patogênicos são microrganismos aptos a causar ou transmitir uma moléstia infecciosa, penetrando no organismo humano pelo sangue, pele, mucosas, sistema nervoso etc., entendendo-se, pois, como uma doença de fácil transmissão, independentemente de sua origem. Para Bitencourt (2008, p. 174), os germes patogênicos são definidos como microorganismos capazes de transmitir doenças, citando como exemplo os vírus e as bactérias, dentre outros.

Já tipo objetivo material diz respeito à possibilidade de imputação segura de um resultado lesivo ao bem jurídico (ou que o tenha colocado em perigo de lesão) ao seu autor, na situação em que o comportamento do agente (i) cria um risco não permitido, quando (ii) o risco se realiza no resultado concreto, e (iii) este resultado se encontra dentro do alcance do tipo, conforme Roxin (2002, p. 13) e detalhadamente em Roxin (1999, p. 362-411). No mesmo sentido, Cancio Meliá (2001, p. 52), Greco (2000, p. 145).

Importante, ainda, diferenciar os conceitos de risco e de perigo, haja vista seu protagonismo nos exercícios dialéticos que se seguem. Assim, entende-se por risco todo o perigo calculável, no sentido de que o risco permite ao agente a possibilidade de avaliar a situação e, sobretudo, decidir sua atuação; já o perigo ocorre independentemente da capacidade do agente de escolher, na lição de Bauman (2008, p. 18).

Assim, o primeiro elemento da imputação objetiva de um resultado é a criação de um risco não permitido, explicados por meio de casos nos quais a conduta do agente sequer objetivamente pode constituir uma ação típica, por não ter criado um risco de lesão juridicamente relevante e não ter elevado o risco geral do próprio bem (ROXIN, 2002, p. 13-14), referindo casos como a instigação de alguém para uma viagem a uma cidade onde vários turistas vêm sendo mortos, situação conhecida pelo sujeito que aconselha (e que deseja a morte do aconselhado) e desconhecida o aconselhado, que, faz a viagem e vem a ser vitimado (p. 12); e do sujeito de aparência suspeita que compra um punhal afiado em uma loja, ante a desconfiança do vendedor de que talvez tal compra seja para produzir o mal a outrem, pouco se lhe importando ao final, e assumindo o risco de que um resultado lesivo venha a ocorrer (p. 13).

Nesse sentido, Calegari (2000, p. 71) aponta que normalmente o risco permitido está

regulado por uma norma e assim constituem-se tais mandamentos em critérios orientadores para a "ponderação dos limites do risco autorizado". Entretanto, nas hipóteses em que não há normas para delimitar as atuações individuais, a determinação do risco permitido advém da ponderação de bens (o risco e a possibilidade de dano) juridicamente relevantes (JAKOBS, 1997, p. 243) e, em igual sentido, Cancio Meliá (2001, p. 99-108).

Ora, no tangente ao crime em destaque, a norma penal, por sua amplitude, deixa antever os limites do risco não permitido, ou seja, qualquer pessoa pode entender, independente do conhecimento da norma, que não pode disseminar germes patogênicos com o intuito de contagiar indeterminadas pessoas (em face da ideia abstrata de proibição de lesão à outras pessoas). Esses os limites do risco permitido. A produção do risco de epidemia por meio da propagação de germes patogênicos é o que configura o primeiro requisito fático do tipo objetivo material.

O segundo elemento, a realização do risco não permitido, deve ser entendida como a concreção fática do risco inicialmente produzido, o que apenas pode ser analisado após a realização do resultado (epidemia), para aferir se o risco anteriormente produzido pelo autor da conduta efetivamente produziu aquela modificação no mundo exterior. Roxin (2002, p. 15) explica esse requisito de imputação com o conjunto de casos em que a desviação causal da conduta realizada pelo autor, com o prosaico exemplo do sujeito que, ferido por alguém com dolo de homicídio, morre em um acidente da ambulância. Ainda que o sujeito passivo tenha efetivamente morrido (concretizando o dolo do sujeito ativo), a morte não se lhe pode ser atribuída como obra de seu agir, pois a causa morte não fora por ele realizada (acidente de ambulância). Significa dizer que o risco inicialmente produzido pelo agente (acertar o tiro no sujeito passivo, colocando em risco seu bem jurídico vida) pode ser utilizado para processá-lo por tentativa de homicídio, mas não pelo resultado final, que se concretiza pelo acidente da ambulância.

No delito de epidemia, a realização do risco produzido deverá ferir a incolumidade pública, como resultado da ação de produzir uma epidemia pela disseminação (por qualquer forma de agir) de uma moléstia com alto grau de transmissão.

A etapa final da imputação objetiva do resultado exige que o evento produzido pelo perigo criado pelo agente esteja descrito pelo tipo penal. Em que pese parecer óbvia a ponderação, deve-se ter em conta que nem sempre o risco produzido pelo agente estará abarcado no tipo penal que descreve o resultado. No crime em destaque, o alcance do tipo ganha especial contorno, em face da amplitude dos conceitos tratados, pois, dependendo da conduta, o risco realizado poderá caracterizar qualquer dos outros tipos contra a saúde pública. Destacando-se, pois, os crimes de infração de medida sanitária preventiva, conforme artigo 268 do Código Penal; omissão de notificação de doença, artigo 269 do Código Penal; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, artigo 273 do Código Penal; perigo de contágio de moléstia grave, artigo 131 do Código Penal; perigo para a vida ou saúde de outrem, artigo 132 do Código Penal; desobediência, artigo 330 do Código Penal (BRASIL, 1940); crimes de economia popular da Lei nº 1.521 (BRASIL, 1951), Crimes contra a relação de consumo, Lei nº 8.078 (BRASIL, 1990b), em seus artigos 66, 67 e 68, dentre outros.

Quanto ao tipo subjetivo, vale destacar que o crime de epidemia vem desenhado com a modalidade dolosa (genérica), conforme ensinam Capez (2006, p. 205), Cunha (2016, p. 602),

Hungria (1959, p. 101), Nucci (2024, p. 892), Pierangeli (2007, p. 622) e Rodrigues (2012, p. 131), exigindo que o agente tenha previsto e aceitado que sua conduta crie o risco juridicamente proibido e que potencialmente se concretize (este risco) em lesão ao bem jurídico (sabidamente) tutelado por uma norma penal; é dizer, que o agente pretenda que sua conduta produza o resultado lesivo ao bem jurídico. Descumprir a medida sanitária de isolamento, tendo testado positivo para a Covid-19 e querendo disseminar a infecção, pode exemplificar este tipo subjetivo.

Inclusive, ressalte-se, que o tipo também ostenta a modalidade culposa, verificada na primeira parte do parágrafo segundo do artigo 267 do diploma repressivo - que dispõe que "no caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos". (BRASIL, 1940) - quando a epidemia (pela propagação de germes patogênicos) decorre da inobservância do cuidado objetivo exigido pelas circunstâncias, ou, em outras palavras, quando o sujeito atua com imprudência, negligência ou imperícia. De regra, portanto, o agente deve querer, livre e conscientemente, produzir uma epidemia, ciente, inclusive, da eficácia patogênica dos germes que dissemina. Nesse sentido, Capez (2006, p. 204-5), Hungria (1959, p. 101), Pierangeli (2007, p. 621-2).

Referem Capez (2006, p. 204), Cunha (2016, p. 601), Hungria (1959, p. 101), Nucci (2024, p. 892), Pierangeli (2007, p. 621) e Rodrigues (2012, p. 131) que o crime se consuma, pois, com a instalação da epidemia, é dizer, com o surgimento simultâneo ou progressivo de considerável número de casos comprovados (contaminação de um número indeterminado de pessoas), que indicam o surgimento de epidemia, lesionando de fato o bem jurídico tutelado. A propósito, Souza e Japiassú (2018) esclarecem que, quanto este ponto, há uma corrente minoritária entendendo tratar-se de crime de dano, incluindo Noronha (1955, p. 5), outra entendendo tratar-se de crime de perigo abstrato, onde se pode citar Bitencourt (2012, p. 294) e a última, majoritária, entendo tratar-se de crime de perigo concreto, necessitando investigar e comprovar a probabilidade de ocorrência de dano, podendo se mencionar Nucci (2014, p. 1822) e Prado (2017, p. 585). Este debate é importante, segundo os autores, porque caso se entenda como crime de perigo abstrato, não há necessidade de provar a existência de epidemia; caso se entenda como crime de perigo concreto, necessita-se demonstrar a existência de epidemia, o que também nos parece mais lógico. Ao infectar alguém, o agente coloca em risco a saúde pública, em função da rápida disseminação dos germes patogênicos, sem qualquer outra ação por parte do sujeito (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 919).

A tentativa, conforme Nucci (2024, p. 892) é possível na forma plurissubsistente dolosa, e ocorreria, segundo Cunha (2016, p. 601) e Pierangeli (2007, p. 621) na hipótese de haver disseminação de germes patogênicos que não contagia ninguém, ou atinge apenas um número restrito de pessoas, ou, conforme Hungria (1959, p. 101) de medidas sanitárias serem prontamente adotadas, com eficiência que impeça o ulterior contágio. É o que afirmam também Capez (2006, p. 204), Noronha (1988, p. 6-7) e Nucci (2024, p. 892).

Já a desistência voluntária é igualmente possível se o agente troca de dolo antes de consumado o crime. Caracteriza-se, de acordo com a regra do artigo 15 do Código Penal (BRASIL, 1940), de acordo com Fayet (2011) numa abstenção de atividade, ocorrendo quando o sujeito cessa o seu comportamento delituoso antes de esgotar o processo executório, sendo somente cabível

na tentativa perfeita caso o sujeito tenha a possibilidade de esgotar os atos de execução. Pode acontecer nos crimes materiais ou formais, mas não nos de mera conduta, visto que nestes o início da execução constitui consumação. Tem como requisitos básicos o agente não ter esgotado os atos executórios e a conduta ter caráter negativo (não continuar a agir). Aqui, "[...] o indivíduo, por força da troca de dolo, demonstrada pelo abandono da execução do tipo e da lesão ao bem jurídico, apenas responde pelos atos já praticados se estes forem puníveis autonomamente." (2011, p. 79).

Por outro lado, o arrependimento eficaz é de difícil percepção. Veja-se que ocorre quando o agente, "[...] tendo já ultimado o processo de execução do crime, desenvolve nova atividade, impedindo a produção do resultado.". Ocorre quando o agente ultimou a fase executiva do delito e atua para impedir a produção do evento, objetivando evitá-la, sendo possível apenas no crime falho (tentativa perfeita) e nos crimes materiais (aqueles que necessitam de um resultado naturalístico) e "[...] possui três requisitos básicos: 1º) o esgotamento dos atos executórios; 2º) movimento positivo (o agente tem que agir para evitar o resultado); 3º) efetivo impedimento do resultado.". Assim, o indivíduo, em decorrência da troca de dolo, no sentido de diminuir as consequências dos atos praticados, responderá apenas por estes, se puníveis autonomamente (FAYET, 2011, p. 79). Assim, pensando na Covid-19, não seria possível ao agente praticar um movimento no sentido contrário e de forma eficaz o suficiente para evitar a disseminação a um número indiscriminado de pessoas.

O tipo em destaque pode ser classificado como comum e unissubjetivo (quanto ao sujeito, porque pode ser praticado por qualquer pessoa e não exige, necessariamente, mais de uma pessoa para sua realização), doloso (quanto à intencionalidade, mesmo admitindo a as modalidades culposa no §2º, e preterdolosa nos §1º e §2º), material (quanto ao resultado) e de dano (quanto à lesão ao bem jurídico, pois depende da efetiva causação do evento epidêmico), de forma livre e plurissubsistente (quanto a ação, pois pode ser praticado por meio de ação ou de omissão e fracionado em vários atos), simples (quanto à estrutura, pois descrevem apenas um fato, não necessariamente abarcado por outro tipo), instantâneo (quanto à consumação) e de forma vinculada (quanto à execução, pois o tipo demanda que a epidemia seja causada por germes patogênicos).

Ressalte-se que a possibilidade da modalidade culposa está prevista na primeira parte do §2º do artigo em comento, ao dispor que "no caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos" (BRASIL, 1940), constituindo-se em infração de menor potencial ofensivo, estando sujeita às disposições da Lei nº 9.099 (BRASIL, 1995).

Em relação às ditas formas qualificadas, se eventualmente a epidemia resultar morte, nos termos do artigo 267, §1° aplicar-se-á a pena em dobro (BRASIL, 1940), passando a conduta a ser considerada crime hediondo, consoante se verifica pela análise do inciso VII do artigo 1° da Lei n.º 8.072/90, (BRASIL, 1990a) sujeitando-se, o sujeito ativo, a todos os rigores da referida legislação, tais como impossibilidade de anistia, graça, indulto, fiança e limites temporais diversos no que tange a progressão de regime, inclusive com as significativas mudanças impostas a partir do denominado "pacote anticrime", Lei 13.964 (BRASIL, 2019), incluindo-se, ainda, a possibilidade de determinação de *prisão temporária*, conforme artigo 1º, inciso III, da Lei nº 7.960 (BRASIL, 1989) desde que presentes os requisitos legais desta espécie de prisão antecipada ou cautelar, cujo prazo de duração poderá alcançar 30 dias, com possibilidade de uma prorrogação temporal em casos excepcionais.

Ademais, havendo interesse público e preservação da incolumidade pública, não poderia ser outra a ação penal a não ser a de espécie pública incondicionada (CAPEZ, 2006, p. 205), (CUNHA, 2016, p. 602), (PIERANGELI, 2007, p. 622).

Realizadas essas considerações, é possível estabelecer algumas variantes dogmáticas e sócio-políticas outras, em especial com a pandemia que vem sendo enfrentada na contemporaneidade.

4. COTEJO COM TIPOS PENAIS AFETOS

Estabelecidas algumas breves incursões históricas não cronológicas juntamente com a análise típica em relação ao crime de epidemia sob a perspectiva da teoria da imputação objetiva, é possível avançar para estabelecer reflexões outras em relação à primeira pandemia do século XXI, tendo em vista seu rigor caótico em desafiar não só os sistemas de saúde e consequentemente sua organização mundial inseridos no seio da sociedade globalizada, como também, e sobretudo, em relação ao renascer de eventual incidência típica relacionada aos crimes contra a saúde pública, recebendo destaque, nesta seção, (i) o crime de perigo de contágio de moléstia grave, (II) o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, (iii) o crime de omissão de notificação de doença, (iv) o crime de genocídio e (v) os crimes de charlatanismo e curandeirismo.

Alguns tipos penais pátrios (crimes contra a pessoa) podem causar alguma dúvida relacionada a sua aplicabilidade quando analisados em comparação aos crimes contra a saúde pública objeto desta pesquisa. São eles, inicialmente, o (i) crime de perigo de contágio de moléstia grave,[4] e o (ii) crime de perigo para a vida ou saúde de outrem,[5] merecendo, no ponto, uma breve reflexão. No primeiro delito, trata-se da prática de ato capaz de transmitir doença grave, devendo o agente agir com a finalidade específica da reprodução do contágio; no segundo, bem menos grave, a conduta expõe a vida ou saúde de outrem a perigo direto e iminente, não se exigindo finalidade específica de agir. Em ambos os casos, o autor deverá estar ciente de que (provavelmente) é portador da doença, seja por meio da confirmação do resultado de exame, ou da apresentação de sintomas físicos. Vale ressaltar que, para a caracterização dos dois crimes apontados acima, a conduta deverá ter potencial lesivo ao bem jurídico tutelado, ou seja, a vida de pessoas individualmente consideradas. Não basta, portanto, alguém portar uma doença ou vírus; ela deverá de fato colocar a vida de outrem em risco, sem o intuito de atingir a coletividade.

A conduta, portanto, deverá ser direcionada contra alguém determinado (no primeiro caso) ou determinável (um dado grupo de pessoas, no segundo). Pense-se, aqui, como exemplo do primeiro crime, no sujeito que, tendo testado positivo para a Covid-19 e querendo transmitir a moléstia, por qualquer motivo, a pessoa determinada (saudável), tosse ou espirra na direção desta. Se a vítima estiver já contaminada tem-se a figura do crime impossível.

Como exemplo do segundo crime, pense-se no agente que, tendo testado positivo para

4 “Art. 131. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: Pena: reclusão, de um a quatro anos, e multa”. (Brasil, 1940).

5 “Art. 132. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena: detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave” (Brasil, 1940) com o aumento de pena determinado pelo “Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais”, incluído pela Lei nº 9.777/98 (Brasil, 1998).

Covid-19, acessou o mesmo elevador que seu vizinho, expondo-o a perigo direto e iminente durante o deslocamento; ou foi ao banco para retirar o auxílio emergencial instituído no Brasil durante o período de pandemia[6] ou, ainda, vai jogar futebol, desloca-se a uma barbearia, comparece a uma festa[7].

Registre-se, por oportuno, que o sujeito em destaque nos exemplos acima, tendo testado positivo para a infecção pela Covid-19, no mesmo contexto de ação, também descumpre a determinação da autoridade sanitária em manter-se em isolamento social, desafiando os tipos penais da epidemia e, também, a infração de medida sanitária preventiva, prevista no artigo 268 do Código Penal (BRASIL, 1940) e que prevê pena de detenção de um mês a um ano e multa à conduta típica de "infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa" além do aumento de um terço, em seu parágrafo único, se o agente for funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Este último, protege a saúde pública, tendo como sujeito passivo a sociedade, e se consuma com a simples desobediência à determinação - e não a simples recomendação - de medida sanitária preventiva. Trata-se de norma penal em branco, que deve ser complementada por atos normativos exarados pelo Poder Público, no franco combate à propagação da epidemia. Registre-se, por oportuno, que o tipo penal do artigo 268, do Código Penal (BRASIL, 1940) deve ser complementado pelo disposto na Lei nº 13.979 (BRASIL, 2020a), que por sua vez deve ser complementada pela Portaria nº 356, do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020b), também complementada por outras disposições normativas dos Estados, e estas por normativas municipais.

O delito se constitui em crime comum (que pode ser praticado por qualquer pessoa), formal (consuma-se ainda que não haja efetiva contaminação), coletivo, comissivo ou omissivo, unissubjetivo e doloso, não havendo previsão de modalidade culposa, ao contrário do crime de epidemia, sendo, ainda, de perigo abstrato, em que a simples possibilidade de contágio em face ao descumprimento da determinação sanitária preventiva caracteriza consumar o tipo.

Sobre a problemática dos crimes de perigo abstrato e importância de serem analisados sob a ótica da legitimação constitucional a partir do princípio da ofensividade, D'Avila (2004, p. 112) refere que estando afastada a possibilidade de reconhecer os crimes de perigo abstrato como uma categoria de crimes elaborada a partir unicamente do desvalor da conduta, de uma presunção absoluta de perigo ou como crimes de mera desobediência, o adequado é que se tente identificar, no conteúdo material do delito de perigo abstrato, os elementos que possam reconduzi-lo às exigências de ofensividade.

Logicamente, a imputação pelo crime do artigo 267 dependerá da demonstração de que a epidemia é consequência da conduta de manter contato com um número grande de pessoas (como

6 Exemplo retirado de reportagem segundo a qual o agente, sabedor que estava positivado e que devia guardar quarentena, ao descumprir medida sanitária preventiva (do art. 268, CP), e dirigir-se ao banco para sacar o auxílio emergencial, expondo a perigo direto e iminente a vida e/ou a saúde de outras pessoas, teria praticado, em princípio, duas condutas delitivas (JÁCOME, 2020).

7 Exemplo este retirado da reportagem segundo a qual o agente, jovem de 18 anos, teve Covid-19 confirmada, e teria jogado futebol, ido a uma festa e feito serviço em barbeiro da cidade. A reportagem afirma que o agente teria descumprido regras de isolamento e colocado em risco a saúde da população, e que pedido de prisão preventiva baseou-se nos crimes do art. 267 e 268 do Código Penal (GRIZOTI; BONUGLI, 2020).

ato de propagar germes patogênicos); caso contrário, a conduta se amoldará ao tipo do artigo 268, a depender do complemento desta norma penal em branco.

Em ambas as situações, deve-se perquirir sobre o efetivo dolo de originar outro foco de propagação da doença, criando um risco de lesão ao bem jurídico, de forma direta ou eventual, para caracterizar o crime de epidemia; ou de descumprir a medida sanitária preventivamente imposta. Entretanto, parece discutível a imputação pelo crime de epidemia, pela conduta do agente, uma vez que o atual momento já se apresenta com a pandemia instalada, isto é, já há a transmissão autóctone do vírus, independentemente da atuação do agente, e, por isto mesmo, tal conduta não se amoldaria ao tipo penal em destaque.

Ademais, (iii) diretamente relacionado ao objeto dessa pesquisa é o crime de omissão de notificação de doença,[8] cuja tipificação também está vinculada a uma norma penal em branco, devendo o artigo 269 do Código Penal ser complementado pelo disposto no Anexo 1 do Anexo V da Portaria de Consolidação nº 4, de 2017 (BRASIL, 2017), com a redação que lhe foi dada pela PRT GM/MS nº 1.061, de 18.05.2020 (BRASIL, 2020c).

Ainda que outros profissionais de saúde sejam obrigados efetuar a notificação compulsória, conforme art. 3º da Portaria de Consolidação nº 4, de 2017 (BRASIL, 2017) esta espécie delitiva busca sancionar a conduta de médico que desrespeite a obrigação de notificar doenças graves, tratando-se de um crime próprio, na medida em que o sujeito ativo é somente o médico, não abarcando farmacêuticos, enfermeiros e fisioterapeutas, uma vez que o direito penal não admite interpretação extensiva, podendo tais profissionais e quaisquer outras pessoas, em razão disso, apenas incidirem nas penas do mencionado tipo penal na condição de partícipes, em conduta que tenha médico como autor. O objeto jurídico é a incolumidade pública, relativo ao perigo comum, resultante da propagação de moléstias contagiosas, em face da omissão de medidas preventivas, tais como deixar de informar à autoridade competente doença cuja notificação é compulsória. O dever legal que o médico se omite em realizar é decorrente de lei ou de algum ato administrativo e naturalmente que sua conduta comissiva não incide em outra figura típica, tal como a prevista no artigo 154 do Código Penal[9], pois a justa causa está presente, qual seja, a proteção da coletividade.

Nesse contexto vale sublinhar a Lei n° 6.259/75 (BRASIL, 1975), que dispõe sobre a organização das ações de vigilância epidemiológica, sobre o programa nacional de imunizações e estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, cujo artigo 7° merece destaque: "Art. 7°. São de notificação compulsória às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou confirmados: I – de doenças que podem implicar medidas de isolamento ou quarentena, de acordo com o regulamento sanitário internacional". Referida legislação é regulamentada pelo Decreto n° 78.231/76 (BRASIL, 1976), merecendo menção, também, a portaria n° 1.100/96 do Ministério da Saúde (BRASIL, 1996) que relaciona as doenças de notificação compulsória.

Logicamente, o médico que meramente deixa de notificar à autoridade competente um caso de infecção por Covid-19 possivelmente incorrerá nas iras do artigo 269, e não pelo crime de

8 "Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória. Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa". (Brasil, 1940).

9 "Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa". (Brasil, 1940).

epidemia, pois se trata a omissão de notificação de doença de crime omissivo próprio (e, portanto, de mera conduta), que não vincula o omitente ao resultado de sua omissão. Para praticar o crime de epidemia, o médico, ou qualquer outra pessoa, deve ser o causador da epidemia, por meio da propagação de germes patogênicos, rememora-se.

Caso o médico identifique um caso de infecção por algum agente patogênico transmissível, e não apenas deixe de informar à autoridade competente, mas também libere o paciente para atividades normais, recomendando encontro com amigos, por exemplo, no caso de transmissão por esta forma de contato, a imputação pelo crime de epidemia dependerá da prova efetiva de que o surto epidemiológico é consequência deste ato do médico; caso contrário (na impossibilidade de provar-se esta relação de causa e efeito) haverá crime impossível. De qualquer sorte, no exemplo, haverá a imputação pela omissão de notificação de doença se esta estiver enquadrada dentre as de notificação compulsória.

Outra possibilidade de incidência típica decorrente da propagação de epidemia (iv) apresenta um dolo extremado, no sentido de destruir um grupo étnico, racial, nacional ou religioso, tal como elencado na lei do genocídio, Lei n° 2.889 (BRASIL, 1956), que em seu artigo 1º tipifica a conduta de quem, com intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como matar membros do grupo, causar lesão grave à integridade física ou mental destes, submeter o grupo intencionalmente a condições de existência aptas a ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial, adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo, ou efetuar transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Este tipo protege a diversidade humana, bem jurídico de caráter supra individual, e pode se manifestar de três formas: o genocídio físico (provocação da morte de forma direta), o genocídio biológico (prática impeditiva da natalidade de determinada comunidade, em esterilizações forçadas), e o genocídio cultural: destruição da história, linguagem e costumes de determinada coletividade – este ato não tem previsão legal na Lei n.º 2.888/56, mas encontra respaldo na doutrina, conforme se observa de Hungria (1958, p. 372-3).

Trata-se de crime comum que pode ser praticado por qualquer pessoa, e sofrido por qualquer pessoa que pertença ao grupo específico; o tipo objetivo consiste na destruição (fazer desaparecer, exterminar, matar, extinguir, devastar) de grupo nacional (pessoa oriundas da mesma nação), étnico (comunidade com traços físicos e mentais semelhantes, com cultura e tradição comuns), racial (mesma subdivisão da espécie humana) ou religioso (participante de culto comum, pautado por regras advindas de crença comum); sendo que o tipo subjetivo é sempre o dolo somado ao fim específico de agir, não admitindo a modalidade culposa.

A propósito, o Presidente brasileiro à época da pandemia da Covid-19, Jair Messias Bolsonaro, foi denunciado no Tribunal Penal Internacional, em Haia, por crimes contra a humanidade e genocídio, por "falhas graves e mortais" na condução da resposta à pandemia (CHADE, 2020). Naturalmente isso não se confunde com uma sentença penal condenatória.

Registre-se que, tanto o crime de genocídio, quanto o crime de epidemia com resultado morte, permitem, em tese, prisão temporária (BRASIL, 1989), com todas as problemáticas que dela decorrem. Vale salientar, neste ponto, a crítica ao uso da prisão como medida primeira no seio da investigação, que para Lopes Júnior (2013, p. 172-3) é o ponto mais problemático da prisão

temporária, visto que, segundo o referido autor, é inadmissível que uma prisão seja imprescindível para a investigação de um fato, devendo a polícia ter informações e condições técnicas para realizar a investigação preliminar sem depender da prisão do suspeito.

Ademais, a epidemia pode ser, sim, utilizada como meio para a prática do genocídio; mas que se deve atentar para demonstração inequívoca de meio e fim, para além do dolo de extermínio.

Não bastasse isso, (v) a epidemia/pandemia do Coronavírus fez renascer um novo *modus operandi* do charlatanismo[10] e do curandeirismo[11], demonstrando-se crescente a oferta de remédios e fórmulas milagrosas para curar e prevenir os males da Covid-19 inclusive por intermédio da internet, o que já ocorria, porém não de forma tão expressiva, o que ganha relevo em decorrência da situação de quarentena, conduta que também pode ser definida como falsificação, corrupção, adulteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, prevista no artigo 273 do Código Penal (BRASIL, 1940).

O charlatanismo, vale dizer, consiste em inculcar, ou seja, apregoar ou dar a entender ou anunciar, quer dizer, divulgar ou fazer saber cura, o restabelecimento da saúde de alguém que estava enfermo, por meio secreto ou infalível, punindo, neste caso, o agente que se promove por intermédio de métodos questionáveis e perigosos de cura, divulgando mecanismos de cura inverídicos, sendo o agente médico ou não (NUCCI, 2024, p. 912).

Por sua vez, conforme o mencionado autor (2024, p. 912) o charlatanismo consiste no exercício, ou seja, desempenho com habitualidade, de curandeirismo, que é a atividade de promover curas sem ter qualquer título ou habilitação para tanto, geralmente por intermédio de reza ou emprego de magia: (a) prescrevendo, ou seja, indicando remédio ou receitando; aplicando, ou seja, empregando ou utilizando em alguém; habitualmente substância; (b) usando gestos, palavras ou qualquer meio, ou seja, agindo de qualquer maneira que simbolize um ritual; ou (c) fazendo diagnósticos, que consistem no conhecimento de uma doença por intermédio dos sintomas.

A fim de ilustrar esta contenda aparente de tipos penais coexistentes, pensemos nos seguintes exemplos: um casal que aplicava vacinas falsas contra a gripe (LOPES, 2020), a venda de remédios falsos com a promessa de cura da Covid-19 ou produtos que curariam a Covid-19 (G1-PB, 2020; ESTADÃO CONTEÚDO, 2020; JORNAL DE BRASÍLIA, 2020; ALVES, 2020; IRION, 2020; TRIBUNA DE JUNDIAÍ, 2020; HERRMANN, 2020; SANTINO, 2020; FELTRIN, 2020), venda de álcool gel falsificado ou adulterado (PC-RS, 2020), dentre outros tantos, como as situações de Igreja que prometia imunização contra coronavírus, de mulher que receitou tratamento com água sanitária afirmando ter sido recado de um anjo, outra que aplicava "gotinhas milagrosas" contra covid-19, relato de curandeiro que dizia "exorcizar" o Coronavírus, além de relatos de vendas de proteção, inclusive de forma online, contra o vírus (SERNA, 2020; PARANÁ PORTAL, 2020; UOL-SP, 2020; QUEIROGA, 2020), aplicação de ozônio no ânus de pacientes para tratamento contra o coronavírus (PREITE SOBRINHO, 2020).

10 "Art. 283. Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível: Pena: detenção, de três meses a um ano, e multa". (Brasil, 1940).

11 "Art. 284. Exercer o curandeirismo: I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III – fazendo diagnósticos. Pena: detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único: se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa". (Brasil, 1940).

Após esse breve panorama típico em relação a possíveis conexões e incidências relacionados a propagação de germes patogênicos, parece já possível afirmar categoricamente que, é muito difícil causar epidemia em meio a uma pandemia, pois a conduta do agente deve criar um risco juridicamente proibido para o bem jurídico protegido, este risco deve se realizar, e esta realização deve estar ao alcance do tipo de epidemia.

Na hipótese em que já caracterizada uma pandemia, o risco já existe e poderá realizar-se independentemente da conduta do agente. A transmissão autóctone do vírus faz crer na impossibilidade de demonstração efetiva criação do perigo, de modo que a imputação por este crime de epidemia, em meio ao estado de pandemia, constituiria crime impossível (ou em caça às bruxas), pois há outras modalidades típicas com potencialidades de incidência, tais como as vistas brevemente acima, quase sempre mais brandas, é verdade, que abarcariam a conduta de causar epidemia.

Por outro lado, caso se possa demonstrar a efetiva causação da epidemia em face a conduta do agente, o eventual resultado pandemia não pode ser-lhe imputado, por ausência de previsão legal.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho, dentro dos recortes pretendidos, buscou resgatar algumas reflexões acerca do crime de epidemia dentro do contexto de uma pandemia, precisamente para delimitar as múltiplas condutas criminosas que brotaram no contexto pandêmico da Covid-19 no século XXI, cenário de todo diverso do vivido ao tempo da promulgação do tipo penal, contextualizando as questões articuladas - sobretudo a partir da tipicidade - e suas imbricações teóricas e fáticas que se comunicam com a sociedade contemporânea.

Neste momento, as situações do mundo da vida que desafiam em alguma medida a imputação pela prática do crime de epidemia são frequentes e estão inseridas num contexto de medo e incerteza.

Com isto, os objetivos principais foram atingidos em sua totalidade, pois foram verificados os contornos do crime de epidemia e dos tipos penais mais próximos (em conteúdo), de modo que o problema proposto (de ser possível a imputação pelo crime de epidemia em meio a uma pandemia) foi respondido, com a leitura de que não se pode imputar a prática do crime de epidemia em meio a uma pandemia, em face da impossibilidade de comprovação da efetiva causação da epidemia quando a transmissão do vírus é autóctone. É dizer: se todas as práticas sociais criam o risco do contato, não se pode imputar, com certeza, a um agente específico (e sua conduta específica) a efetiva causação da epidemia, existindo outros tipos penais que eventualmente podem apresentar a resposta típica desafiada, o que representa a não confirmação da primeira hipótese levantada e confirmação da segunda, ante a impossibilidade de imputação pelo delito de epidemia e possibilidade, conforme cada caso específico, da eventual incidência de outros tipos penais, analisando-se também suas hipóteses de rechaço.

Logicamente, não se pretendeu esgotar o tema - e esta é a beleza da pesquisa jurídica - existindo a possibilidade de revisão dos conceitos aqui tratados, sob outros prismas. Neste recorte

histórico recentemente vivido e que ainda traz desdobramentos, inclusive com ações penais em curso relacionadas a práticas delitivas praticadas em meio à citada pandemia, não caberia outra conclusão; talvez em uma outra realidade e com um maior distanciamento temporal será possível descortinar outros aspectos que hoje nos escapa à percepção.

O trabalho limitou-se a avaliar a efetiva possibilidade de imputar-se a alguém a prática do crime de epidemia (causar epidemia por meio da propagação de germes patogênicos) em meio a um contexto socioeconômico e político de pandemia, sem deixar de lado uma breve análise de alguns tipos penais correlatos (e aqui reside seu maior contributo).

O aprofundamento teórico sobre cada um destes crimes "periféricos", faria desbordar os limites estritos deste artigo, e produziria, exponencialmente, um grande volume de páginas. De qualquer sorte, ao lançar alguma luz sobre as imputações penais nos tempos sombrios recentemente vividos e que trazem reflexos não apenas no dia a dia das pessoas, mas também na esfera criminal, permite-se um juízo de tipicidade mais adequado para o manancial de condutas vivenciadas.

Tal tarefa hermenêutica não é das mais fáceis, levando-se em consideração o caráter obsoleto do diploma repressivo no ponto, razão pela qual se entendeu que a teoria da imputação objetiva - o que não constitui um menosprezo ao finalismo – se apresenta como a lupa adequada no contributo das reflexões que o direito penal e seus intérpretes são naturalmente chamados a realizar no trato dos crimes contra a saúde pública.

Por último, talvez não por fim, não é demais rememorar que as reflexões aqui articuladas constituem apenas uma vista do ponto, pois o contexto da complexidade pandêmica aliada à epistemologia da incerteza exige um constante aprimoramento do debate.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lena. Homem é preso ao vender medicamento falso que prometia cura da covid-19. *UOL,* 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/03/24/homem-e-preso-ao-vender-medicamento-falso-que-prometia-cura-da-covid-19.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo:* hacia una nueva modernidade. Barcelona: Paidós, 1998.

BERTUCCI-MARTINS, Liane Maria. Entre doutores e para os leigos: fragmentos do discurso médico na influenza de 1918. *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*. Rio de Janeiro, ano 12, n. 1, p. 143-57, jan.-abr., 2005.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte especial. Vol. 4. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. *Decreto n° 78.231*, de 12 de agosto de 1976: Regulamenta a Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa

Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d78231.htm#:~:text=DECRETO%20No%2078.231%2C%20DE,doen%C3%A7as%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.
BRASIL. *Emenda Constitucional nº 90*. Brasília, 16 set. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. *Lei n° 8.072*, de 25 de julho de 1990a: Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. *Lei n° 8.078*, de 11 de setembro de 1990b: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. *Lei n° 9.099*, de 26 de setembro de 1995: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.777*, de 29 de dezembro de 1998: Altera os arts. 132, 203 e 207 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9777.htm#art1. Acesso em 26 nov. de 2023.

BRASIL. *Lei nº 6.259*, de 30 de outubro de 1975: Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. *Lei nº 1.521*, de 26 de dezembro de 1951: Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020a: Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. *Lei nº 2.889*, de 1 de outubro de 1956: Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2889.htm#art3. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. *Lei nº 7.960*, de 21 de dezembro de 1989: Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria de Consolidação nº 4*, de 28 de setembro de 2017: Consolidação das normas sobre os sistemas e os subsistemas do Sistema Único de Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0004_03_10_2017.html. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL, Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.100*, de 24 de maio de 1996. Relaciona as doenças de notificação compulsória. Disponível em: https://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=6144. Acesso em 22 de nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 356*, de 11 de março de 2020b. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020,

que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (COVID-19). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.061*, de 18 de maio de 2020c: Revoga a Portaria nº 264, de 17 de fevereiro de 2020, e altera a Portaria de Consolidação nº 4/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, para incluir a doença de Chagas crônica, na Lista Nacional de Notificação Compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública nos serviços de saúde públicos e privados em todo o território nacional. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt1061_29_05_2020.html. Acesso em: 26 nov. 2023.

CALEGARI, André Luís. A imputação objetiva no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 30, ano 8, p. 65-86, abr.-jun., 2000.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos (Código penal de 1940). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 6, n. 24, p. 120-153, out.-dez., 1969, Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496757. Acesso em: 26 nov. 2023.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoria de la imputación objetiva*. Mendoza: Cuyo, 2001.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direto penal*: parte especial. Vol. 3. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHEIRO, José da Rocha. Epidemias em escala mundial e no Brasil. *Revista Estudos Avançados*. São Paulo, ano 22, n. 64, p. 7-17, dez., 2008.

CHADE, Jamil. Bolsonaro é denunciado em Haia por genocídio e crime contra humanidade. *UOL*, 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/07/26/bolsonaro-e-denunciado-no-tribunal-de-haia-por-crimes-contra-humanidade.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

CORREIA, Ana Maria Diamantino. A resposta em Coimbra à epidemia de pneumónica de 1819-1919 sob o olhar de um periódico local. *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*. Rio de Janeiro, ano 25, n. 3, p. 679-694, jul.-set., 2018.

CUETO, Marcos. O Covid-19 e as epidemias da Globalização. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos,* 2020. Disponível em: https://www.revistahcsm.coc.fiocruz.br/o-covid-19-e-as-epidemias-da-globalizacao/. Acesso: 12 nov. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (art. 121 ao 361). Salvador: JusPODIVM, 2016.

CZERESNIA, Dina. Do contágio à transmissão: uma mudança na estrutura perceptiva de apreensão da epidemia. *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, p. 75-94, mar.-jun., 1997.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra, 2004.

ESTADÃO CONTEÚDO. 'Naturopata' de MG é preso por vender cura para o coronavírus e câncer. *Estado de Minas,* 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/03/25/interna_nacional,1132406/naturopata-de-mg-e-preso-por-vender-cura-para-o-coronavirus-e-cancer.shtml. Acesso em: 26 nov. 2023.

FAYET, Fábio Agne. *Do delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FELTRIN, Ricardo. Pastor afirma que 'água consagrada' por ele cura Covid-19. *UOL,* 2020. Disponível em: https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/ooops/2020/05/22/pastor-afirma-que-oracao-e-agua-consagrada-por-ele-cura-covid-19.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

FREITAS, Jonas. Da peste bubônica ao coronavírus: as maiores e mais importantes epidemias da História. Aventuras na História*,* 2020. São Paulo. Disponível em: https://aventurasnahistoria.

uol.com.br/noticias/coronavirus/da-peste-bubonica-ao-coronavirus-as-maiores-mais-importantes-epidemias-da-historia.phtml. Acesso em 26 nov. 2023.

G1-PB. Suspeito de vender remédio falso que prometia cura de Covid-19 é preso na PB, diz polícia. *G1-Paraíba*, 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2020/05/01/suspeito-de-vender-remedio-falso-que-prometia-cura-de-covid-19-e-preso-na-pb-diz-policia.ghtml. Acesso em: 26 nov. 2023.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 120-186, out.-dez., 2000.

GRIZOTI, Giovani; BONUGLI, Fabiana. Polícia Civil pede prisão preventiva de estudante diagnosticado com Coronavírus que desobedeceu a isolamento em Torres. *G1-Rio Grande do Sul*, 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/03/21/policia-civil-pede-prisao-de-estudante-diagnosticado-com-coronavirus-que-desobedeceu-isolamento-em-torres.ghtml. Acesso em: 26 nov. 2023.

HERRMANN, Clarissa. Artemísia: a alegada cura milagrosa para Covid-19. *DW,* 2020. Disponível em: https://www.dw.com/pt-002/artem%C3%ADsia-a-alegada-cura-milagrosa-para-a-covid-19/a-53435446. Acesso em: 26 nov. 2023.
HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 6. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 9. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

IRION, Adriana. Polícia investiga esquema de falsificação de vacinas contra a gripe na região do Planalto. *Gaúcha ZH*, 2020. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/05/policia-investiga-esquema-de-falsificacao-de-vacinas-contra-a-gripe-na-regiao-do-planalto-ck9trictt000g015n6rjnk5od.html. Acesso em: 26 nov. 2023.

JÁCOME, Igor. Homem diagnosticado com coronavírus é preso em fila de banco por descumprir quarentena no interior do RN. *G1-Rio Grande do Norte*, 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2020/05/08/homem-diagnosticado-com-coronavirus-e-preso-em-fila-de-banco-por-descumprir-quarentena-no-interior-do-rn.ghtml. Acesso em: 26 nov. 2023.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Traduzido por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JORNAL DE BRASÍLIA. Homem é preso por vender "cura para coronavírus". *Na Hora H*, 2020. Disponível em: https://jornaldebrasilia.com.br/nahorah/homem-e-preso-por-vender-cura-para-coronavirus/. Acesso em: 26 nov. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Leonardo. Casal é preso por vender e aplicar vacinas falsas contra a gripe em Caxias do Sul. *Pioneiro*, 2020. Disponível em: http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2020/08/casal-e-preso-por-vender-e-aplicar-vacinas-falsas-contra-a-gripe-em-caxias-do-sul-12534643.html. Acesso em: 26 nov. 2023.

MONTOYA, Juan M.; RINCÓN V, Manuel A. "Hecha la ley, hecha la trampa" ¿una expresión que refleja imaginarios de violencia?'. *Revista Cambios y Permanencias.* Bogotá*,* n. 1, vol. 9, p. 1166-1182, jan.-jun., 2018.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos (Código penal de 1940). *Revista*

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 19.ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1988.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 20.ed. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 1955.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.
PARANÁ PORTAL. Coronavírus: mulher receita tratamento com água sanitária e diz que foi recado de anjo. *UOL*, 2020. Disponível em: https://paranaportal.uol.com.br/cidades/coronavirus-recado-anjo-agua-sanitaria/. Acesso em: 26 nov. 2023.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 2. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PC-RS. Indivíduo é preso em flagrante por falsificação e adulteração de Álcool Gel, em São Leopoldo. *Polícia Civil – Rio Grande do Sul,* 2020. Disponível em: https://www.pc.rs.gov.br/individuo-e-preso-por-falsificacao. Acesso em: 26 Nov. 2023.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol. 2. 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PREITE SOBRINHO, Wanderley. Entenda a aplicação retal de ozônio sugerida por prefeito contra a covid-19. *UOL,* 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/08/04/entenda-a-ozonioterapia-pelo-anus-sugerida-por-prefeito-contra-a-covid-19.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

QUEIROGA, Louise. Idosa é indiciada pela polícia após receitar 'cura para Covid-19 enviada por anjo', no PR. Extra, 2020. Disponível em: https://extra.globo.com/casos-de-policia/idosa-indiciada-pela-policia-apos-receitar-cura-para-covid-19-enviada-por-anjo-no-pr-rv1-1-24427607.html. Acesso em: 26 nov. 2023.

REZENDE, Joffre Marcondes de. As grandes epidemias da história. *In:* REZENDE, Joffre Marcondes de. *À sombra do plátano*: crônicas de história da medicina. São Paulo: Unifesp, 2009.

RODRIGUES, Cristiano. *Direito penal*: parte especial. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 9, n. 38, p. 11-31, abr.-jun., 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1999.

SANTINO, Renato. Culto nos EUA vende alvejante industrial como cura para Covid-19. *Olhar digital*, 2020. Disponível em: https://olhardigital.com.br/coronavirus/noticia/culto-nos-eua-vende-alvejante-industrial-como-cura-para-covid-19/103374. Acesso em: 26 nov. 2023.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

SERNA, Ricardo. Igreja que promete 'imunização' contra coronavírus pode ser enquadrada por charlatanismo, diz MP. *BBC*, 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51708763. Acesso em: 26 nov. 2023.

SERRÓN Víctor. Epidemia y perplejidades médicas: Uruguay, 1918-1919. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*. Rio de Janeiro, ano 18, n. 3, p. 701-721, jul.-set., 2011.

SIQUEIRA, Marilda Mendonça: O perigo está no ar: será que a "espanhola" volta? Entrevista concedida a Benchimol, Jaime Larry, Cerqueira, Roberta Cardoso e Martins, Ruth B. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*. Rio de Janeiro, ano 12, n. 1, p. 159-68, jan.-abr., 2005.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA, Christiane Maria Cruz de. A epidemia de gripe espanhola: um desafio à medicina baiana. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*. Rio de Janeiro, ano 15, n. 4, p. 945-972, out.-dez., 2008.

SOUZA, Rafael de Abreu e. A epidemia do branco e a assepsia das louças na São Paulo da Belle

Époque. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, ano 19, n. 4, p.1139-1153, out.-dez., 2012.

TRIBUNA DE JUNDIAÍ. Pastor Valdemiro Santiago vende semente a R$ 1mil prometendo curar a Covid-19. *Tribuna de Jundiaí*, 2020. Disponível em: https://tribunadejundiai.com.br/saude/coronavirus/pastor-valdemiro-santiago-vende-semente-a-r-1-mil-prometendo-curar-a-covid-19/. Acesso em: 26 nov. 2023.

UOL-SP. Mulher é detida suspeita de aplicar 'gotinhas milagrosas' contra covid-19. *UOL,* 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/04/22/mulher-e-detida-por-aplicar-gotinhas-milagrosas-contra-coronavirus-em-sp.htm. Acesso em: 26 nov. 2023.

VENTURA, Deisy. Pandemias e estado de exceção. *In:* CATONI, Marcelo; MACHADO, Felipe. (Org.). Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte, MG: Del Rey/IHJ, 2009.

Recebido em: 26.11.2023
Aprovado em: 25.03.2024
Última versão dos autores: 10.04.2024

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirmou que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):
DURIGON, L. G.; FAYET, F. A.; NORONHA, P. H. B. Epidemia e pandemia criminalis: contributo à compreensão e delimitação dos crimes contra a saúde pública. *JURIS - Revista Da Faculdade De Direito*, *33* (2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.16368. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/16368/version/20473. Acesso em: 30 mai. 2024.

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Os movimentos indígenas na Abya Yala: horizontes nas lutas pelas territorialidades

César Augusto Costa [1]
Universidade Católica de Pelotas, UCPEL, Pelotas/RS, Brasil
E-mail: csc193@ibest.com.br

Fernanda Ollé Xavier [2]
Universidade Católica do Salvador, UCSAL, Salvador/BA, Brasil
E-mail: feolle@gmail.com

Resumo: Este artigo tem por objetivo evidenciar os movimentos indígenas a partir do marco histórico e societário no Brasil, e por isto, inscritos no rol das suas minorias identitárias ao qual possuem uma relação vital com o território onde vivem, estabelecendo com ele territorialidades fundamentais. Para tanto alcançar esse fim, realizaremos uma pesquisa bibliográfica alicerçada numa perspectiva descolonial à luz de autores/as latino-americanos/as como Enrique Dussel, Darcy Ribeiro, Gersem Luciano, Ivone Lixa, Débora Ferrazo, Carlos Walter Porto-Gonçalves, Anibal Quijano, Sáskia Sassen entre outros/as expoentes críticos aliados a relevância das Constituições Federais do Brasil (1988), da Bolívia (2009) e do Equador (2008), respectivamente. As temáticas debatidas permeiam os direitos humanos e a territorialidade dos povos indígenas das Américas, sob um contexto de violências e exclusões operados pelo sistema-mundo moderno-colonial por intermédio de um Estado orientado por essa matriz colonial eurocêntrica. Por fim, o trabalho aponta para a necessidade de uma crítica latino-americana acerca do Estado brasileiro, ao qual julgamos necessário firmarmos no reconhecimento da autonomia indígena e dos direitos da natureza, dentre outros, uma forma de garantir o exercício de suas territorialidades.

Palavras-chave: Abya Yala; Estado brasileiro; Movimentos indígenas; territorialidades.

Indigenous movements in Abya Yala: horizons in the Struggles for terrorialities

Abstract: This article aims to highlight indigenous movements from the historical and societal framework in Brazil, and therefore inscribed in the list of their identity minorities to which they have a vital relationship with the territory where they live, establishing fundamental territorialities with it. In order to achieve this, we will carry out bibliographical research based on a decolonial

1 Pós-Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande/FURG. Doutor em Sociologia pela Universidade Martin Lutero (EUA). Doutorado em Ciências Humanas (Área de concentração - Educação) na Universidade Federal do Rio Grande/FURG. Mestre em Ciências Humanas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005), Graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (2003) e Graduação em Teologia pela Universidade Católica de Pelotas (2002). Pesquisador e Professor no PPG em Política Social e Direitos Humanos/UCPEL. Líder do Núcleo de Estudos Latino-Americano (NEL/UCPEL). Pesquisador do Laboratório de Investigações em Educação, Ambiente e Sociedade (LIEAS/UFRJ). Sociólogo. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4666300272493509. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7190-6606. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4666300272493509. E-mail: csc193@ibest.com.br.

2 Pós doutoranda em Política Social e Cidadania pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL-BA). Doutora em Política Social e Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel-RS), Mestra em Direito Internacional Público e Econômico pela Universidade Católica de Brasília (UCB-DF), e Graduada em Direito pela UCPel-RS. Advogada. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6174318441026265. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5890-6233. E-mail: feolle@gmail.com.

perspective in the light of Latin American authors such as Enrique Dussel, Darcy Ribeiro, Gersem Luciano, Ivone Lixa, Débora Ferrazo, Carlos Walter Porto-Gonçalves, Anibal Quijano, Sáskia Sassen and other critical exponents, together with the relevance of the Federal Constitutions of Brazil (1988), Bolivia (2009) and Ecuador (2008), respectively. The themes discussed permeate the human rights and territoriality of the indigenous peoples of the Americas, under a context of violence and exclusion operated by the modern-colonial world-system through a state guided by this Eurocentric colonial matrix. Finally, the paper points to the need for a Latin American critique of the Brazilian state, which we believe needs to recognize indigenous autonomy and the rights of nature, among other things, as a way of guaranteeing the exercise of their territoriality.

Keywords: Abya Yala, Brazilian state; Indigenous movements; territorialities.

1. INTRODUÇÃO: ABYA YALA E TERRITORIALIDADE NO CONTEXTO DO SISTEMA-MUNDO MODERNO-COLONIAL

Este texto tem a intenção de abordar o contexto das lutas dos povos indígenas na Aby Yala[3] que envolvem as suas territorialidades, bem como suas ações de resistências emancipatórias que se pretendem disruptivas do modelo civilizatório imposto pelo sistema-mundo moderno-colonial, e com o conceito de território forjado pela modernidade ocidental, ou melhor, pelo eurocentrismo (DUSSEL, 1993). Para o nosso objetivo, utilizaremos a pesquisa bibliográfica alicerçada a partir da perspectiva descolonial à luz de autores/as latino-americanos/as como Enrique Dussel, Ivone Lixa, Darcy Ribeiro, Débora Ferrazo, Carlos Walter Porto-Gonçalves, Gersem Luciano, Anibal Quijano, assim como tantos outros/as expoentes críticos do debate indígena e territorial. Soma-se a esta discussão, o significado das Constituição brasileira, boliviana e equatoriana para esta temática.

A questão é introduzida neste espaço a partir da tensão instalada na América Latina (AL) quanto às designações criadas pelos invasores para identificar o território recém descoberto no Novo Mundo, em sua visão antropocêntrica, e a resistência contra hegemônica dos povos originários ao sustentarem que o território constitui o elemento biocêntrico para a realização do seus modos de vida e que, portanto, inscreve-se na expressão Abya Yala, cujo referencial semântico é a relação identitária entre os seus povos e o território que habitam.

Desde a invasão dos conquistadores ibéricos às "Índias Ocidentais", em 1492, o sistema-mundo moderno-colonial sofreu um novo modelo de conformação territorial em todas as escalas espaciais: local, regional, nacional e mundial. Vale dizer, ao assentarem-se no novo solo continental, a centralidade da Europa oriental, protagonizada até então pelos países árabes e asiáticos, cedeu espaço à Europa do norte ocidental, a qual, em face da sua hegemonia colonial sobre o Novo Mundo, inventou a modernidade e, em seu marco semântico, também o conceito de território.

O nome "América" (que atualmente se aplica à América do Sul) foi pioneiramente cunhado

3 *Abya Yala*, que significa "nascido em casa", vem sendo usado como uma autodesignação dos povos originários do continente em oposição a América, expressão que, embora usada pela primeira vez em 1507 pelo cosmólogo Martin Waldseemüller, só se consagra a partir de finais do século XVIII e inícios do século XIX, adotada pelas elites crioulas para se afirmarem em contraponto aos conquistadores europeus, no bojo do processo de independência (PORTO-GONÇALVES, 2009).

por Waldseemüller, em 1507, ao crer equivocadamente que as terras do Novo Mundo haviam sido descobertas por Américo Vespúcio e, o termo "América Latina", conforme rememora Porto-Gonçalves (2009), foi inscrito como distinção entre a América Anglo-Saxônica no poema *Las Dos Américas,* de José Maria Torres Caicedo, publicado em 1856, para nominar o que Bolívar já havia denunciado em 1826 contra a Doutrina Monroe (1823). Desta feita, o herói cubano, José Martí, foi inspirado a falar, em 1891, sobre *Nuestra América* para debater especificamente os problemas pelos quais passavam os países da América Latina na segunda metade do Séc. XIX.

Ante a este mosaico de denominações eurocêntricas para o território colonial, emergiu a expressão *Abya Yala*, termo oriundo da cultura indígena *Kuna,* não obstante os diferentes povos que nela habitavam atribuíssem nomes próprios às regiões que ocupavam, tais como, Tawantinsuyu, Anauhuac, Pindorama, Kuna, Guarani. Com vista à criação de uma identidade unitária e um sentimento de pertencimento a um determinado local (territorialidade), o termo vem sendo cada vez mais utilizado pelos povos latino-americanos, muito embora o sociólogo boliviano, Xavier Albó, já houvesse invocado *Abya Yala* como expressão contra hegemônica à consagrada América.

Porto-Gonçalves esclarece ainda, que a expressão tomou envergadura política pela primeira vez em 2004, por força da *II Cumbre Continental de Los Pueblos Y Nacionalidades Indígenas de Abya Yala,* realizada em Quito, Equador, passando, destarte, a substituir paulatinamente o nome América nos palcos dialógicos dos diversos movimentos indígenas que se seguem na América Latina, sobretudo no início do Séc. XXI. Tal substituição, segundo Gonçalves, indicou também a presença de outro sujeito enunciador de discurso, até então calado e subalternizado em termos políticos: os povos originários, para superar o processo de isolamento político ao qual se submeteram desde a tomada de seus territórios pelo colonizador ibérico. Vale destacar, ainda, que o próprio termo "indígena" configura uma violência simbólica contra os povos originários da *Abya Yala*, pois a expressão foi tecida pelos comerciantes europeus para designar as Índias no final do Séc. XV, e irreleva o fato de que os povos nativos tinham seus nomes próprios e de seus territórios.

Por conseguinte, o termo *Abya Yala* vem sendo inserido no léxico político dos povos latino-americanos, em contraponto à América Latina, cuja expressão passou a ser prevalente para designar o Novo Continente, sobretudo a partir do final do Séc. XVIII, e início do Séc. XIX.

Com efeito, Gonçalves entoa, que a América Latina ainda é uma expressão europeia e que, portanto, exclui aqueles que nela viviam na Era Pré-Colombiana. Senão, vejamos *in verbis*:

> silencia grupos sociais e nações que longe estavam da latinidade, exceto por sofrerem os desdobramentos imperiais que tão marcadamente caracterizam a tradição eurocêntrica. De certa forma, é uma oposição a isso que os povos originários de Abya Yala querem afirmar ao adotarem um nome próprio por meio do qual buscam se reapropriar do território que lhes foi arrebatado, como se vê, de maneira não definitiva. (PORTO-GONÇALVES, 2009, p. 27).

É nesse sentido que Abya Yala tem–se configurado como uma nova etapa dos movimentos indígenas, refletindo o sentimento político-identitário dos povos originários na luta pela descolonização do pensamento e pela conquista de direitos à sua autodeterminação, os quais pressupõem o direito ao território. Pois, conforme alude Hanna Arendt em "Sobre a Revolução" (2011), é na América/Abya Yala que se descobre que a miséria não é um estado natural e que

o destino dos homens pode ser mudado por eles mesmos. A ideia de revolução como agência humana surge na América/Abya Yala, embora o modelo de revolução que ganhará o mundo seja o europeu, mais precisamente o da revolução francesa.

Essa luta pela descolonização do pensamento entabulada pelos povos da *Abya Yala* parece ser favorecida pelo sentido da territorialidade, semantizado pela identidade que ela estabelece com os seus povos originários, em contraponto à leitura eurocêntrica hegemônica, ainda arraigada no Direito Romano, que consagrou o território como elemento dissociado do ser humano, cuja acepção advém do direito positivo, ou melhor, do "direito de propriedade dos proprietários" - das elites oligárquicas, portanto, como um elemento a-histórico. Nesse sentido, é o que Hegel já teorizava ao vincular a ideia de território à base física onde se erige o Estado, isto é, como algo externo às relações sociais, naturalizando-a. Vale dizer, deve-se compreender o território aliado aos seus sujeitos, como um elemento histórico, assim como afirma Porto-Gonçalves ao enunciar o seguinte:

> De tal forma a territorialidade inventada pelos portugueses e espanhóis enquanto Estado Territorial conseguiu impor-se ao mundo, sobretudo pós 1648 que, sequer, nos damos conta de que os territórios não são substâncias a-históricas e que são, sempre, inventados e, como tais, realizam concretamente os sujeitos históricos que os instituíram. Portanto, há que se considerar o território e seus sujeitos instituintes e, assim, é fundamental que desnaturalizemos esse conceito. (PORTO-GONÇALVES, 2012, p. 18).

Vislumbra-se a urgência manifestada pelos povos originários quanto à descolonização da acepção de território em várias passagens de suas lutas e movimentos indígenas ao invocarem seus conclames de "'Abaixo as fronteiras', 'o capital não tem pátria', 'imperialismo' (ou império?), 'protecionismo/nacionalismo', 'socialismo num só país', 'proletários de todo o mundo, uni-vos', 'crise do Estado', 'não queremos terra, queremos território' (PORTO-GONÇALVES, 2012, p.18), ou seja, tratam-se de moções que demonstram a importância do território para estes povos.

Reitera-se que tais insurgências decorrem de uma concepção eurocêntrica sobre território calcada na propriedade privada e eivada do dualismo hermenêutico excludente, que dissocia elementos que compõem o meio ambiente, como a território do ser humano. Ou seja, os povos originários, ao invocarem a *Abya Yala*, visam ao reconhecimento das diferentes formas de apropriação dos recursos naturais que já predominavam no mundo de forma comunitária, e não excludente.

Trata-se, portanto, de uma concepção teórico-política inovadora, que vai embasar este novo ciclo dos movimentos indígenas latino-americanos, em que a luta pela terra, enquanto meio de produção, típica do campesinato, é sucedida pela luta em torno do território, ao que Darcy Ribeiro (1986) denomina de "indigenato", referindo-se à construção de uma comunidade etnopolítica que passa a se constituir como sujeito político. Com efeito, tal inovação está na associação da dimensão material de território, simbolizada pela água, biodiversidade e terra, com a sua dimensão subjetiva, isto é, natureza e cultura (PORTO-GONÇALVES, 2009).

Visando aprofundar os pontos acima delineados, estruturamos a nossa reflexão em três momentos conexos: no primeiro, contextualizaremos o espaço dos movimentos indígenas no continente latino-americano à luz das novas territorialidades; no segundo momento, situaremos o

constitucionalismo na América Latina como política de Estado ao encontro da autodeterminação indígena. Nas considerações finais, elencaremos o atual constitucionalismo latino-americano e o horizonte das lutas indígenas pelos direitos.

2. SITUANDO O ESPAÇO DOS MOVIMENTOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA NA PERSPECTIVA DAS NOVAS TERRITORIALIDADES

O horizonte das lutas sociais dos movimentos indígenas na América-Latina tem como principais marcos as grandes Marchas pela Dignidade e pelo Território que ocorreram nos anos noventa no Equador e na Bolívia, que desaguaram na promulgação de suas novas Constituições Federais, de 2008 e 2009. Respectivamente, as quais promoveram e reconheceram a pluralismo jurídico como um dos pilares norteadores do Estado nacional, e delinearam um novo conceito de cidadania no constitucionalismo latino-americano. Vale dizer, são os descendentes de Tupac Amaru, Tupac Katari e Sepé Tiaraju, articulando-se para o centro de um novo quadro político.

Com efeito, estes movimentos ocorreram em resposta ao longo período de exploração que aqueles povos sofreram, posto que alijados de representação política, assim como submetidos a altos índices de miserabilidade e privatização dos recursos naturais, tal como aconteceu na Bolívia durante séculos, inclusive até o Séc. XXI. Assim, em 1999, em resposta ao neoliberalismo instalado, foi constituído na Bolívia o *Movimiento al Socialismo* – MAS, composto por diversos setores da esquerda, como militantes dos movimentos de mineiros e *cocaleros*, consistindo em mais uma corrente social e étnica fortemente heterogênea, do que um partido político claramente definido (BELLO, 2018).

De acordo com Rey, o programa político do MAS tinha como objetivos, *in verbis*:

> A construção de uma nova Bolívia que deveria se apoiar na identidade, nos valores e na concepção de mundo de sua população indígena. Entre outras coisas, o MAS já exigia na época a nacionalização das grandes indústrias, a autogestão das empresas responsáveis pelo seu pessoal, o fim da destruição dos campos de coca e a distribuição das terras às comunidades indígenas e camponesas. (REY, 2010, p. 207)[4].

Sob o contexto do MAS, três episódios sucederam-se no país, os quais foram determinantes para a mudança de rumos na Bolívia: a "guerra da água", em Cochabamba (2002); a "guerra do gás", em Tarija (2003); e a disputa pela nacionalização do petróleo, em 2005. Neste mesmo ano, em decorrência destes protestos, pela primeira vez na história do país, foi eleito um cidadão de etnia indígena como presidente da República, Evo Morales, ex-líder *cocalero,* o qual promoveu uma "refundação da República" que determinou a promulgação de uma nova Constituição boliviana, aprovada diretamente pelo povo em 2009, cujo preâmbulo enaltece a plurinacionalidade inspirada "nas lutas do passado e na revolta indígena anticolonial"[5], e o reconhecimento da autonomia dos

4 Texto original: *La construcción de uma nueva Bolívia que se debía apoyar em la identidad, los valores y la concepción Del mundo de su población indígena. Entre otras cosas, o MAS exigía ya en aquel tiempo la estatización de grandes industrias, la autogestión de las empresas a cargo de su personal, el fin de la destrucción de los campos de coca y la distibuición de tierras a comunidades indígenas e campesinas.*

5 Excerto do texto do Preâmbulo da CF boliviana de 2009. Texto original: *(...) inspirado em las luchas del pasado, em la sublevación indígena anticolonial (...).*

povos originários.

O Equador, por sua vez, também se propôs a promover um "novo pacto social" (BELLO, 2018, p. 117) que contou com a expressiva participação do movimento indigenista, destacado em prol do estabelecimento de um Estado plurinacional que reconheça a diversidade cultural e garanta a autodeterminação indígena.

Nessa esteira, portanto, em 2006 houve a eleição presidencial de Rafael Correa, alinhado à ideologia de Evo Morales e com o apoio de Hugo Chávez. O presidente eleito, economista representante do movimento *Alianza Patria Altiva y Soberana – PAIS*, prometeu a realização de uma "revolução cidadã" no país, conclamando que a "A América Latina não vive uma época de mudanças, mas uma mudança de época" (BELLO, 2018, p. 118). Destarte, em abril de 2007, Correa convocou uma assembleia constituinte, cujo texto foi aprovado com 63,9% dos votos favoráveis e 28% contrários e, em setembro de 2008, foi aprovado pelo referendo constitucional a nova Constituição equatoriana, que entrou em vigor no mês seguinte, em 20 de outubro de 2008.

A principal inovação desta Carta Federativa foi a ressignificação do conceito de cidadania calcado no princípio do Bem Viver (*Sumak* Kawsay), uma vez que um dos seus eixos estruturantes está sedimentado nos direitos do seu povo indígena, maioria no referendo popular. Assim, também previu em seu bojo as perspectivas da interculturalidade e da plurinacionalidade, inaugurando um constitucionalismo plurinacional, categorias que se entende irrefutáveis à autodeterminação indígena, que será abordada a seguir.

Merece destaque, outrossim, o levante ameríndio dos povos Miskitos na Nicarágua por força da Revolução Sandinista (1979-1989), de ideal marxista. Trata-se de um movimento com motivos particulares, posto que os Miskitos se opunham ao sandinismo a partir de uma luta indígena legítima, mas contra as forças comunistas. Ou seja, os Miskitos pugnavam por direito ao reconhecimento de suas diferenças e pela demarcação de seus territórios, corroborando que essa nova era de movimentos representa um novo marco teórico-político às lutas indígenas que, do pleito à terra, passaram a ser do território. Porto-Gonçalves (2012), concebe o conflito miskito-sandinista-imperialismo também como um episódio que marca esta nova era de conflitividade na América Latina sob o protagonismo dos povos originários, os quais, segundo ele, reconfiguram as lutas camponesas e passam a incorporar novas dimensões ao significado de território, como a natureza e a cultura, que o qualificam como territorialidade.

Destaca-se, que no ano em que o sandinismo é derrotado, em 1989, ocorre a queda do muro de Berlim, evento que refletiu na América Latina como precursor de novas possibilidades identitárias e potencialidades políticas, sobretudo aos povos indígenas, uma vez que, até então, as lutas de classes ainda estavam balizadas pelo ideal eurocêntrico, a exemplo das lutas camponesas por terra e crédito, impedindo outras razões. No mesmo ano, esse novo padrão conflitivo também se instala na Venezuela com as manifestações de rua (*callejeras*), a exemplo do "Caracazo", em Caracas, que foi alvo de protestos e saques, em reação à tentativa do então presidente, Carlos Andrés Pérez, de aderir ao neoliberalismo à revelia do Parlamento e da população. Este manifesto, em que pese ter resultado em dezenas de mortos e centenas de feridos, determinou a recua do governo quanto à liberalização ampliada da economia.

Ainda no ano de 1989, formalizava-se a ascensão do neoliberalismo como modelo

econômico mundial consagrado no Consenso de Washington que definiu pautas econômicas para a comunidade internacional, a exemplo da adoção de metas econômicas e políticas orientadas pelo modelo do Estado mínimo, pela privatização de empresas estatais, pela flexibilização da legislação trabalhista, diminuição de benefícios previdenciários, dentre outras. Trata-se, por conseguinte, de um acordo que causa profundas transformações nas relações entre o Estado e a sociedade civil, ou seja, outra fonte instigativa de reações populares e de grupos étnicos, haja vista que a hegemonia do capital, promovida neste Consenso, impacta de forma severa na exploração dos recursos naturais.

Em sede dos problemas ambientais, não há que se olvidar, que logo mais tarde, em 1992, parece haver uma consolidação do novo padrão conflitivo, ao se reunirem os chefes de todos os países do mundo, organizados pela Comissão das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento - ONU na ECO-92, também conhecida por Rio-92, em comemoração aos 500 anos do descobrimento da América (ou melhor, do *encobrimento* [DUSSEL, 1993]), a qual, de acordo com Porto-Gonçalves (2012), consagrou a problematização causada pelos movimentos sociais. A ECO-92 foi protagonizada pelos povos indígenas, os quais conclamaram que, os mesmos países que violentaram, exploraram, saquearam os povos originários durante séculos, reuniam-se para debater questões sobre as quais seus povos sempre demonstraram conhecimento e apreço, especialmente, sobre os elementos da natureza: água, terra, ar, flora e fauna. E tais conhecimentos eram oriundos de suas crenças e rituais, isto é, de sua cultura, mas invisibilizados pela "colonialidade do saber" (QUIJANO, 2000). A partir da Rio-92 é inaugurado um novo cenário de movimentos sociais em todas as grandes cúpulas mundiais.

O palco da hegemonia neoliberal globalizada também revela que o "Grande Dinheiro" (PORTO-GONÇALVES, 2012, p. 50) tem o poder de conformação geopolítica local, regional e mundial, inclusive no continente americano, a exemplo da operada pelo Acordo de Livre Comércio da América do Norte – NAFTA sobre o bloco de integração econômica regional-global composto pelos EUA, Canadá e México. Uma das reações foi o movimento zapatista, isto é, o indigenato ocupando as ruas em 1º de janeiro de 1994 para além das montanhas de Chiapas - México, visando à defesa de uma gestão autônoma e democrática do território, a partilha da terra e da colheita, dentre outros pleitos associados à participação direta da população. Com efeito, "os índios continuam querendo se espelhar, refletir, repercutir como protagonistas locais-regionais-nacionais-globais" (PORTO-GONÇALVES, 2012, p. 50) de encontro ao NAFTA.

Em que pesem os movimentos sociais contra as perversidades instituídas pelo neoliberalismo global, ocorridos em diversos países, dentre estes o Brasil, há que se ressaltar que os conflitos sociais na América Latina e Caribe foram marcados pela expressiva presença dos movimentos indígenas e demais grupos étnicos, como o dos afrodescendentes e de campesinatos de diferentes matrizes culturais, notadamente em países como Bolívia, Paraguai, Equador, México, Guatemala, Colômbia, Chile e Brasil. No Brasil, destaca-se o movimento campesíndio do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra – MST, com estrutura política organizada, cuja pauta maior é a luta pela terra como meio de produção pela reforma agrária.

Inúmeros meios de sobrevivência foram empreendidos pelos grupos subalternizados ao longo do tempo ante às perversidades do colonialismo, que se transformou no neoliberalismo selvagem. Em outras palavras, muitas fugas para lugares de difícil acesso foram as estratégias

adotadas pelos indígenas como forma de libertação, como se demonstra a seguir, *in verbis*:

> (...) os indígenas na bacia amazônica buscaram os altos cursos dos rios; os negros formaram seus pallenques e quilombos em lugares acidentados, ou nas furnas e cavernas, ou nos bosques fechados, ou acima das cachoeiras; ou nos mangues ou áreas insalubres para brancos. Em muitos lugares os indígenas preferiram ou aceitaram missionários protetores contra colonos ávidos por explorá-los. Enfim, foram várias e múltiplas as estratégias de sobrevivência. (PORTO-GONÇALVES, 2012, p. 47).

Porém, não obstante toda a resistência histórica indígena contra as violências sofridas desde 1492, apenas recentemente os povos originários ganharam maior visibilidade, quando suas lutas assumem uma dimensão político-social relacionada a questões que envolvem suas territorialidades enquanto bem viver.

Não se olvide, outrossim, que a conformação da maior área territorial brasileira à época da sua independência (1822) estava condicionada à mantença da escravidão de negros, brancos pobres e indígenas da região amazônica. A região amazônica, que atualmente compreende 54% do território brasileiro, somente se desvinculou de Portugal para aderir ao Rio de Janeiro, capital do Brasil à época, quando a população luso-amazônida de Belém, capital de Grão-Pará, temeu o fim da escravidão que a Revolução Liberal do Porto, em 1820, ameaçava extinguir.

De acordo com Porto-Gonçalves, o aumento da exploração daqueles povos no Brasil foi uma das razões que deram azo à maior rebelião popular da história do país, qual seja, a Revolução dos Cabanos (1835-1839), insurgida contra a escravidão e o latifúndio. Ou seja, a unidade territorial no Brasil foi possível mediante o pacto entre as oligarquias com o Império e grupos subalternizados, ao manterem o latifúndio e a escravidão. Nesse sentido, é possível afirmar que a colonialidade prevaleceu, posto que até hoje vimos sua continuidade, mormente pelo desmonte das políticas sociais e ambientais; vale dizer: "se de um modo geral, há muito de continuidade histórica colonial na descontinuidade dos processos de independência da América Latina, no Brasil as continuidades são muito mais significativas do que as descontinuidades" (PORTO-GONÇALVES, 2012, p. 21).

Ante o exposto, corrobora-se o que Quijano (2000) já afirmara, que o fim do colonialismo não significou o fim da colonialidade. Veja-se, a colonialidade ainda se mantém, um exemplo é a nova divisão territorial do trabalho, onde os países pobres viram verdadeiras lixeiras do mundo, para sustentar o modo de vida desigual nos marcos do capitalismo (PORTO-GONÇALVES, 2012).

Por conseguinte, a luta emancipatória dos povos indígenas assume um novo significado, não só pela conquista de um espaço físico para explorar os seus meios de produção, como a terra, mas um espaço em sua dimensão cosmológica, onde possam desenvolver suas idiossincrasias enquanto bem viver, validar seus saberes de forma a romper com o pensamento hegemônico europeu. Enfim, atenuar, através da conformação de novas territorialidades, os efeitos nefastos que o histórico colonial lhes causou, haja vista que os povos subalternos têm na *Nuestra América,* que congrega todos que se percebem no marco do sistema-mundo moderno-colonial, aquela expectativa de ruptura com o modelo imperial capitalista representado pela "outra" América (do Norte –EUA).

Seguiremos a trilha de nossa reflexão, abordando o espaço do constitucionalismo latino-americano e da política estatal na dinâmica da autodeterminação indígena.

3. O CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA COMO POLÍTICA DE ESTADO AO ENCONTRO DA AUTODETERMINAÇÃO INDÍGENA

Ao situarem-se os movimentos de resistência dos povos originários na *Abya Yala* contra o sistema liberal, e após, neoliberal, que produz exclusão e marginalização dos sujeitos negados, vulnerabilizados nas territorialidades forjadas a favor do capital; assim como promove a configuração do Estado e do Direito por uma pequena elite de agentes políticos comprometidos com os interesses externos, restou clarividente que este modelo não mais atende aos padrões normativos do direito estatal latino-americano, a exemplo do direito liberal-conservador brasileiro.

Vale dizer, está-se diante do esgotamento do Estado e do Direito frente às pautas dos movimentos sociais, *in casu,* dos movimentos indígenas, e às contradições sociais, sobre as quais se impõe uma discussão orientada pela refundação do Estado, baseada no pluralismo jurídico democrático participativo, assim como na ruptura dos "colonialismos" (QUIJANO, 2000), pois a colonização não foi um processo que se extinguiu com a independência formal do Estado-Nação.

Conforme pondera Porto-Gonçalves, a modernidade deixou, e ainda provoca, marcas indeléveis nos corpos, nas vidas e nas culturas dos povos originários latino-americanos, por um processo sob o qual sempre atuaram como sujeitos oprimidos e alijados de poder decisório e de um saber institucionalmente reconhecido e válido. É o que se extrai ao tecer, *in verbis*:

> Para os que vivem no novo continente o encontro das diferenças é, diferentemente dos discursos pós-modernos, tensão, resistências, tragédias e reinvenção permanente da vida em circunstâncias que exige de cada um de nós agir-pensar a modernidade por quem a sente enquanto expulsão das terras, por quem não pode falar sua própria língua em seu próprio território e, ao mesmo tempo, tem que falar a língua dominante com outro sentimento porque a modernidade chega com a mão santa da chibata ou com o glifosato da Monsanto. Não olvidemos que o agronegócio da soja de hoje é tão moderno-colonial como o foi, ontem, o do açúcar com seus engenhos. (PORTO-GONÇALVES 2012, p. 6).

É através da América Latina que o centro colonial europeu conforma uma nova ordem geopolítica mundial que, depois, a partir dos alicerces neoliberais protagonizados por Ronald Reagan (EUA) e Margaret Thatcher (Reino Unido), desloca-se para o norte ocidental, reconfigurando novas territorialidades orientadas pelo capital supranacional. Esta reconfiguração geopolítica determinou outros modelos de relações entre os povos subalternizados e as classes dominantes, simbolizadas por mobilizações social e política aptas a construir novas institucionalidades, tal como, um Estado plurinacional que reconheça, dentre outras possibilidades democráticas, a autodeterminação dos povos indígenas.

Não há que se olvidar que na época da invasão da América, os povos originários que aqui habitavam tinham, de acordo com sua jurisdição e de sua organização social, um conceito de família, de afinidade ancestral, língua, costumes e religiões comuns muito mais fortes do que limites territoriais. Ora, isso não quer dizer que não havia disputa por territórios, e dominação de povos; no entanto, era quase impossível precisar os limites territoriais de cada povo indígena, como por exemplo, no Brasil (SOUZA FILHO, 2018). Esta territorialidade plasmada no vínculo ancestral entre o indígena e a natureza, que foi exterminada pela reconfiguração geopolítica ordenada pelo eurocentrismo, e depois pelo imperialismo capitalista, é que se pretende resgatar.

De acordo com Gersem Luciano (2006), a possibilidade para os povos indígenas de reconstrução de processos autônomos de vida, especialmente na realidade brasileira, significa uma conquista que é objeto de lutas travadas há séculos na América Latina e, no Brasil, a partir da década de setenta do século passado, ao se considerar os movimentos indígenas política e estruturalmente organizados. Ou seja, como a preocupação do Estado estava voltada à sua inserção na economia global em detrimento da preocupação com a integração social do seu povo, foi aproximadamente a partir dos anos setenta que os movimentos sociais e indígenas emergiram no Brasil, para visibilizar sujeitos até então negados pelo sistema dominante.

No entanto, em que pesem as conquistas dos movimentos indígenas na Assembleia Constituinte que resultou na nova CFB/1988, a partir da hermenêutica de que os povos indígenas têm direitos originários e que estes devem ser reconhecidos e garantidos a título de cláusulas pétreas, este quilate político-jurídico moldado pelo novo "Estado de Bem-Estar Social"[6], mas ainda monista, não foi suficiente para romper com o obscurantismo colonial e com a negação do direito à autonomia destes povos para poderem se organizar e viver conforme seus costumes e culturas.

Ou seja, insertos neste atual modelo civilizatório, moderno e capitalista, ainda esculpido sob a égide do Estado-Nação, não há que se falar em efetividade de direitos àqueles que não oferecem interesses ao capital internacional; ao contrário, segundo as elites do poder, os grupos subalternizados, como os indígenas, figuram como entraves ao desenvolvimentismo – trata-se das "elites predatórias", cujos alvos são os países pobres, porém, com abundantes recursos naturais. Ou, nas palavras de Sassen (2016), o crescimento econômico nunca foi benigno. Neste sentido, portanto, eis que surge o argumento pela refundação do Estado, para que o sonho que nutre as moções revolucionárias dos movimentos populares e indígenas tornem-se concretudes em andamento.

Ao tratar-se da necessidade de reconstrução do Estado, seja em ordem regional ou local, *in casu,* no Brasil, advoga-se com as palavras de Lucas Fagundes, *in verbis*:

> O que as recentes constituintes de países como Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela nos revelam é que, além de dar respostas às demandas que a modernidade não conseguiu concretizar, também aflora a necessidade de reinvenção das instituições jurídicas e políticas no continente, para inserção da cultura autóctone negada e da cultura sincrética popular produzida pelos rostos da exclusão social, resultado da colonização [...]. (FAGUNDES, 2013, p. 153).

Veja-se, a hermenêutica jurídica operada pelas instituições brasileiras, enquanto instrumento do direito positivo moderno de interpretação das leis e da declaração de direitos, ainda está associada ao marco epistemológico forjado no sistema-mundo moderno-colonial que indiligencia os pleitos dos sujeitos negados e desconsidera as práticas emancipatórias dos demais países da latino-americanos, notadamente, Bolívia e Equador.

Ora, por qual razão as lutas dos povos originários destes países divergem das lutas de

6 O Estado de Bem-Estar ou *Welfare State* resulta da proposta de envolvimento dos Estados nacionais na transformação econômica e social de países ao longo dos Séc. XVIII e XIX, em uma missão desenvolvimentista (KERSTENETZKY, KERSTENETZKY, 2015), como contraponto ao autoritarismo estatal que se impôs no período. Em vista disto, vários países da América Latina, inclusive Brasil, adotaram este novo modelo a partir do Séc. XX, visando maior presença do Estado nos campos econômico, político e social.

resistência no Brasil? Será que a herança colonial do Brasil é maior para impedir a autodeterminação destes grupos? Tal indagação é trazida à baila para reforçar àquele argumento que advoga pela refundação do Estado brasileiro, sustentado no pluralismo jurídico, e instrumentalizado por uma interpretação normativa decolonial, uma vez que, segundo Lixa e Ferrazzo (2015) a hermenêutica jurídica tradicional contribuiu com o processo de colonização política, epistemológica e cultural em todo o mundo ocidental, ao que as autoras denominam "hermenêutica das ausências" extraída da construção teórica de Boaventura de Sousa Santos em sua, Sociologia das Ausências (2002). A "hermenêutica das ausências" é, assim, produto do seguinte entendimento:

> Enfim, [trata-se de] uma concepção vazia e negadora de referenciais capazes de definir um horizonte compreensivo legitimamente justo para com o que secularmente foi excluído do direito brasileiro: valores e necessidades capazes de promover a emancipação política e social dos empobrecidos, dos ausentes e dos invisibilizados pelo poder. Construiu-se como uma 'hermenêutica das ausências', concepção que também serviu bem para que a 'balança' da justiça sempre tenha pendido para 'o lado' 'mais forte', retirando o poder de 'linguagem' dos historicamente invisibilizados. (LIXA, FERRAZZO, 2015, p. 146-147).

Nesta esteira, pretende-se evocar a urgência de se pensar o presente e o futuro da sociedade brasileira, reconhecendo-se o que foi subtraído pela "sociologia das ausências" (SANTOS, 2002), ampliando-se as possibilidades de concepção do direito para além do Estado para permitir a emergência social e política dos grupos invisibilizados pela modernidade eurocêntrica, e a legitimação dos seus saberes, que foram expurgados para a "linha abissal do pensamento" (SANTOS, 2008).

Desta forma, é possível identificar agentes, práticas e saberes com tendências de futuro sobre as quais é possível ampliar as expectativas de esperança, tais como as práticas do reconhecimento, da transferência de poder e mediação jurídica como legítimos espaços de luta por dignidade humana (LIXA, FERRAZZO, 2015). É o que Santos (2010) prescreve na ideia de um "Estado experimental", isto é, como uma nova institucionalidade para a superação das crises de funcionalidade e institucional para atender as demandas por mudança da sociedade atual, plasmada por diferentes formas de democracia em que a função do Estado como gestor do "bem-estar", deixa de ser monista e passa a ser partilhada, ou seja, um modelo de democracia direta combinada com a participativa, conforme outrora mencionado. Em síntese, o que caracteriza este novo Estado de Bem-Estar, assim como o sustenta, é a experimentação contínua com a participação ativa dos seus cidadãos (FAGUNDES, 2013).

No marco desta hermenêutica, já na primeira década do século XXI, movimentaram-se alguns países latino-americanos, dos quais se destacam a Bolívia e o Equador, pois a partir da proposta de um novo constitucionalismo, construíram um Estado plurinacional comprometido com a autodeterminação dos seus povos originários e com os direitos da natureza, dentre outras inovações democráticas. No entanto, conforme lembrado por Fagundes (2013), não obstante a emergência de um processo constitucional transformador, a incerteza dos seus resultados ainda é um risco, assim como também o é a efetividade dos preceitos ali instituídos.

Finalizaremos nossa exposição, apontando o contexto do atual constitucionalismo latino-americano e das lutas indígenas na defesa de direitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DO ATUAL CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO AO HORIZONTE DAS LUTAS INDÍGENAS NA DEFESA DE DIREITOS

À luz do que foi dito, compreendemos que o constitucionalismo latino-americano que se abarca como modelo a contemplar os povos indígenas como sujeitos de direitos em territorialidades que o identificam como tais, e lhes permitem o exercício de suas cidadanias sem deixarem de ser o que são, é o que foi implantado nas Constituições da Bolívia e do Equador, conforme mencionado. Tal premissa decorre da concepção de que estes dois países promoveram a refundação dos seus Estados mediante a ampliação democrática e o reconhecimento do pluralismo jurídico como pilar fundante do Direito.

Ao se pretender contextualizar o atual constitucionalismo latino-americano como modelo a permitir a autodeterminação indígena, e inspirar a construção de racionalidades disruptivas à matriz capitalista eurocêntrica, elegemos a classificação tecida por Bello (2018), que identificou três etapas de promulgações de Constituições ou reformas constitucionais ocorridas nas Américas, quais sejam: a primeira refere-se ao período de 1982 a 1988 com o surgimento do multiculturalismo; a segunda é a que medeia o período de 1989 a 2005, marcada pelo reconhecimento do Estado pluricultural e do pluralismo jurídico; e a terceira refere-se ao período de 2006 em diante referenciado pela afirmação da livre determinação dos povos e do modelo de Estado plurinacional (BELLO, 2018).

Como exemplos de países que se enquadram nestas etapas, Bello (2018) explica que o primeiro período é representado pelo Canadá, em 1982, pela Guatemala, em 1985, e pela Nicarágua, em 1987, países americanos que reconheceram direitos à identidade cultural e direitos indígenas específicos. Já o Brasil, em 1988, promulgou sua nova Constituição Federal, definida como "Carta Cidadã", posto que oriunda de um debate amplo e aberto, caracterizando, assim, um pacto plural. Em sua base consagrou institutos e princípios inéditos, como a dignidade da pessoa humana e um amplo rol de direitos e garantias fundamentais.

A segunda onda do constitucionalismo na América Latina é assinalada pela influência da Convenção n. 169 da OIT, em 1989 que, dentre outros resultados, promoveu um forte debate e apelo às questões indígenas e ao acolhimento de novos modelos de pluralismo jurídico, o que foi recepcionado pelas Constituições da Colômbia (1991); do Paraguai (1992); do Peru (1993); do Equador (1998); da Venezuela (1999); e Bolívia (1967, reformada em 2002).

E, a terceira fase, é a que registra o objetivo deste trabalho, qual seja o de invocar a refundação do Estado brasileiro como um dos pilares à concepção de cidadania que se adequa ao pleito e ao modo de vida dos seus povos originários, e que está representada pela promulgação das novas Constituições do Equador, em 2008, e da Bolívia, em 2009. Tais Constituições Federais foram "viabilizadas por intensas mobilizações populares, enfatizando a questão étnica e promovendo a ideia de refundação do Estado, calcada na harmonia das diversas culturas sob o pálio de um Estado plurinacional ou pluricultural" (BELLO, 2018, p. 87).

Com efeito, a instituição de um Estado plurinacional consagra a sua conformação por nações, nacionalidades indígenas e novos direitos, que emergiu de um contexto material-dialético caracterizado pela alta presença indígena nas constituintes, ou seja, por uma participação política dos povos indígenas até então ausentes (ou negados), pelo fracasso das políticas neoliberais e, por fim, por um Estado que retome sua responsabilidade social, torne efetivo o Estado "de bem-estar", principalmente para os povos indígenas.

As Constituições do Equador e da Bolívia, marcos político e jurídico do novo constitucionalismo latino-americano, em sede de direitos dos povos indígenas e de novos direitos, reconheceram, dentre outros a:

> Responsabilidade social do Estado. Novos direitos sociais (à água, **ao "bem-viver")** e direitos "da natureza" (Equador). Direitos de indivíduos, grupos, comunidades, povos nações e nacionalidades indígenas. **Autonomias indígenas**. **Jurisdição indígena:** deve respeitar os direitos humanos, direitos das mulheres (Equador), direitos de defesa e garantias (Bolívia). Novo contexto da Constituição da Bolívia reduz alguns avanços do texto original (***e.g.*, busca restringir a jurisdição indígena a indígenas dentro do seu território para assuntos indígenas**) e **introduziu o requisito de "ser advogado" para as autoridades indígenas membros do Tribunal Constitucional Plurinacional (**BELLO, 2018, p. 89-90, grifado).

A nova Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia contempla o "bloco indígena-popular" como vitorioso na luta ante as medidas neoliberais impostas no país, a exemplo das guerras da água e do gás, fortalecendo, destarte, o papel de determinados sujeitos e grupos sociais antes negados (LEONEL JÚNIOR, 2015). Este novo pacto político-jurídico é o corolário do acervo político e social das lutas entabuladas pelos seus povos originários até a sua promulgação em 2009, configurando, portanto, um referencial temporal ao país. Com efeito, trata-se de um documento normativo que redesenha um novo parâmetro político e jurídico à compilação de direitos até então preconizados como fundamentais, agora reunidos em um conjunto de capítulos denominado *Derechos Fundamentales y Garantías*[7]que compõem o Título II da Constituição. Este Título introduz um novo rol de categorias de direitos, quais sejam: humanos, sociais, coletivos e povos indígenas, ao que se destaca que todos foram ratificados pela ONU.

Ainda nessa esteira, cumpre ressaltar que o texto inaugural do Preâmbulo da nova Carta Política boliviana é seminal quanto ao reconhecimento da importância das lutas travadas pelos povos originários para a elaboração do novo marco normativo nacional. Ora, o reconhecimento de um novo Estado decorrente das lutas populares, sociais e étnicas que se mobilizaram em uma matriz anticolonial, assim como a necessidade da convivência harmônica e coletiva entre o ser humano e a natureza, são princípios norteadores do novo constitucionalismo boliviano, constantes do texto preambular da sua Constituição.

No que tange ao conceito de cidadania, a Constituição boliviana de 2009 instituiu um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, ou seja, um Estado livre, independente, soberano, democrático, intercultural, dentre outros pilares que consagram a pluralidade e o pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico no seio do processo integrador do

7 Cfe. *Constitución Política Del Estado*, Bolívia, 2009. (BOLÍVIA, 2009, p. 4).

país, conforme alude o artigo primeiro da sua Carta. A autonomia dos povos indígenas e o domínio ancestral dos seus territórios como garantidor da sua autodeterminação, representam, de acordo com o artigo segundo da Constituição boliviana, a centralidade do pluralismo, ao considerar que a unidade do Estado está plasmada na ideia do direito destes povos à sua autonomia, ao autogoverno, à sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação de suas entidades territoriais.

O novo constitucionalismo no Equador, outro exemplo de constituinte que se propôs a realizar um novo pacto social, e que também merece destaque devido às inovações que contemplou na Constituição de 2008, notadamente no campo dos direitos fundamentais e, consequentemente, no conceito de cidadania, somente se perfectibilizou em razão da participação expressiva dos movimentos indígenas.

Com efeito, Bello (2018) expõe que desde a década de 1980 o movimento indígena equatoriano atuou pelo reconhecimento dos povos indígenas como nações, e pela instituição de um Estado plurinacional com vista a possibilitar a concretude de algumas de suas bandeiras centrais, tais como, o autogoverno, a autonomia e a diversidade cultural. Nesse sentido, o novo constitucionalismo equatoriano caracterizou-se pelo estabelecimento de um Estado plurinacional e intercultural, ressaltando-se que a diversidade cultural é um dos grandes desafios que os países latino-americanos enfrentam nestes processos constituintes, em razão da coexistência de grupos étnicos com diversas culturas dentro do mesmo território.

O Estado plurinacional reconhece a existência de diversas nações, principalmente as representadas pelos povos nativos da *Abya Yala*, preexistentes à invasão colonial e, por isso, deve ser o modelo adotado em substituição ao Estado moderno, cujo conceito de Estado-nação já não atende aos interesses dos povos andinos que o compõe, uma vez que desconsidera as suas especificidades históricas.

Em face deste pressuposto, o Equador, além de confirmar o reconhecimento de um Estado plurinacional e multiétnico - pois estas conquistas já haviam sido instituídas em sua Constituição anterior, de 1998, mas carente de regulamentação legislativa -, o Estado também propôs uma nova forma de convivência cidadã, firmada nos princípios do "bem-viver" (*Sumak Kawsay)*, de acordo com o que prescreve o Preâmbulo do texto normativo, *in verbis*:

> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO EQUADOR
> PREÂMBULO
> NÓS, o povo soberano do Equador,
> Decidimos construir **uma nova forma de convivência cidadã**, **em diversidade e harmonia com a natureza, para alcançar o bem viver, o sumak kawsay;**
> **Uma sociedade que respeite**, **em todas as suas dimensões, a dignidade dos indivíduos e das comunidades**; (EQUADOR, 2008, p. 7-8, grifado).[8]

Muito embora o Equador consagre o modelo tradicional de Estado constitucional e democrático, a nova Constituição agrega a este as perspectivas da interculturalidade e plurinacionalidade, a fim de contemplar a sua maioria indígena, conforme insculpido no artigo

8 Texto original: *Constituicion de la Republica del Ecuador.Preambulo nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador, Decidimos construir: Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades.* (ECUADOR, 2008).

primeiro, *in verbis*:

> Art. 1. **O Equador é um Estado constitucional de direitos e justiça**, social, democrático, soberano, independente, unitário, **intercultural, plurinacional** e laico. Está organizado em forma de república e governa de forma descentralizada. **A soberania reside no povo**, cuja vontade é o fundamento da autoridade, **e é exercida por meio dos órgãos do poder público e das formas de participação direta previstas na Constituição**. Os recursos naturais não renováveis do território do Estado pertencem ao seu patrimônio inalienável, irrenunciável e imprescritível. (ECUADOR, 2008, grifado).[9]

Ao agregar a interculturalidade como matriz fundante da sua nova Constituição da República, o Equador reconhece a presença da reciprocidade e da autonomia sob relações que combinam o que é familiar/individual e o coletivo e/ou comunitário, a exemplo das suas organizações de base distrital e comunitária dos indígenas e camponeses (CONAIE e Pachakutik), isto é, que ensejam, na sua própria base, a necessidade do diálogo, até porque muitas de suas normas consuetudinárias tiveram que ser agenciadas na presença do outro para entrarem em vigência (PORTO-GONÇALVES, 2012).

Concluindo, vale apontar, o país, como os demais que se fundaram no pilar da interculturalidade, definiram como normas válidas que, embora não escritas ou positivadas, estão inscritas naqueles corpos. Em outras palavras, aceitaram os seus povos originários como protagonistas que agem com corpo presente para ouvir a palavra do outro no contexto da Abya Yala.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009).* 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 03 fev. 2022.

DUSSEL, Enrique. *1492:* o encobrimento do outro. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

ECUADOR. *Constitución de la Republica del Ecuador.* 2008. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf Acesso em: 03 fev. 2022
.

FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões histórico-jurídicas e antropológicas: a necessidade de refundar o estado a partir dos sujeitos negados. In: WOLKMER, Antônio Carlos; CORREAS, Oscar. (orgs.). *Crítica Jurídica na América Latina.* Aguascalientes: CENEJUS, p.146-164. 2013.

KERSTENETZKY, Célia Lessa; KERSTENETZKY Jaques. O Estado (de Bem-Estar Social) como ator do desenvolvimento: uma história das ideias. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 58, n. 3, p. 581-615, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.1590/00115258201553 Acesso em: 02 fev. 2022.

9 Texto original: *Constituicion de la Republica del Ecuador.Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.* (ECUADOR, 2008).

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O novo constitucionalismo latino-americano:* um estudo sobre a Bolívia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo; FERRAZZO, Débora. Pluralismo, novo constitucionalismo latino-americano e resignificação hermenêutica: aproximações necessárias. In: WOLKMER, Antônio Carlos; CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. (orgs.). *Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano.* São Leopoldo: Karywa, 2015. p. 132-152.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro:* o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006.
PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A reinvenção dos territórios na América Latina/Abya Yala*. Mexico: UNAM, 2012.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Entre América e Abya Yala: tensões de territorialidades. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Curitiba, n. 20, p. 25-30, jul./dez., 2009.
QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, globalización y democracia. *In*. LANDER, Edgard. (org.). *Colonialidad del saber, eurocentrismo y ciências sociales.* Buenos Aires: CLACSO/ UNESCO, 2000.

REY, Romeo Bajo. *El signo del Che:* teoría y práctica de La izquierda em América Latina. Buenos Aires: Biblos, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina:* perspectivas desde una epistemología del sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

_____. *Para além do pensamento abissal:* das linhas globais a uma ecologia de saberes. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 78, 2008.

_____. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 63, p. 237-280, out., 2002.

SASSEN, Sáskia. *Expulsões:* brutalidade e complexidade na economia global. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito.* Curitiba: Juruá, 2018.

Recebido em: 03.09.2023
Aprovado em: 27.02.2024
Última versão dos autores: 21.03.2024

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: a autora confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** a autora garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): Costa, C. A.; Xavier, F. O. Os movimentos indígenas na Abya Yala: horizontes nas lutas pelas territorialidades. *JURIS - Revista da Faculdade De Direito*, *33* (2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.15940. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/15940/version/20045. Acesso em: 28 mai. 2024.

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

O direito internacional privado e o seu papel na ética migratória na era dos direitos humanos

Leonardo Bortolozzo Rossi [1]
Universidade Estadual Paulista, UNESP, Franca/SP, Brasil
E-mail: lb.rossi@unesp.br

Resumo: A centenária disciplina do Direito Internacional Privado foi vista, na maior parte da sua existência, como mera ferramenta para aplicação da lei em caso de conflito de leis no espaço. Embora sua função precípua sempre tenha sido o gerenciamento de culturas via relacionamentos jusprivatistas, sua aplicação se dava de forma eticamente neutra e asséptica em relação a outros valores. Contudo, com o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, a disciplina passa por uma lenta abertura a novos valores, os quais alteram substancialmente seus clássicos institutos, como o próprio conflito de leis e a cooperação internacional. Portanto, o objetivo do presente trabalho é de justamente analisar como ocorre a ressignificação dos institutos clássicos da disciplina em um contexto de erosão da soberania e da jurisdição. Três foram os institutos escolhidos para análise: a condição jurídica do estrangeiro, a cooperação internacional e o conflito de leis. Para tanto, utilizou-se do procedimento metodológico da revisão bibliográfica e documental de livros, artigos científicos, teses, dissertações e legislações, de procedência nacional e internacional, escritos em português, inglês e espanhol. Espera-se com a pesquisa demonstrar que com o adensamento da mobilidade humana transnacional nas últimas décadas, o Direito Internacional Privado ocupa papel do maior destaque em direção à criação de uma renovada ética migratória, embora a sua abertura ao direito dos direitos humanos ocorra de forma gradual e constantemente desafiada.

Palavras-chave: Direito internacional privado; soberania; direitos humanos; jurisdição; ética migratória

Private international law and its role in migration ethics in the human rights era

Abstract: The age-old discipline of Private International Law has, for the most part of its existence, been seen as a mere tool for the application of law in cases of conflicts of laws in different jurisdictions. Although its primary function has always been the management of cultures through private legal relationships, its application has been ethically neutral and sterile concerning other values. However, with the development of international human rights law, the discipline is undergoing

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) - FCHS/Franca (2022); Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) - Universidade de São Paulo (USP) (2019-2020). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2018). Advogado inscrito na OAB/SP sob o número 433.783. Faz pesquisa, principalmente, sobre direito internacional privado, direito internacional público e direitos humanos. Atualmente, no Doutorado, pesquisa sobre empresas e direitos humanos. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8698145994146015. DOI: https://orcid.org/0000-0003-3180-6675. E-mail: lb.rossi@unesp.br.

a slow opening to new values, which substantially alter its classical principles, such as conflicts of laws and international cooperation. Therefore, the aim of this study is precisely to analyze how the classic principles of the discipline are being redefined in a context of erosion of sovereignty and jurisdiction. Three institutes have been chosen for analysis: the legal status of foreigners, international cooperation, and conflicts of laws. To do so, the methodological procedure of bibliographical and documentary review of books, scientific articles, theses, dissertations, and legislation, from both national and international sources, written in Portuguese, English, and Spanish, was used. It is expected that the research will demonstrate that with the intensification of transnational human mobility in recent decades, Private International Law occupies a prominent role towards the creation of a renewed migratory ethics, although its openness to human rights law occurs gradually and constantly challenged.

Keywords: Private international law; sovereignty; human rights; jurisdiction; migration ethics

Sumário: 1. Introdução. 2. O gerenciamento das migrações transnacionais: tensões entre soberania e direitos humanos. 3. O direito internacional privado e a ética da migração: o acolhimento ao outro. 3.1 O direito da tolerância. 3.2 A condição jurídica do estrangeiro e os direitos humanos. 3.3 Cooperação jurídica internacional. 3.4 Conflito de leis. 4. Considerações finais. Referências

1. INTRODUÇÃO

A essência do Direito Internacional Privado (DIPr) é o gerenciamento de sociedades culturalmente heterogêneas, em que há o fluxo transnacional de pessoas e bens, portanto, conectado ao seu conceito está a noção de normas jurídicas provenientes de mais de uma comunidade política. Esse é o conceito de André de Carvalho Ramos (2018, p.24), para quem o DIPr: "estuda as normas jurídicas que visam à regulação – tanto normativa quanto de julgamento e implementação de decisões – de fatos sociais que se relacionam com mais de uma comunidade humana".

Nesse conceito, enfatiza-se o encontro com o Outro, aquele que é, ao mesmo tempo, diferente e igual a nós mesmo. E implica em uma relação ética com o imigrante, que é estranho à comunidade política, seja um migrante na fronteira buscando a acolhida, ou, da cidadania, quando já está inserido.

Entretanto, atualmente, existe uma dificuldade teórica e prática para a abertura da disciplina aos direitos humanos, já que as práticas centenárias da disciplina eram pautadas pela neutralidade, baseadas em quase que exclusivamente nas técnicas de aplicação das leis em caso de conflito no espaço e tempo. Na contemporaneidade, para além de uma mera disciplina técnica que regula essas questões, o DIPr possui como objeto temas verdadeiramente cosmopolitas em sua constituição.

Portanto, o objetivo do presente artigo é de analisar a relevância do Direito Internacional Privado para a ética migratória no século XXI, marcada pela alteração da cidadania não mais pautada unicamente em termos de nacionalidade, seja territorial ou sanguínea.

A investigação busca responder analiticamente à pergunta de qual o papel do DIPr para a

regulação das migrações transnacionais na era dos direitos humanos. A hipótese sustentada é que a gradual abertura da disciplina para os direitos humanos, em uma escala multinível, demonstra a necessidade de reavaliação de seus institutos clássicos (conflito de leis, cooperação jurídica internacional e, particularmente para o direito brasileiro, a condição jurídica do estrangeiro) para que ocupe um papel cada vez de maior destaque em direção à criação de uma renovada ética migratória.

O artigo busca complementar outras áreas de estudo em que se desenvolve a ética migratória, entre as quais: a filosofia do direito, as relações internacionais, o próprio direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional público.

Para tanto, o trabalho se segue da seguinte maneira: em um primeiro momento, busca descrever as crescentes tensões entre soberania e direitos humanos com a globalização econômica a partir do último quarto do século XX, em que se tenta ressignificar conceitos clássicos da temática em relação à migração transnacional, como territorialidade, soberania, nacionalidade e jurisdição; para que com tais aportes seja possível demonstrar, na terceira seção, como ocorre o relacionamento de tais conceitos ressignificados com três mencionados institutos clássicos do DIPr.

Nesse sentido, parte-se de dois referenciais teóricos para a sua argumentação, os quais se complementam: os recentes desenvolvimentos no DIPr que clamam pelo seu necessário diálogo para com o direito internacional dos direitos humanos em um cenário de transformações dos conceitos tradicionais de cidadania, com o consequente reenquadramento dos seus institutos clássicos; e a teoria do reconhecimento proposta por diversos autores como Axel Honneth e Charles Taylor, a partir da luta pelo reconhecimento da identidade migratória em cenários de desrespeitos a esses direitos.

O procedimento metodológico adotado baseia-se na revisão bibliográfica e documental, principalmente desses dois referenciais teóricos acerca da problemática, a partir da consulta de materiais de fontes exclusivamente primárias, tais como: livros, artigos científicos, teses, legislações, entre outros, escritos em português, espanhol e inglês. O trabalho apresenta natureza qualitativa e característica eminentemente teórica.

2. O GERENCIAMENTO DAS MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS: TENSÕES ENTRE SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS

Com a crise humanitária gerada nos dois pós-guerras, o sistema internacional remodelou as relações internacionais, pautadas desde então pela primazia dos direitos humanos. Nesse processo, o indivíduo passou a ser sujeito ativo de direitos e obrigações perante o Direito Internacional, ao invés de mero objeto passivo de regulação, com a possibilidade, até mesmo, em alguns casos, de pleitear demandas perante tribunais internacionais pela eventual violação aos seus direitos por terceiros ou Estados nacionais (Cançado Trindade, 2012).

Os direitos que são cada vez mais reconhecidos internacionalmente desafiam a posição estadocêntrica duplamente: à agência exclusiva do Estado em legislar sobre temas globais e das próprias legislaturas políticas parlamentares domésticas.

O Direito Internacional parece desafiar o Estado-nação, também, ao legitimar e reconhecer

fontes de autoridade dentro, acima e abaixo dele, perpassando as suas fronteiras impermeáveis. A jurisdição passa a ser assunto de direito individual, não um poder do Estado-nação conferido de forma anterior ao próprio Direito. Tal processo se inicia, dentre outros fatores, a partir do regionalismo desenvolvido pelo direito comunitário europeu.

As transformações ocorridas no direito europeu ressoam em outros locais no globo por causa de um fenômeno multifacetado que se iniciou em meados da década de 1980: a globalização, que nas suas esferas política, econômica e social tensionou as complexas relações entre soberania estatal e direitos humanos.

Através da globalização há o fenômeno de leve desacoplamento, em um ambiente fluido, entre territorialidade, cidadania e soberania, em que em um nível horizontal, o Estado-nação transfere seus próprios poderes de jurisdição, explicita ou implicitamente, a entes corporativos e privados não estatais (Benhabib, 2012), em consonância com o desenvolvimento do comércio internacional. As fronteiras não se apresentam como fixas ou estáticas.

O processo intensifica o acúmulo de capital com a alta mobilidade de bens e serviços, e o consequente aumento das desigualdades dos países, principalmente entre o Norte/Sul global. Com isso, ocorre, desde a segunda metade da década de 1980, o aumento dos fluxos transnacionais de pessoas. Conforme salienta Saskia Sassen (2005), as migrações cotidianas não são autônomas, mas o resultado de processos de exclusão social, em que se nota a existência de locais estratégicos na economia global de dois regimes diferentes para a circulação de bens e de pessoas, no qual permite-se livremente apenas o primeiro.

A globalização, somada à crise econômica de 2008, gerou o crescimento das desigualdades sociais, e não a sua diminuição. Há um número cada vez menor de pessoas que fazem parte dos estratos mais ricos da sociedade, aproveitando-se das benesses geradas pela economia global, a qual é permitida em decorrência da desregulamentação dos mercados, em se pode, por exemplo, citar a especulação da dívida pública de países africanos por europeus (Carvalho Ramos, 2021, p. 335-373).

O exercício da cidadania passa a ser visto como privilégio, concedida de acordo com o local de nascimento e o nível de riqueza do país. Existe uma clara distinção entre a cidadania garantida àqueles dos países mais desenvolvidos e os demais, em que se permite o fluxo irrestrito de seres humanos apenas do primeiro grupo. Atrela-se o viés econômico à conquista da cidadania, pela possibilidade de compra desta por meio de investimentos no mercado de capitais, por exemplo.

A territorialidade tornou-se um local anacrônico e disfuncional de questões materiais e de identidades culturais, em um mundo que é possível que o indivíduo tenha múltiplas identidades, e, como resultado, diversas associações à cidadania. As identidades podem ser, aliás, conflitantes entre si, como a mulher que é muçulmana e feminista concomitantemente[2]. Esses fatores demonstram a desagregação da cidadania, imbricada em múltiplas redes de conexão transnacionais, uma vez que a nacionalidade não é mais a única ou principal fonte de identidade individual.

Entrementes, esse processo deve ocasionar a gradual alteração da soberania do Estado-nação, o que torna necessária a reestruturação da ação política em escala transnacional. Porém se

2 Exemplo retirado de: ROSENFELD, 2008.

trata de um movimento duplo, pois ao mesmo tempo que há a erosão da soberania estatal, esta é reafirmada diariamente.

Desde o começo dos anos 90 do século XX, os países desenvolvidos economicamente do Ocidente buscam o combate da "imigração ilegal[3]". As leis de regulação migratória tornaram-se os principais locais de afirmação da soberania nacional. Conforme Catherine Dauvergne (2008, p. 9-28), o conceito de "imigração ilegal" é uma criação jurídica, em que cada definição jurídica de categorização de migrantes leva a um aumento da própria "imigração ilegal". Cria-se, nesse cenário, razões apropriadas ou não para a migração, pois, os meros migrantes econômicos, que estão em busca de uma melhor qualidade de vida, têm as suas justificativas não aceitas como válidas para o ato de migrar.

A tradicional visão que compõe o imaginário social dos migrantes "ilegais" é extremamente racializada. A comum descrição é de um indivíduo negro e pobre, o que gera uma redução do valor moral reconhecido ao ser humano (Dauvergne, 2008). A atribuição cria uma crescente criminalização e subjetivação dos migrantes, com a extensão do poder penal para os procedimentos administrativos migratórios.

As medidas adotadas elevam a situação de precariedade[4] dos migrantes que são sujeitos a redes de exploração, dominação e envolvem-se de forma ativa ou passiva em atividades criminosas, como o tráfico humano; exploração sexual; tráfico internacional de drogas; o uso de "coiotes[5]" para promover o cruzamento das fronteiras, o que coloca em risco à vida e a integridade física dessa população (Silva; Santos, 2016). Por isto, as políticas migratórias que são padronizadas e adotadas em escala global são incorretas para o gerenciamento dos fluxos migratórios, pois se trata de um círculo vicioso: a etiqueta da imigração ilegal não tem o efeito preventivo desejado, já que não obsta os fluxos, e, além disso, cria violações aos direitos humanos e maior vulnerabilidade social.

Em conjunto, pelo desenvolvimento tecnológico, são desenvolvidas novas formas de vigilância, com a extensão do policiamento e modalidades de gerenciamento das fronteiras. A explosão do controle social através do direito migratório escancara-se pela proliferação da importância conferida aos documentos dos migrantes, como o passaporte e vistos (Yuval-Davis; Wemyss; Cassidy, 2019).

As práticas de vigilância digital, entre as quais, a coleta de biometria, armazenamento de bancos de dados digitais, tornaram-se lugares comuns para aqueles que cruzam as fronteiras. Demais disso, há a expansão dos campos de detenção dos migrantes, que se assemelham a prisões. Mesmo que o direito à admissão de migrantes continue sendo uma das principais modalidades de

3 De uma perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, não existe o conceito de imigração ilegal, apenas de irregularidade administrativa. O termo "ilegal" é utilizado principalmente em discursos políticos.

4 Os termos precariedade e vulnerabilidade não são sinônimos entre si, mesmo que alguns autores dizem que precariedade seja espécie de vulnerabilidade. Para fins deste trabalho, adotamos o conceito de precariedade da filósofa Judith Butler. Para a teórica, a precariedade implica a vida entendida na sua forma social, no sentido de uma interdependência, em que a condução da vida pessoal se trata de um processo contínuo condicionado às mãos de alguém. Ou seja, sempre em dependência, desde o nascimento. Nesse sentido, implica uma nova ontologia social, que estabelece a (im)possibilidade das condições sociais de florescimento e persistência, inclusive de sobrevivência, em especial para determinados grupos sociais. Portanto, extrai-se a necessidade da construção universal de compromissos normativos de uma maior robustez do sistema de direitos. Ver: BUTLER, 2004; BUTLER, 2009.

5 Os coiotes utilizam-se de diversos artífices para realizar a travessia da fronteira de forma irregular: através de estradas secundárias ou desconhecidas. O propósito, em muitos dos casos, é de guiar os migrantes em troca de uma quantia.

asserção da soberania, esta é feita de maneira seletiva e discriminatória.

Os Estados-nações do norte global criam padrões de conduta para os (não) cidadãos do Sul global, e os países destes respondem com o cumprimento das exigências dos primeiros, sob pena de marginalização frente à economia global (Aas, 2013, p. 21-39). Tal fenômeno é denominado de "extraterritorialização da soberania", que são mecanismos empregados por Estados nacionais desenvolvidos para o emprego de suas políticas migratórias em outros Estados, na maioria das vezes, subdesenvolvidos.

As tecnologias de policiamento e controle social são importadas para os países menos desenvolvidos. No Brasil, exemplos são inúmeros. No Aeroporto de Guarulhos, no estado de São Paulo, há o chamado "Espaço Conector", sala após o desembarque, na qual os migrantes ficam confinados aguardando a autorização da regularidade da sua situação migratória. Por diversas vezes, os que pedem refúgio esperam neste local a concessão deste, em condições insalubres e precárias.

Entende-se a soberania tanto na sua natureza pública quanto privada. Em relação à primeira, rege-se por regras de jurisdição que definem os poderes da atuação dos soberanos. Possui duas fontes para a sua aplicação: a) territorial, em que cada Estado tem jurisdição para atuar sobre seu território, e; b) nacionalidade, baseada na identidade pessoal das partes (Mills, 2014).

Da esfera pública concebe-se o seu conceito para o Direito Internacional Privado, em que se baseia em preceitos semelhantes de territorialidade e nacionalidade[6], mas com diferentes interpretações do primeiro, como o conceito de domicílio e residência habitual. A jurisdição possui a mesma definição, qual seja, o poder ou direito de cada Estado de adjudicação (Mills, 2014).

Diante destas definições, adotamos a posição institucional dos sujeitos de deveres primário dos direitos humanos, mais notadamente, os Estados nacionais. Para essa corrente, os direitos humanos devem ser entendidos como relacionamentos normativos que correspondem a relacionamentos de jurisdição (Besson, 2015). Assim, os Estados possuem um padrão mínimo de tratamento dos sujeitos de direitos iguais que estão sob sua jurisdição, em caráter funcional.

A alteração de entendimento acerca dos sujeitos de deveres e obrigações de direitos humanos ocorre, gradualmente, primeiro pela instituição da União Europeia e da "comunitarização" do DIPr, cuja primeira tentativa de integração dá-se pelo Tratado de Roma, de 1958, que institui a integração econômica dos países do bloco europeu, com vistas à liberalização do mercado para o fluxo de capitais e, também, à mobilidade de trabalhadores internos, no que se chama de cidadãos móveis, cujos primeiros tratados datam do final do século XX. O processo de comunitarização implica na expansão das preocupações do bloco europeu para outras temáticas além da circulação de bens e pessoas, o que gera a criação de estruturas regulatórias específicas.

Por muito tempo, o DIPr teve uma forte posição estatista, em que se expressava pela atuação da soberania estatal. Essa posição demonstrava a não aceitação do Outro. A jurisdição, tal como aquela, é vista como a autoridade ilimitada de um soberano. Um dos exemplos dessa primazia reflete-se no pensamento de Pasquale Stanislao Mancini, jurista italiano do século XIX,

6 As normas de nacionalidade, embora tenham natureza pública, fazem parte do estudo do Direito Internacional Privado, ao menos perante o sistema jurídico brasileiro. São caracterizadas como normas diretas e unilaterais, pois buscam dar solução à questão jurídica e ao legislador é apenas conferida competência sobre a aplicação de suas próprias leis. Sobre a natureza das normas sobre o conflito de leis, ver: Dolinger; Tibúrcio. capítulo VII.

responsável pela teoria da nacionalidade.

Para Mancini, a nação era o verdadeiro sujeito do Direito Internacional, em que o cidadão se caracterizava pela tríade cidade/nação/Estado. Nesse sentido, a cidadania e o princípio da nacionalidade são "duas faces da mesma moeda", a qual influenciou a modelagem da cidadania europeia na modernidade, definida juridicamente enquanto pertença étnico-racial (Moura, 2012).

De acordo com Arno Dal Ri Jr (2002), a cidadania projetada pelos Iluministas, especialmente Kant, teve a sua decadência com as teorias da nacionalidade, a qual reduziu aquela ao princípio dessa última. Essa transformação esvazia o conceito político[7] da cidadania, com a perda da universalidade, o que leva o autor a afirmar: "mesmo sendo um elemento necessário à participação política, a posse da cidadania (e dos direitos políticos), não pressupõe uma interpretação substancial do cidadão como membro da comunidade política" (Dal Ri Jr, 2002, p.75).

Especialmente no contexto brasileiro, a ordem constitucional pós-1988 deixou, nos dizeres de Naiara Posenato (2002), uma "herança nacional-protecionista", que impede o exercício de direitos pelos migrantes, levando-os à exclusão social. Conclui que qualquer teoria acerca do acesso à democracia deve, necessariamente, perpassar por escolhas éticas. Estas devem ser públicas, que descentralizem o sujeito, fazendo-o visualizar a si próprio como importante parte de uma totalidade, o que torne possível a realização da sua verdadeira identidade.

Contudo, recentemente, há uma reviravolta hermenêutica, com a crescente aplicação de outros conectivos da territorialidade, em virtude da ineficácia da nacionalidade em um mundo globalizado. Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos adotou outros critérios para a resolução de conflitos, afastando a aplicação do conectivo da nacionalidade, em detrimento do domicílio e, mais recentemente, o da residência habitual (Moura, 2015).

Existem também tentativas de alterações normativas a respeito do conceito de nacionalidade. A teoria da "loteria do direito ao nascimento", em tradução livre, criada por Ayelet Shachar (2009), mostra-se capaz do desenvolvimento de uma estrutura normativa ética em lidar com os problemas da nacionalidade. Para a autora, os tradicionais critérios de natividade são insuficientes para alocar os direitos da cidadania de forma satisfatória em um mundo globalizado. Eticamente, o nascimento se trata de um mero acontecimento aleatório, em que a sorte tem um papel de extrema importância:

> Parece improvável que critérios de nascimento serviriam atualmente como os principais determinantes ao completo e igual direito ao pertencimento em um corpo político, dada a extensão em que foram rejeitados em vários domínios da vida. E, porém, a confiança sobre o acidente do nascimento está inscrita nas leis de todos os modernos Estados. De fato, a vasta maioria da população não tem outro modo de adquirir o pertencimento a não ser por circunstâncias do nascimento. Isso leva a conclusão de que a cidadania é um recurso valioso, que é atualmente assegurada sob um conjunto moralmente arbitrário de critérios. A quase causal aceitação da descrição como uma base para vincular pertencimento político é tão prevalente que tendemos tomá-la como algo certo[8] (tradução nossa) (Shachar, 2009, p.4).

7 Não confundir o caráter político da cidadania com as políticas de pertencimento dos migrantes. A socióloga Nira Yuval-Davis, em um estudo de 2011 afirmou que, no século XXI, as políticas de pertencimento a determinada coletividade organizada são essencialmente políticas. A construção da comunidade, os limites de quem pertence ou não, a reconfiguração do outro como inimigo que deve ser combatido, inclusive através do controle social dos próprios cidadãos, é feito por um juízo eminentemente político, geralmente atribuído ao Poder Executivo. Ver: Yuval-Davis, 2011.

8 No original: "*It seems unlikely that circumstances of birth would serve today as the core determinants of entitlement to full and equal membership in the citizenry body, given the extent to which it has been rejected in so many other domains of public life. And yet, reliance upon the accident of birth is inscribed in the laws of all modern states and*

As tradicionais formas de concessão à cidadania, pela consanguinidade (*jus sanguinis)* e pelo território (*jus soli)* são incompatíveis com a inclusão democrática dos migrantes[9]. Shachar (2011) cria um vínculo: o *jus nexi*, que implica em uma conexão real e efetiva na comunidade que reside, prezando pelo desenvolvimento de laços sociais e comunitários, com a possibilidade da formação de múltiplas filiações de cidadania.

Etienne Pataut (2022), em estudo comparado acerca da efetividade da nacionalidade no contexto europeu, princípio unanimemente presente no direito da nacionalidade, conclui pela necessidade da admissão de outros critérios para a garantia dos direitos subjetivos dos indivíduos, para que seja possível a proteção da identidade e o estatuto jurídico da pessoa. E de uma forma paradoxal, na efetividade pode estar a chave para o fortalecimento dos direitos dos indivíduos, onde se mostre a conexão entre o indivíduo e determinado Estado que possa levar ao questionamento da privação da nacionalidade. Parece-nos que as duas ideias conversam entre si, mesmo que por vias distintas.

Assim, parece-nos inadequada a vinculação da nacionalidade a atributo exclusivo do direito interno, especialmente em um mundo economicamente desigual, em que o mero nascimento em determinado país pode representar a criação ou não do desenvolvimento de possíveis formas de vida. Tal conclusão pode ser retirada do pensamento de Hannah Arendt sobre o "direito a ter direitos" para quem, de acordo com Notari (2020), para que alguém se caracteriza como sujeito de direitos na ordem internacional, há a necessidade do acesso ao espaço público pela sua existência como ser humano.

De um ponto de vista ético-jurídico, a crescente inutilização do conectivo da nacionalidade no século XXI é a mais acertada, a qual previne a ocorrência de injustiças em virtude de fatores que não são controlados pela agência dos indivíduos e possibilita um maior acesso ao espaço público.

Paralelamente, pelo direito comunitário europeu, o Estado-nação, embora ainda a principal fonte normativa atualmente, inclusive no Direito Internacional Privado, passou a conviver com outros atores, estatais e não-estatais, com a sobreposição de jurisdições complementares e concorrentes entre si. Há um impulso em direção à "desnacionalização do Direito" (Fernandez-Arroyo, 2020), que se constitui pela possível perda da importância da legislação nacional em um contexto de porosidade de fronteiras e normas supra e internacionais.

O pluralismo jurídico, que se constitui globalmente na contemporaneidade, consiste em espaços híbridos, onde mais de um regime jurídico, ou quase isso, ocupa o mesmo campo social. Para além do mero conflito entre regimes jurídicos, os estudiosos passaram a atentar-se acerca de como esses constituem-se mutualmente, com a interconexão entre regimes estatais e não estatais

applied everywhere. In fact, the vast majority of the global population has no way to acquire membership except by circumstances of birth. To the extent that citizenship is a valuable resource, it is currently secured on the basis of a morally arbitrary set of criteria. (..)*. The almost casual acceptance of ascription as a basis for assigning political membership is so prevalent that we tend to simply take it for granted.*".

9 A autora utiliza-se de dois exemplos para sustentar a sua tese. O primeiro caso decorre da inclusão em excesso (*overinclusion)* em que um indivíduo nascido em país diverso dos pais emigrantes, nunca lá residiu ou teve qualquer tipo de laço, mas, na hipótese em que a lei da nacionalidade dos pais adota o critério *jus sanguinis,* o filho/filha teria a nacionalidade dos pais. O segundo caso, de falta de inclusão (*underinclusion)* é o caso dos migrantes irregulares, que, geralmente, residem por vários anos ininterruptos em determinado país, gerando laços com a sua comunidade, mas nunca sendo formalmente incluído e estando sempre à mercê de juízos de exclusão.

(Berman, 2007). Por exemplo, as leis a respeito da família são editadas pelo Estado, mas esse também é formado pela própria família, pois ambos fazem parte de cada um.[10]

O atual pluralismo global, nas palavras de Gunther Teubner (1996), desenvolve-se a partir das periferias sociais, de redes de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições do Estado-nação e do sistema internacional. Há, desse modo, uma transformação da sociologia jurídica clássica: conceitos como norma, sanção e controle social são substituídas por outros, vindos de controvérsias contemporâneas, como codificação, reconhecimento etc.

Inclusive, o sistema internacional desenvolveu obrigações em relação aos Estados que dizem respeito ao tratamento de todos os seres humanos, independentemente da sua situação migratória, através da proliferação de diversos tratados multilaterais, bilaterais, aliás, de caráter regional. Portanto, uma constante em tais processos é a sobreposição de jurisdições e de ordenamentos jurídicos entre si.

Entretanto, esses tratados possuem baixa efetividade concreta, pois a reivindicação de direitos humanos pressupõe o contato do migrante com as autoridades estatais de alguma forma. Aquele, por vezes em situação de irregularidade administrativa, se encontra em posição de permanente "expulsabilidade", isto é, a possibilidade constante da expulsão daquele território específico. É mais uma demonstração de ser o migrante a figura apodítica da aporia dos direitos humanos: a efetividade de direitos universais de aplicação imediata e a sua sistemática violação para determinado grupo de seres humanos.

Em nível europeu, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos estatui no seu artigo 6 (1) sobre a jurisdição que "qualquer pessoa" tem direito que a sua causa seja examinada, de forma justa e pública, respeitando-se o prazo razoável de um processo.

James Fawcett (2007), em estudo referente às cortes britânicas, enfatiza que o artigo 6 (1) teve pouco impacto devido a certa ojeriza à conjunção dos direitos humanos: a) pelo conflito entre direitos humanos e os tradicionais princípios do DIPr, que leva aos tribunais argumentarem acerca da fundamentação deste ao invés daqueles; b) as preocupações por direitos humanos são superadas por outras, como a prevalência de ditames internacionais (imunidade Estatal), a busca pelos objetivos das diretrizes de Bruxelas, e a dificuldade dos aplicadores em se atualizarem acerca da complexidade do sistema internacional dos direitos humanos conjugada com a não visualização da importância dos direitos humanos para o DIPr.

Para superar a baixa efetividade da aplicação do artigo, propõe uma nova abordagem, a qual seria hibrida: uma aplicação conjunta dos direitos humanos com o DIPr. Em uma primeira instância, a primazia seria pela aplicação do direito internacional dos direitos humanos, que reconheceria eventual violação do artigo 6(1) pelos tribunais britânicos. Após, a aplicação seria dos princípios do DIPr, como o de ordem pública, que possibilitaria a resolução do problema de

10 Yuko Nishitani (2014) alerta ao fato de que as relações familiares são construídas entre diferentes instituições jurídicas. A teoria de Savigny que aponta a aplicação do Direito que tem a conexão mais próxima com relacionamento jurídico é insuficiente, pois, o indivíduo possui diversas identidades individuais e vínculos. Além do mais, os tradicionais conectivos objetivos também não são úteis para os fluxos migratórios, pois, uma vez que o migrante ainda tem vínculos sociais com o país de origem, a aplicação da lei do domicílio ou da residência habitual não é recomendável. Outrossim, a nacionalidade pode ser a melhor opção. Para superar tais incongruências, a autora propõe a utilização do conectivo subjetivo, autorizando, assim, a autonomia das partes para a escolha da lei aplicável em assuntos familiares, e que gere a acomodação cultural e receptividade aos migrantes.

direitos humanos que fora encontrado (Fawcett, 2007).

Em relação à América do Sul, o Pacto de San José da Costa Rica, de 1968, do qual o Brasil é signatário desde 1992, disciplina de forma semelhante que, de forma simples e direta, toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido, sem distinguir a sua posição na sociedade.

Com a reatualização da jurisdição como questão de direito individual vislumbra-se a possibilidade da formação de uma verdadeira soberania cosmopolita, em que a cidadania é exercida sob outras bases além da nacionalidade. Nessa estrutura, afasta-se a atuação da soberania solitária, abertamente excludente, para o fomento ao diálogo, acolhimento e interdependência, em direção a uma soberania solidária.

3. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A ÉTICA DA MIGRAÇÃO: O ACOLHIMENTO AO OUTRO

3.1 O direito da tolerância

De acordo com Werner Goldschmidt, ainda no século XX, o DIPr é a disciplina da tolerância, autorizando, inclusive, a nomenclatura de direito da tolerância. A quantidade de estudos acerca da tolerância é volumosa, o que nos impede de cobri-la por inteiro, mas, acreditamos na possibilidade de demonstrar seu núcleo e principais questões e limitações para a disciplina.

A posição de Ira Katznelson (2014, p. 38-60) parece a mais adequada para uma ética da tolerância: alerta o autor para o perigo de confundir a tolerância com a simples abstenção de determinado ato. É uma decisão deliberada da vontade daqueles que detém o poder de permitir que grupos não desejados, práticas e crenças persistam na comunidade política. Entre esses estão os juízes e advogados. A sua função seria reduzir o medo e a insegurança.

Segundo o autor, a tolerância abarca uma relação tripartite entre as autoridades públicas que gerenciam as relações sociais ao mesmo tempo que moldam as instituições e resolvem conflitos entre a maioria e a suposta minoria não desejada. É possível a acomodação em cincos áreas: a) a questão da presença física; b) questão do policiamento e da segurança física; c) a possibilidade de oportunidades econômicas; d) expressão cultural autônoma; e) características e nível da associação cívica.

No mesmo sentido, para Brian Leiter (2013, p. 6-25), quando há indiferença não há o que se falar em tolerância. Existem princípios éticos que tornam a tolerância uma virtude. Desta feita, para o autor, há tal virtude quando um grupo majoritário (dominante) ativamente desaprova as crenças de outro grupo (desfavorecido), em que aquele tem os meios à disposição para modificar ou acabar com as crenças do segundo, mas ainda reconhece que existem razões morais para não o fazer.

A posição abre o paradoxo da contemporaneidade, em que a própria ideologia da tolerância possibilita a emergência de comportamentos contrários à própria. Contudo, somente em regimes democráticos institucionaliza-se regras de tolerância como instrumento de proteção a direitos fundamentais (Pereira; Adeodato, 2019).

O que nos leva a constatar o fato de que os estados nacionais – e, no nosso caso, o brasileiro

– não são eticamente neutros[11]. Por exemplo, quando o caput do art. 5º da CF/88 declara que "todos são iguais perante a lei..." E, que, no seu inciso VI: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença", é premente a necessidade de uma ética da tolerância, pela qual, permita-se a consciência de crença de uma minoria em detrimento do bem-estar da maioria.

Entretanto, Ralf Michaels, Karen Knop e Annelise Riles (2012) alertam para que a tolerância possa ser limitada, de um tipo único: o foro pode deferir para outro sistema normativo valorativo mesmo que o tema seja de extrema importância para a própria comunidade política. conclui-se, portanto, que a tolerância é incompleta, pois pode levar a um simples aceno a um sistema normativo diversos, mesmo em situações de importância para o foro.

3.2 A condição jurídica do estrangeiro e os direitos humanos

O Brasil é um dos sistemas legais que para além das metodologias clássicas e técnicas do Direito Internacional Privado (DIPr), como o conflito de leis, a lei aplicável, o reconhecimento da sentença estrangeira, engloba, em certa medida, o estudo do Direito Migratório.

Nas palavras de Raphael Carvalho de Vasconcelos, o estudo do DIPr inclui:

> O conjunto de direitos conferidos ao estrangeiro pela ordem jurídica de um território constitui para o direito internacional privado a chamada condição jurídica do estrangeiro. Seu estudo compreende, em regra, a regulamentação da admissão do nacional de outro estado, os direitos que lhe são conferidos uma vez admitidos e os fatores e procedimentos relacionados à sua saída compulsória (2014, p. 214-215).

Com o Estado-nação enfraquecido por múltiplas fontes de autoridade, espera-se ser o Direito o funil para o preenchimento dos vazios na governança global das migrações, ou por meio da afirmação da psique coletiva quando confrontados com efeitos sistêmicos de fronteiras porosas.

E, conforme exposto na seção anterior, nessa dinâmica, há, desde a Segunda Guerra Mundial, uma intensificação dos fluxos migratórios transnacionais, o que acarreta sérios desafios para o DIPr, que deve propor respostas em escalas globais para tais temáticas. Isso demonstra a necessidade de repensar seus institutos clássicos e de expandir seu objeto.

Os novos fluxos migratórios que reúnem diversas categorias político-jurídicas em sua versão tradicional (embora criticada neste trabalho), tais como a do migrante econômico, do asilado, refugiado, apátrida, demonstram a falência da dicotomia da lei da nacionalidade e do domicílio, inclusive na legislação brasileira, que é anacrônica e desatualizada, precisando de uma nova versão, atinente aos temas do direito internacional privado do século XXI.

Sendo assim, a tradicional posição pautada na soberania estatal não pode prevalecer no atual contexto mundial. É necessário reatualizar formas de acolhimento do Outro, em um interior em que se possa ser aceito por sua própria cultura, códigos, que pode ser distinta da sociedade majoritária, mas, mesmo assim, que permita o uso do próprio idioma, costumes e ordens normativas. Questões como os direitos adquiridos, validade de matrimônios, reconhecimento de atos jurídicos

11 Talvez essa seja uma das grandes questões para o Direito Internacional Privado na contemporaneidade, enquanto disciplina que se mostra neutra e asséptica: os conflitos que busca transformar não são eticamente neutros.

e sentenças estrangeiras[12], entre outros, devem ser pautados por uma ética da alteridade.

De acordo com Horatia Muir Watt (2017), há três métodos de receptividade do Outro no direito internacional, especialmente o privado: a) *lex forismo*[13]*:* é a preferência sistemática pelo direito local, baseado no nacionalismo e na soberania estatal. Essa posição deve ser afastada em razão do nacionalismo exacerbado que representa; b) multilateralismo: é o modelo mais codificado mundialmente, que consiste na recepção de maneira condicional, em que a autoridade decisória recai sempre no anfitrião; c) reconhecimento pelo unilateralismo: o Outro é aceito em seus próprios termos, com o deslocamento das linhas divisórias entre as partes.

Embora contestado, sustentamos que o DIPr é a ferramenta capaz de repensar a ética da migração para o gerenciamento da sua governança em escala global. Igualmente, é preferível ter a disciplina em uma posição de complementaridade em relação ao direito migratório, pois suas interconexões são infinitas. Exemplos, além da condição jurídica do estrangeiro, abundam: a validade de um casamento celebrado em outro local; o valor conferido aos documentos dos migrantes pelas autoridades policiais; o sistema de vistos; a validade de casamento de menores de idade; a crescente "privatização" dos fluxos migratórios transnacionais por meio de contratos internacionais com as agências de transporte[14]; e vários outros.

Entretanto, o DIPr, na sua versão clássica, sustentava-se que não havia relação entre a ética e a disciplina, em virtude de três motivos: por ser eticamente imparcial, não é capaz de lidar com profundas questões de caráter ético; é irrelevante porque não trata, no seu núcleo, de questões éticas; e por sua tecnicalidade que a inviabiliza (Michaels, 2019, p. 11-28).

Na contemporaneidade, por sua vez, há uma mudança paradigmática de tratamento do ser humano, com a ênfase no princípio da dignidade humana[15]. A partir do qual, vislumbra-se que o potencial para enquadrar as migrações transnacionais dentro da matéria decorre da mudança de enfoque para o respeito do migrante enquanto indivíduo, sujeito de direitos fundamentais, tanto no plano internacional quanto interno (Jayme, 2013). Concomitantemente, há uma mudança no Direito Internacional Privado em que as relações interestatais são relegadas a um segundo plano e o enfoque é *pro persona,* isto é, pelas relações interpessoais.

12 No cenário brasileiro, pode-se citar o reconhecimento do divórcio declarado no Japão perante a autoridade judiciária brasileira. Ver: Marques, 2003.

13 Para nós, é o método adotado pelo Direito Internacional Privado brasileiro positivo na sua Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, com poucas exceções, como os artigos 8º e 9º.

14 Destaca-se o caso de ação coletiva na Austrália (Kamasee vs Commonhealth & Ors), que gerou o maior acordo financeiro em tema de direitos humanos no país. Identifica-se uma emergência de contratualização do gerenciamento dos fluxos migratórios, em que os Estados-nações acordam entre si o gerenciamento da migração para países terceiros. Além dos arranjos interestatais, é comum que esses ocorram entre Estados nacionais e companhias privadas. As consequências são uma mitigação da responsabilidade estatal quando ocorrem abusos de direitos humanos, em que o Estado não é mais visto como perpetrador da violência. No presente caso, houve um acordo entre o governo australiano e da Papua Nova Guiné para que a recepção dos asilados que pretendiam se assentar na Austrália fosse feita no outro país. Os asilados trouxeram à tona o tratamento degradante que sofreram no centro de detenção em Papua Nova-Guiné, que acarretou, inclusive, no falecimento de migrantes. Sobre o caso, ver: Corneloup, 2019, p. 548–566.

15 Nas palavras da Professora Nádia de Araújo: "Assumem, portanto, os direitos do homem a cada dia, maior relevância para o DIPR, no seu regramento do conflito de leis. A proteção à dignidade da pessoa humana, e os princípios daí decorrentes, passam também a informar as condições de aplicação do direito estrangeiro, levada a cabo pela utilização da metodologia própria do direito internacional privado. As regras de DIPR, aí incluindo-se tanto o método conflitual clássico como os novos princípios - regras mais flexíveis, regras alternativas, normas narrativas e cláusulas de exceção-, não podem prescindir do que Erik Jayme chama de "doble coding" um senso duplo da norma em questão, pois estas não são mais intrinsecamente neutras, mas trazem em si, sempre, além de sua finalidade precípua, a proteção dos valores constitucionais, especialmente os direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica." In: Araújo, p. 470-471.

Portanto, é imprescindível explorar a possibilidade de um DIPr que inclua os direitos humanos em um novo contexto em que:

> a opção pela aplicação direta ou imediata dos direitos de matriz internacional apresenta uma abordagem nova, que se inicia com a tradução dos interesses (e soluções jurídicas) existentes em um fato transnacional para a linguagem dos direitos humanos aceitos pelas normas internacionais e nacionais. Tal tradução permite transparência e concretiza o cenário de conflito explícito de direitos individuais e difusos que permeiam o fato transnacional da vida privada (Carvalho Ramos, p.129, 2020)

André de Carvalho Ramos (2020) identifica quatro correntes sobre a aplicação dos direitos humanos no DIPr: a) clássica: não há impacto diferenciado; b) indireta: trata os direitos humanos como um novo fenômeno dentro da ordem pública (internacional); c) direta de matriz nacional: com a interpretação local; d) direta de matriz internacional: preferência dos direitos humanos mesmo em face de outros interesses nacionais. E, conclui que, se o DIPr clama na contemporaneidade pelo universalismo do reconhecimento de todos os direitos decorrentes de fatos transnacionais, necessária a reflexão acerca da negação sistemática dos direitos dos migrantes.

Desse modo, vê-se na atualidade a possibilidade de repensar a ética tendo como norte de abordagem o DIPr, em busca de resposta para os assuntos mais urgentes de nosso tempo, no presente caso, os fluxos migratórios. Karen Knop demonstra que o núcleo da noção afetiva da cidadania pode ser privado, em uma estrutura em que o DIPr pode ter um papel na formação das relações internacionais, pois, "como a cidadania pós-nacional, o direito internacional privado pode incluir não cidadãos através de suas regras para acesso à justiça e jurisdição" (Knop, p. 95, 2007)[16].

3.3 Cooperação jurídica internacional

As diversas conferências de Haia já estipularam medidas de cooperação interestatal que podem ser utilizadas para as migrações. Os principais atores em tais casos são as autoridades centrais, também previstas no Código de Processo Civil brasileiro. Sabine Corneloup (2014) utiliza-se do exemplo do estatuto pessoal dos migrantes, indispensável para a admissão no país de destino e a comprovação de outros documentos, como casamentos. Os problemas com a legitimidade da documentação são notórios, com um aumento da legislação antifraude em escala mundial. Dessa forma, explica a autora, que os Estados-nações deveriam acordar sobre alguns princípios básicos para o reconhecimento de documentos estrangeiros. E, no caso de suspeita de fraude, haveria a cooperação entre as autoridades centrais do Estados nacionais envolvidos, com a formação de registros públicos de dados.

Essa proposição também possui traços cosmopolitas inegáveis, uma vez que permite a cooperação entre os Estados-nações baseada na igualdade, desde que respeitadas as normas substantivas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que gera a obrigação que se efetivem os direitos humanos dos migrantes.

Em um estudo conduzido pelo Parlamento Europeu as descobertas sobre a interconexão

16 No original: "Like post-national citizenship, private international law can include non-citizens through its rules on standing to sue and jurisdiction."

entre DIPr e migrações foram: a) da necessidade de cooperação entre autoridades administrativas migratórias e as responsáveis por assuntos civis (leia-se, o Poder Judiciário). Por muitas vezes, o migrante que está diante da autoridade migratória não apresenta a documentação exigida, ou, no melhor dos casos, apenas cópias não certificadas. O estatuto pessoal, como já asseverado, possui impactos na condição jurídica do estrangeiro. Assim, o estudo conclui pela necessidade urgente de abordagens inovadoras, com o reconhecimento de que é um assunto de extrema complexidade, com a necessidade de balancear o risco à fraude e a proteção aos direitos humanos dessa população. Em tais casos, uma das opções plausíveis é a cooperação com o Estado de origem, a qual, contudo, também é complexa. As estruturas administrativas de cada Estado diferem entre si e são heterogêneas. Necessita-se, portanto, que tenham o desenvolvimento administrativo suficiente para tanto. Caso não seja possível, medidas alternativas devem ser tomadas, como o exame genético na tentativa de reunião familiar; b) o cuidado necessário no reconhecimento (ou não) de casamentos poligâmicos ou de menores de idade, geralmente negados sob a utilização da exceção da ordem pública, os quais podem ser instrumentalizados para limitar os fluxos migratórios; c) a aplicação (ou não) do direito estrangeiro pela autoridade administrativa migratória requer cuidados ainda maiores diante da falta de *expertise*; d) a aplicação e entendimento do direito estrangeiro também surge em contexto em que se busque o reconhecimento do estatuto pessoal adquirido; e) novas pesquisas empíricas (European Parliament, 2017).

Entretanto, se carecem dados empíricos no contexto europeu, o que é reforçado fortemente em todo o estudo, a realidade brasileira é a mesma – ou, até mesmo, pior. Por isso, necessária a condução de novas pesquisas empíricas, com o envolvimento das autoridades da Polícia Federal para saber quais os critérios utilizados para reconhecer (ou não) determinado documento como válido.

Conclusão semelhante é a de Hans van Loon (2016), qual seja: o uso de nossa criatividade para a criação de um modelo de governança global das migrações. Segundo o autor, necessário insistir nos princípios fundamentais do direito migratório, com vistas de sua institucionalização na prática. Alargando da Europa para o contexto mundial, torna-se premente a revisão de todo arcabouço de proteção de dados do estatuto pessoal, com os seus registros de forma imediata e coerente (2016), em uma estrutura global. Nessa vereda, afirma Veronica Ruiz Abou-Nigm (2021) de que a cooperação internacional via mecanismos do DIPr pode-se mostrar como uma importante força para o desenvolvimento da governança global em matéria migratória, especialmente a partir dos esforços desenvolvidos na última década que gerou o Pacto Global pela Migração 2018.

3.4. Conflito de leis

Um dos campos particulares em que se torna possível o gerenciamento das migrações contemporâneas é o do próprio conflito de leis, que é considerado o principal objeto de estudo do DIPr para muitos, em que há esse encontro com o elemento estrangeiro. Nesse, há um momento ético paradigmático de escolha de aplicação da jurisdição. Mas, propomos a aplicação de tal campo para além de sua perspectiva tradicional, em que impera apenas a análise do interesse do escopo legítimo da autoridade estatal.

As modernas visões da antropologia[17] jurídica podem nos ajudar a desenvolver essa possibilidade, de alargamento do campo do conflito de leis. Annelise Riles propõe que o conflito de leis seja examinado como conflito cultural. Entende-se que a cultura seja hibrida e fluida, em que as pessoas discordam sobre seus valores culturais em uma troca global. Esse modo de enquadrar os conflitos de leis leva a uma disputa de questões cosmopolitas acerca da acomodação cultural (Riles, 2008).

As lutas pelo reconhecimento da identidade individual intersectam-se com a necessidade coletiva dos próprios migrantes. Na década de 90 do século XX, há um giro na hermenêutica, especialmente do Direito Internacional, em que há uma transformação da preocupação com questões de justiça distributiva para uma gramática moral de reconhecimento de indivíduos e grupos sociais historicamente marginalizados. Os dois principais teóricos do reconhecimento são Charles Taylor e Axel Honneth, cujas ideias podem ser aplicadas para a teoria do conflito de leis e a identidade individual, pois estão intrinsecamente vinculados ao estatuto pessoal e a condição jurídica do estrangeiro.

Emmanuelle Jouannet (2013) alerta para que o processo de reconhecimento da identidade não é uniforme, em que varia de acordo com o estado prevalecente da sociedade internacional e a própria expectativa dos indivíduos. Isso nos leva à formação de um verdadeiro direito internacional do reconhecimento, em que cada identidade individual é reconhecida pela sua especificidade determinada pelo pertencimento a certas culturas, em que se pede por uma nova interpretação do princípio da não discriminação.

Tal princípio requer que seja entendido nos seus diversos sentidos (Moreira, 2017), em que não se cabe mais realizar interpretação passiva, entendida como mera abstração ou igualdade formal, e sim, aos aplicadores, requer-se uma iniciativa proativa e assertiva.

Para Taylor (1994), o atributo crucial da vida humana é a sua característica dialógica. É dessa forma que nos tornamos seres humanos completos, o que possibilita a definição de nossa identidade, a qual depende da própria relação com os outros. O discurso do reconhecimento tem, assim, dois planos: a) interno: formação da identidade que ocorre em um diálogo continuo com os outros; b) externo: as políticas de reconhecimento empregadas. A identidade é necessariamente subjetiva.

Quanto ao segundo item, as políticas de reconhecimento devem ser universalizadas, o que leva Taylor propô-la em termos de políticas de diferença. Há uma redefinição da não discriminação com o requisito que as distinções feitas das identidades de cada indivíduo ou grupo social com base em tratamento diferencial. Para além do potencial humano universal da formal dignidade humana a todos[18], há a inclusão do valor igual daqueles que tornam o potencial de fato, buscando, dessa forma, a justiça material (Taylor, 1994).

Por sua vez, Nancy Fraser (2001) assinala que a conclusão de Taylor que a falta de

17 Se o estudioso de DIPr, em sua relação com a Antropologia, realiza trabalho etnográfico ou etnólogo, conferir: Monaco, 2019. Conclui o autor que o cultor de DIPr que se veja obrigado a aplicar direito estrangeiro e que só tem acesso via documental não realiza trabalho próprio de escrita do Direito de um povo, aproximando-se à etnologia.

18 "Na medida em que o Direito Internacional Privado regula a conexão entre os diversos sistemas jurídicos internos cabe salientar a vocação da disciplina como forma de efetivar a proteção da dignidade humana e assegurar o seu bem-estar". In: Ribeiro; Almeida, p. 18, 2011.

reconhecimento implica em um dano à identidade é problemática porque privilegia as condições psíquicas do que as instituições sociais e políticas. Em alternativa, defende uma forma de reconhecimento atrelada à ética, em que se reconhece os membros da sociedade como parceiros completos na interação social.

A política da diferença é proposta por outros autores como Will Kymlicka (1995, p.10-32), que argumenta o pertencimento nacional deve estar aberto, em princípio, a todos, o qual independe de qualquer característica que o indivíduo possui. No entanto, o autor, de forma contraditória, restringe o acolhimento àqueles que tenham interesse no aprendizado da cultura nacional, por vias da assimilação.

Kymlicka (1995, p.34-38) atesta que em todas as democracias liberais, uma das principais técnicas empregadas para acomodação de diferenças culturais é a proteção dos direitos civis e políticos de todos os indivíduos. Para tanto, articula o exercício de uma proteção externa, pela qual há uma limitação do impacto das decisões da sociedade majoritária sob determinado grupo étnico/social.

Aliada ao reconhecimento, o próximo passo é a construção de uma visão cosmopolita do conflito de leis, entendida no sentido trazido por esse trabalho – não de uma cidadania internacional, mas fragmentada, em que o Outro é acolhido por diversas filiações e identidades – em que cada comunidade tenha seus valores normativos levados em consideração. Tal estrutura leva a necessidade de formação de novas normas internacionais, mais dinâmicas, para além dos tratados internacionais de direitos humanos (Berman, 2005).

É claro que a posição exposta não é inédita, e tem as raízes no século XIX, em uma tradição que vem sendo resgatada nas últimas décadas. Friedrich Carl von Savigny (1869, p. 25-29), baseado nas construções do Direito Romano, afirmou que o Direito Moderno estabeleceu a igualdade pessoal entre estrangeiros e nacionais.

Por conseguinte, dessa igualdade, afastando a posição da soberania, em que o aplicador decide o caso exclusivamente sob as bases da legislação nacional, clama, aliás, pela adoção de um princípio oposto:

> Como consequência necessária dessa igualdade, no seu desenvolvimento completo, não apenas em cada Estado individual o estrangeiro não é referido como atrasado pelo nacional (na qual a igualdade de tratamento de pessoas consiste), mas também que, no caso de conflito de leis, as mesmas relações jurídicas (casos) têm a expectativa da mesma decisão, independentemente do Estado em que a decisão seja tomada. (tradução nossa) (Savigny, 1869, p.27)[19]

O tratamento igualitário do direito nacional e o estrangeiro decorre do interesse comum das nações e dos indivíduos, o qual é voltado para as necessidades da comunidade internacional como um todo. A proposta de Savigny é de um sistema universal de conflito de leis em virtude da própria natureza das relações jurídicas. Uma tentativa de atualização de tal pensamento pode-se afirmar que o sistema universal de conflito de leis deve decorrer da própria natureza das relações humanas.

19 No original: *"For it is the necessary consequence of this equality, in its full development, not only that in each particular state the foreigner is not postponed to the native (in which equality in the treatment of persons consist), but also that, in cases of conflict of laws, the same legal relations (cases) have to expect the same decision, whether the judgement be pronounced in this or in that".*

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As migrações internacionais demandam uma nova rearticulação entre o Direito Internacional e o direito interno de cada país, tendo em vista as notícias cotidianas acerca do movimento de pessoas, impulsionadas pelos mais diversos motivos, entre os quais, se destacam quando da escrita desta pesquisa, as guerras da Ucrânia e a ocupação da Faixa de Gaza pelo estado de Israel.

De forma paradoxal, pouca atenção se dá ao papel do Direito Internacional Privado à ética migratória no século XXI. Se a disciplina tem a função centenária de gerenciamento de culturas, seu potencial é extremamente valioso, conjugado ao desenvolvimento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. O presente artigo buscou contribuir em direção a tal construção teórica.

Alguns conceitos de importância para o Direito como jurisdição e soberania sofrem alterações importantes na era da globalização econômica e das fronteiras porosas. Esses não devem ser lidos de forma estática, mas em uma interpretação pluralizada que leve em consideração às diversas reclamações à proteção aos direitos humanos de populações migrantes, revisitando o ideal *kantiano* de cidadania.

Este cenário acarreta mudanças na própria ideia de cidadania, a qual se baseia, na contemporaneidade, em não mais na única e exclusiva ligação ao sangue e território. Portanto, a principal conclusão da primeira seção está na ideia de que os conectivos e conceitos de territorialidade e nacionalidade hão de ser gradualmente esgotados e substituídos por noções mais inclusivas e equitativas, como a construção teórica do *jus nexi,* criada por Ayelet Shachar.

Esse renovado conceito de cidadania impacta a teorização acerca da condição jurídica do estrangeiro, a qual deve ser relida à luz do vínculo da ordem jurídica brasileira para com os tratados internacionais de direitos humanos. Por sua vez, a cooperação internacional permite a criação de um modelo de governança global das migrações transnacionais que independa de documentos, através do acesso à justiça de baixo para cima, de forma plena.

Em um de seus institutos mais clássicos, o conflito de leis, mostra-se possível a construção teórica de uma verdadeira teoria do reconhecimento a direitos, a qual possa substituir a posição de neutralidade e tecnicidade da matéria. Com isso, ao DIPr não bastaria tão somente analisar o caso concreto de conflitos de leis espaciais, mas, atuar de forma proativa na proteção a direitos humanos fundamentais.

Se o DIPr é verdadeiramente o direito da tolerância, tais institutos devem se abrir para outros valores na era dos direitos humanos. Tal abertura ocorre de forma bem gradual, mesmo com diversas contestações apontadas ao longo do texto. Um dos desafios, portanto, é não permitir a superação da abertura pela contestação e o retorno à visão neutra dessa disciplina.

REFERÊNCIAS

AAS, Katja Franko. The ordered and the bordered Society: migration control, citizenship and the nothern penal state. AAS, Katja Franko; BOSWORTH, Mary (Orgs.). *The borders of punishment:* migration, citizenship, and social exclusion. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford

University Press, p. 21-39, 2013.

ABOU-NIGM, Veronica Ruiz. O potencial do direito internacional privado na governança (migratória) global. In *Governança Global*, Volume 2, Arraes Editores (1st ed.), 2021.

ARAÚJO, Nádia de. O direito internacional privado e a proteção da pessoa humana: evolução do método conflitual e a observância dos direitos fundamentais. ln: COMITÊ JURÍDICO

INTERAMERICANO DA OEA. XXVIII *Curso de Direito Internacional Privado*. Washington: Secretaria Geral, 2002.

BENHABIB, Seyla. O declínio da soberania ou a emergência de normas cosmopolitanas? Repensando a cidadania em tempos voláteis. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, v. 12, n. 1, 2012.

BERMAN, Paul Schiff. Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 6, p. 1819, 2005.

BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, p. 1155–1238, 2007.

BESSON, Samantha. The bearers of human rights' duties and responsibilities for human rights: a quiet (r)evolution? *Social Philosophy and Policy*, v. 32, n. 1, p. 244–268, 2015.

BRASIL. Decreto No 678, de 6 de novembro 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União, 1992*.

BUTLER, Judith. *Precarious Life:* The Power of Mourning and Violence. New York: Verso, 2004.

BUTLER, Judith. *Frames of War:* When is Life Grievable? London and New York: Verso, 2009.

CARVALHO RAMOS, André de. *A construção do direito internacional privado - heterogeneidade e coerência.* 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direito Internacional Privado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO RAMOS, André de. Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado na era dos direitos humanos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir. /UFRGS*, v. XV, p. 129, 2020.

CORNELOUP, Sabine. Privatisation of international migration flows: Manus Island class action. In: MUIR WATT, Horatia; BÍZIKOVÁ, Lucia; BRANDÃO DE OLIVEIRA, Agatha; et al (Eds.). *Global Private International Law*. [s.l.]: Edward Elgar Publishing, 2019.

CORNELOUP, Sabine. Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance? In: MUIR WATT, Horatia; ARROYO, Diego P. Fernandez. *Private International Law and Global Governance*. Oxford; Oxford University Press, p. 301-317, 2014.

DAL RI Jr., Arno. Evolução Histórica e Fundamentos Políticos-Jurídicos da Cidadania. In: Arno Dal Ri Júnior; Odete Maria de Oliveira. (Org.). *Cidadania e Nacionalidade. Efeitos e Perspectivas Nacionais, Regionais e Globais*. 1ed.Ijuí: Unijuí, 2002.

DAUVERGNE, Catherine. *Making people ilegal:* what globalization means for migration and law. Cambridge; Cambridge University Press, 2008.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado:* parte geral e processo internacional. Rio de Janeiro: Forense, edição atualizada, capítulo VII.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, 2017.

FRASER, Nancy. Recognition without Ethics? *Theory, Culture & Society*, v. 18, p. 21–42, 2001.

JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A Proteção da Pessoa Humana Face à Globalização (2000). *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. / UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013.

KATZNELSON, Ira. A form of liberty and indulgence. In: STEPAN, Alfred; TAYLOR, Charles. *Boundaries of Toleration*. New York: Columbia University Press, p. 38-60, 2013.

KNOP, Karen. The Private Side of Citizenship. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 10, p. 95, 2007.

KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture and the Conflict of Laws Style. *Stanford Law Review*, v. 64, p. 589–656, 2012.

FAWCETT, James J. The Impact of Article 6(1) of the Echr on Private International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 56, n. 1, p. 1–48, 2007.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Desnacionalizando o Direito Internacional Privado – Um Direito Com Múltiplos Julgadores e Implementadores. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. /UFRGS, Porto Alegre*, v. 15, n. 1, ago. 2020.

KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship:* a liberal theory of minority rights. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1995.

LEITER, Brian. *Why tolerate religion?* Princeton: Princeton University Press, 2013.

LOON, Hans van. El desafío doble de la migración internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, 2, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. O Direito Internacional Privado solucionando conflito de culturas: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir. /UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, p. 111-124, 2003.

MICHAELS, Ralf. Private International Law as an Ethic of Responsivity. In: MICHAELS, Ralf (Ed.). *Diversity and Integration in Private International Law*. [s.l.]: Edinburgh University Press, 2019, p. 11–28.

MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. *British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1, p. 187–239, 2014.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MOREIRA, Adilson José. *O Que é Discriminação?* 1. ed. São Paulo: Letramento / Justificando, 2017.

MOURA, Aline. Beltrame. O Direito Internacional Privado entre a Nacionalidade de Mancini e a Cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 7, p. 1058-1084, 2012.

MOURA, Aline. Beltrame. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP-Jóvenes Investigadores*, v. 1, p. 13-30, 2015.

MUIR WATT, Horatia. Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference. *Current Legal Problems*, v. 70, n. 1, p. 111–147, 1 dez. 2017.

NISHITANI, Yuko. Global Citizens and Family Relations. *Erasmus Law Review*, v. 3, p. 134–146, 2014.

NOTARI, Marcio Bonini. A cidadania e o direito a ter direitos no pensamento de Hannah Arendt. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, [S. l.], v. 29, n. 2, p. 201–222, 2020.

PATAUT, Étienne. Contrôle de l'État ou protection de l'individu? Remarques sur l'effectivité de la nationalité: *Revue critique de droit international privé*, v. N° 4, n. 4, p. 747–771, 23 mar. 2022.

PEREIRA, Caleb Salomão; ADEODATO, João Maurício. Ética da tolerância e seus inimigos: imprecisão conceitual de pluralismo, permissivismo e relativismo como obstáculo a seus próprios ideais. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 17, p. 13-41, 2019.

POSENATO, Naiara. A Evolução Histórico-Constitucional da Nacionalidade no Brasil. In: Arno Dal
Ri Júnior; Odete Maria de Oliveira. (Org.). *Cidadania e Nacionalidade. Efeitos e Perspectivas Nacionais Regionais Globais*. 1.ed. Ijuí: Unijuí, 2002, v., p. 211-245.

RILES, Annelise. Cultural Conflicts. *Law and Contemporary Problems*, v. 71, n. 273, p. 273–308, 2008.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá.; ALMEIDA, Bruno Ribeiro. A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, p. 18, 2011.

ROSENFELD, Michael. Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3–4, p. 415–455, 7 jul. 2008.
SASSEN, Saskia. Regulating Immigration in a Global Age: A New Policy Landscape. *Parallax*, v. 11, n. 1, p. 35–45, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law:* A Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of their Operation in Respect of Time and Place. Translated by William Guthrie. Edinburgh: T&T Clark Law Publishers, 1869.

SHACHAR, Ayelet. *The birthright lottery*. London: Harvard University Press. 2009.

SILVA, Alice. Rocha.; SANTOS, Cayo. César. Morais. Migração, segurança internacional e direitos humanos: os desafios a serem enfrentados e reflexões sobre a contribuição do direito administrativo global. *Universitas Jus*, v. 27, p. 97-114, 2016.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism:* examining the politics of recognition. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1994.

TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina:* Legal Pluralism in the World Society, 1996.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. The International Law of Recognition. *European Journal of International Law*, v. 24, n. 2, p. 667–690, 2013.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Direito internacional privado, a proteção do ser humano e a falácia do ineditismo constitucionalista e tratadista*. 2014, p. 214-215 Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

YUVAL-DAVIS, Nira; WEMYSS, Georgie; CASSIDY, Kathryn. *Bordering*. Cambridge, UK; Medford, MA: Polity, 2019.

YUVAL-DAVIS, Nira. *The politics of belonging:* intersectional contestations. Londres: Sage, 2011.

Recebido em: 12.11.2023
Aprovado em: 11.03.2024
Última versão dos autores: 17.03.2024

Informações adicionais e declarações dos autores (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirmou que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Rossi, L. B. O Direito Internacional Privado e o seu papel na ética migratória na era dos direitos humanos. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, *33* (2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.16290. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/16290/version/20395. Acesso em: 28 mai. 2024.

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes

Edgard Gonçalves da Costa [1]
Legale Educacional, São Paulo/SP, Brasil
E-mail: edgardgoncalves@yahoo.com.br

Resumo: A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) apresenta regramentos gerais sobre proteção de dados pessoais, cabendo à Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) elaborar as diretrizes de proteção e privacidade correspondentes a esses dados, bem como elaborar regulamentos, fiscalizar e aplicar penalidades. Este trabalho tem cunho qualificativo e abordagem qualitativa. Metodologicamente, foi feito revisão de literatura, análise de normativos e publicações da ANPD. Estabeleceu-se como pergunta de pesquisa: qual o entendimento atual da ANPD quanto às hipóteses legais relacionadas ao tratamento de dados de crianças e adolescentes? O objetivo geral é analisar a proteção de dados pessoais relacionados a crianças e a adolescentes. Definiram-se como objetivos específicos: a) analisar a divergência doutrinária referente ao tratamento de dados de crianças e adolescentes; b) analisar o ENUNCIADO CD/ANPD Nº 1/2023. Constatou-se existir divergência doutrinária relacionada à melhor base legal para o tratamento de dados desses titulares. A LGPD nenhuma referência fez quanto ao tratamento de dados dos adolescentes. Na hipótese da utilização de outra base legal, que não o consentimento, a LGPD é clara ao determinar que os responsáveis pelo tratamento se vinculam às demais determinações previstas nessa Lei e em outros normativos. Como referências principais foram utilizadas a Lei nº 13.709/2018, o ENUNCIADO CD/ANPD Nº 1/2023 e demais normativos. Concluiu-se que a ANPD não define como regra única o consentimento para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, afastando-se a divergência quanto a esta questão, sendo ressaltado que o melhor interesse destes usuários seja sempre observado.

Palavras-chaves: LGPD; ANPD; dados pessoais; consentimento; crianças; adolescentes.

The protection of personal data of children and adolescents

Abstract: The General Law for the Protection of Personal Data (LGPD) presents general rules on the protection of personal data, and the National Authority for the Protection of Personal Data (ANPD) is responsible for developing the protection and privacy guidelines corresponding to these data, as well as drafting regulations, supervising and apply penalties. This work has a qualifying nature and a qualitative approach. Methodologically, a literature review and analysis of ANPD regulations and publications were carried out. The research question was established: what is the

1 Mestrado em Administração (Unihorizontes/2015). Especializado em Advocacia Criminal (Legale/2024); Direito de Família e Sucessões (Legale/2024); Advocacia no Direito dos Contratos, Execução Contratual e Responsabilidade Civil (Legale/2024); Graduado em Direito (PromoveBH/2021); Administração (UFMG/2016); Ciências Contábeis (UFMG/2001). Advogado e Contador. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5575035885055610. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6610-9007. E-mail: edgardgoncalves@yahoo.com.br.

ANPD's current understanding of the legal hypotheses related to the processing of children and adolescents' data? The general objective is to analyze the protection of personal data related to children and adolescents. The following specific objectives were defined: a) analyze the doctrinal divergence regarding the processing of data from children and adolescents; b) analyze the CD/ANPD STATEMENT No. 1/2023. It was found that there is doctrinal divergence related to the best legal basis for processing data from these holders. The LGPD made no reference to the processing of adolescents' data. In the event of using another legal basis, other than consent, the LGPD is clear in determining that those responsible for the treatment are bound by the other determinations provided for in this Law and other regulations. Law No. 13,709/2018, CD/ANPD STATEMENT No. 1/2023 and other regulations were used as main references. It was concluded that the ANPD does not define consent for the processing of data from children and adolescents as a single rule, ruling out the divergence regarding this issue, and it is emphasized that the best interests of these users must always be observed.

Keywords: LGPD; ANPD; personal data; consent; children; teenagers.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a possibilidade de criação de uma legislação específica que disporia sobre o tratamento de informação pessoal foi prevista no Art. 31, § 5º, da Lei de Acesso à Informação (LAI). Desta forma, o país, seguindo o movimento internacional, editou a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Posteriormente, através da Emenda Constitucional (EC) nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, com a inclusão do inciso LXXIX ao Art. 5º da Constituição Federal (CF), a proteção de dados pessoais foi incluída na categoria de direitos e garantias fundamentais. Na mesma oportunidade, fixou-se que à União seria dada competência privativa para legislar sobre o tema.

Por ser uma norma transversal, a LGPD abarca diferentes agentes econômicos, como a academia (universidade), o setor privado, o setor público e o terceiro setor. Harmonizando-se com o posicionamento internacional sobre o tema, a Lei brasileira objetiva apresentar medidas que balanceiam o desequilíbrio da relação entre os titulares e o controlador (Zappelini, 2020).

O Art. 5º da LGPD, que apresenta os conceitos pretendidos pela norma, dispõe que o dado pessoal corresponde a qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (inciso I). O titular é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais objeto de tratamento (inciso V). Por sua vez, o controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, responsável pelas decisões referentes a esse tratamento (inciso VI). O tratamento correlaciona-se às operações realizadas e que perpassam todo o ciclo de vida desses dados (inciso X). Nos termos do inciso XII, o consentimento é a manifestação livre, informada e inequívoca para que o tratamento dos dados pessoais atenda a uma finalidade determinada (Brasil, 2018).

Não obstante a autoridade nacional ter sido definida na LGPD (Art. 5º, XIX), a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) foi criada através da Lei nº 13.853, de 8 julho de 2019 e transformada em autarquia por meio da Lei nº 14.460, de 25 de outubro de 2022. Dentre as suas

competências (Art. 55-J, LGPD) estão elaborar as diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; elaborar e difundir normas e regulamentos; fiscalizar o cumprimento da lei; aplicar penalidades, inclusive multas.

Através da Resolução CD/ANPD nº 1, de 28 de outubro de 2021, foi aprovado o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da ANPD, dando condições a esta de aplicar as sanções no âmbito administrativo, que já estavam em vigor desde 1º de agosto de 2021. Ressalte-se que, no âmbito judicial, já havia a possiblidade de aplicação de sanções com base em outros normativos que não a LGPD conforme algumas decisões apresentadas no item 2.

Segundo publicação no Diário Oficial da União, de 06 de julho de 2023, a primeira multa foi aplicada pela Coordenação-Geral de Fiscalização da ANPD (CGF/ANPD) a uma microempresa, através do processo administrativo sancionador (00261.000489/2022-62), por violação ao Art. 7º e ao Art. 41 da LGPD, além do Art. 5º do Regulamento de Fiscalização.

O resguardo dos direitos dos titulares dos dados pessoais torna-se a regra a ser seguida e, em relação às crianças e aos adolescentes, a proteção é um tema de grande importância e discussão no cenário jurídico pátrio. Esses titulares, pelo fato de não terem plena capacidade de desenvolvimento, devem contar com todo arcabouço jurídico existente, de sorte a serem respeitados os seus direitos e a sua dignidade, particularmente, os previstos na Constituição Federal (CF) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É assegurada a proteção integral à criança e ao adolescente, cujo dever de cuidado recai sobre a família, a sociedade e o Estado, bem como garantem-se a esses titulares, de forma prioritária, direitos fundamentais como os referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais e nacionalidade (Arts. 5º ao 17, Art. 227, da CF; Art. 1º, Art.3º, Art. 4º, *caput*, Art. 7º ao Art. 69, do ECA). Ademais, asseguram-se, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Art.3º, do ECA).

Este trabalho tem cunho qualificativo e abordagem qualitativa. Metodologicamente, foi feito revisão de literatura, análise de normativos e publicações da ANPD. Foi estabelecida a seguinte pergunta de pesquisa: Qual o entendimento atual da ANPD quanto às hipóteses legais relacionadas ao tratamento de dados de crianças e adolescentes? Em subsídio à resposta a esta questão, foi estabelecido o seguinte objetivo geral: analisar a questão da proteção de dados pessoais relacionados a crianças e a adolescentes. Para alcançar o objetivo geral, foram definidos como objetivos específicos: a) analisar a divergência doutrinária referente ao tratamento de dados de crianças e adolescentes; b) analisar o ENUNCIADO CD/ANPD Nº 1, de 22 de maio de 2023.

2. A PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu Art. 2º, considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade

(Brasil, 1990).

O Art. 1º do Código Civil (CC), em regra, considera que toda pessoa é capaz de direitos e de deveres na ordem civil, podendo tomar todas as decisões. Contudo, nos termos do seu Art. 3º, serão absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos que, consequentemente, deverão ser substituídos por responsável. Por outro lado, segundo o Art. 4º, I, deste mesmo diploma legal, a incapacidade relativa a certos atos é oponível aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos que, não obstante poderem tomar decisões, devem ser assistidos por pessoa com capacidade civil plena para a regularidade e a validade de seus atos (Brasil, 2002).

A Constituição Federal (CF) em seu Art. 227 assegura a proteção integral à criança e ao adolescente, cujo dever de cuidado recai sobre a família, a sociedade e o Estado (Brasil, 1988).

Nos comentários ao Projeto de Lei (PL) nº 4.060/2012, do deputado Milton Monti (PR/SP), a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, encarregada de proferir parecer a este projeto, apontou que a redação constante no referido documento não acrescentava nenhuma proteção especial às crianças e aos adolescentes, considerado grupo vulnerável de pessoas, destoando-se das práticas verificadas em outros países, particularmente nos Estados Unidos da América (EUA) e na Lei COPPA (Children's Online Privacy Protection Act) de 1998, que é um regulamento dos EUA aplicável à coleta de informações pessoais de crianças menores de 13 anos.

O artigo 17 do PL nº 4.060/2012 limitava-se a informar que o "tratamento de dados pessoais de crianças somente será possível mediante o consentimento dos seus pais, responsáveis legais ou por imposição legal.". Certamente, a operacionalização desse consentimento torna-se um grande desafio para todos, haja vista a norma ter sido silente em relação a esta questão.

O PL nº 4.060/2012 foi apensado ao PL nº 5.276/16 de iniciativa do Ministério da Justiça, órgão ao qual coube a coordenação do processo de elaboração e consulta à população. Segundo Mensagem do Poder Executivo ao PL nº 5.276/16, esta proposta baseia-se na Resolução da ONU, de 25 de novembro de 2013, sobre "Direito à Privacidade na Era Digital", e, que "109 países possuem normas neste sentido e mais de 90 destes têm uma autoridade pública específica especializada no tema" (TCU, 2022).

Após intenso debate e audiências públicas, o PL nº 4.060/2012 foi transformado na Lei Ordinária n° 13.709, de 14 de agosto de 2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), cuja maioria dos seus artigos passou a vigorar a partir de 18 de setembro de 2020, uma vez que o Brasil, além de ter sofrido pressão internacional, desejava ingressar em organismos internacionais como a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), a Eurojustice e a Euro Pol, que exigem proteção mínima de informações (Costa, 2023).

A LGPD não estabeleceu a necessidade de consentimento dos pais ou responsáveis legais para o tratamento de dados dos adolescentes, situação que se contrapõe ao disciplinado em outros normativos, como o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal. Cabe aos pais ou aos responsáveis, por terem maior capacidade de discernimento e experiência, orientar os seus filhos no uso da Internet, evitando-se abordagens indevidas (Fonseca; Rego, 2020).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em seu Art. 14, caput, seguindo a lógica constante em outros normativos, disciplina que o melhor interesse das crianças e dos

adolescentes deverá prevalecer no tratamento de seus dados. Por outro lado, o parágrafo 1º deste mesmo artigo disciplina que, no caso de crianças, tal tratamento necessita de consentimento específico e destacado, por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Grande discussão foi travada em relação ao melhor entendimento interpretativo constante neste dispositivo (Art. 14).

Em estudo preliminar relacionado ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, de setembro de 2022, a ANPD informa que, ao ser prevista na LGPD uma seção específica para o tratamento de dados desses titulares, o legislador brasileiro trabalhou em sintonia com o arcabouço jurídico-normativo nacional e internacional. Porém, a própria ANPD admite que há dúvidas e interpretações divergentes relacionados ao tema, particularmente, dada a possibilidade de incerteza jurídica em função da indefinição sobre quais hipóteses legais autorizam o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (ANPD, 2022).

Além da controvérsia acadêmica quanto à melhor interpretação do Art. 14, órgãos públicos manifestaram posições divergentes. Para alguns, o consentimento seria a única hipótese legal apropriada para o tratamento de dados pessoais de crianças. Lado outro, alguns sustentam existirem outras hipóteses de tratamento elencadas nos artigos 7º e 11 da LGPD, como execução de políticas públicas e a realização de estudos por órgãos de pesquisa (ANPD, 2022).

O parágrafo 1º, do Art. 14, da LGPD informa a necessidade de consentimento apenas para os dados pessoais de crianças. Teria se olvidado o legislador de incluir na norma o consentimento para os adolescentes? Ou tal ausência foi proposital, concluindo-se pela sua desnecessidade? O que, em tese, vai de encontro a outros normativos. Para responder a essas indagações recorreu-se a estudos relacionados ao tema em questão, abordados na sequência.

Para Fonseca e Rego (2020), não obstante a omissão legal, o consentimento deve ser estendido aos adolescentes como meio de orientar o acesso à informação, mas que tal regulamentação seria incumbência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Segundo Hermes, Sutel e Silva (2020), o problema torna-se mais complexo em função do fato de os encarregados pela promoção da proteção integral, como pais e responsáveis, nem sempre conseguirem perceber os riscos a que estão expostos as crianças e os adolescentes, os quais se sentem seduzidos pelas facilidades que o uso das tecnologias proporciona, impedindo-os de perceberem os riscos associados a algumas ferramentas, potencializados pela utilização da rede de computadores.

Costa e Sarlet (2021) consideram que, em virtude de todo o conjunto normativo relacionado aos direitos das crianças e dos adolescentes, que engloba a LGPD, haveria a necessidade de uma proteção especial dos dados desses titulares, haja vista a condição peculiar de desenvolvimento em construção.

Embora reconheça a possibilidade de posteriormente o Poder Judiciário e a ANPD terem entendimento contrário quanto ao tratamento dos dados pessoais, Zappelini (2020) entende que, no caso de o titular tiver entre 12 e 16 anos incompletos, seria recomendável o consentimento específico e destacado dos pais ou responsáveis, ao passo que, se o adolescentes tiver entre 16 e 18 anos incompletos, deveriam ser aplicadas as disposições contidas no Art. 7º e no Art. 11 da LGPD, mantendo-se a harmonia com a regulação europeia sobre o tema e respeitando-se a proteção jurídica que o ordenamento brasileiro confere a crianças e a adolescentes.

A exclusão do adolescente da necessidade de consentimento dos pais ou responsáveis (§1º, Art. 14, da LGPD) pressupõe que esse público teria capacidade para dispor de seus dados pessoais, a despeito do entendimento jurídico pátrio brasileiro discordante sobre a incapacidade civil. Ademais, o disposto no §5º deste mesmo artigo faz entender que os provedores de Internet estão qualificados a oferecer meios eficientes para assegurar que quem efetivamente deu o consentimento foi o pai ou responsável, o que garantiria uma proteção mínima. A GDPR (*General Data Protection Regulation*) adota a idade limite de dezesseis anos, conforme previsto na *Regulation* (EU) 2016/67. No Brasil, o consentimento específico dos pais não é fator impeditivo para que a participação dos adolescentes seja efetivada na Internet, mas, sim, visa à proteção destes (Yandra; Silva; Santos, 2020).

2.1 A proteção de dados pessoais no mundo e no Brasil

Apesar de o direito à privacidade não se apresentar como uma ideia nova, apenas recentemente houve tentativas de normatização do tema no mundo.

Em meados de 1890, a privacidade ganhou relevância a partir do artigo publicado por Louis D. Brandeis na revista *Harvard Law Review*, ao abordar a possibilidade de ameaças à proteção e à privacidade das pessoas, em virtude de inovações da época, como a câmera fotográfica (TCU, 2022).

Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o mundo passou a dar maior atenção (garantia e proteção) aos direitos humanos e fundamentais (Freitas, 2020), surgindo a ideia de proteção dos dados pessoais, ao ponto de o tema proteção ganhar relevância em 1948, sendo que o Art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos disciplinou o direito de proteção contra interferências indevidas na vida privada do cidadão (ONU, 1948).

Investimentos em tecnologia de informática corporativa foram impulsionados pela globalização, o que ocasionou o aumento da competição organizacional e o consequente questionamento da segurança das informações tratadas pelas corporações, que passaram a se preocupar em evitar vazamentos de dados e informações de terceiros (RAPÔSO *et al*., 2019). Os primeiros projetos relacionados ao processamento de dados surgiram nos anos 1960 nos Estados Unidos da América (EUA) e em países da Europa, tendo como ponto de partida a preocupação com as questões jurídicas voltadas para a proteção de dados pessoais e para o uso da tecnologia (Rocha *et al*., 2019).

No século XXI, a preocupação com a proteção dos dados fez a União Europeia (EU) aprovar em 2016 e emitir em 2018 o seu Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR, na sigla em inglês). Não obstante a GDPR europeia ter inspirado diversas nações, inclusive o Brasil, desde o ano 2000, o Canadá e a Argentina contam com legislações voltadas para a proteção de dados (Costa, 2023). Apesar de o Chile ter elaborado a sua lei protetiva a dados pessoais em 1999, esta apresentava deficiências, não sendo considerada uma boa norma.

A ideia de proteção de dados pessoais apresentada pelo contexto mundial obrigou o Estado brasileiro a publicar regramento próprio (LGPD), objetivando reprimir práticas inaceitáveis relacionadas ao tratamento dos dados do cidadão. Considerando que a norma vigente não pretende

e não consegue esgotar por si só todas as condutas reprováveis no tratamento incorreto de dados dos titulares, vislumbra-se a necessidade desta Lei ser complementada pela Constituição e demais legislações extravagantes (especiais), de sorte a fazer valer a pretensão legislativa de proteção dos dados pessoais (Costa, 2022).

Objetivando a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo (Art. 1), a LGPD é uma lei que apresenta diretrizes gerais relacionadas à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, sendo uma norma de interesse nacional e aplicável a todos os entes federados. A maioria dos artigos da LGPD entrou em vigor em 18 de setembro de 2020, estruturando-se em onze princípios, sendo eles: a boa-fé; finalidade (por quê?); adequação; necessidade (para quê?); livre acesso; qualidade dos dados; transparência (como/com quem?); segurança; prevenção; não discriminação e responsabilização pela prestação de contas.

Inobstante caber à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) emitir esclarecimentos e regras adicionais relacionados ao tema, ancorando-se no artigo 5º, X, da CF/88, a LGPD apresenta, no seu artigo 2º, os sete fundamentos relacionados à proteção de dados pessoais, sendo eles: o respeito a privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania.

A LGPD aplica-se (art. 3º) a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, por qualquer meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados.

Segundo as hipóteses apresentadas pelo seu artigo 4º, a Lei não se aplica quando: realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; realizado para fins exclusivamente jornalístico, artísticos, acadêmicos, segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; tratamentos de dados provenientes do exterior e que não sejam objeto de comunicação; uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado à LGPD (Brasil, 2018).

Complementarmente, nos termos do Art. 12 (*caput*), a LGPD não se aplica a dados anonimizados, visto que estes não serem considerados dados pessoais, exceto se o processo de anonimização for revertido (exclusivamente por meios próprios), ou puder ser revertido (com esforços razoáveis) (Brasil, 2018).

A Autoridade, através da Nota Técnica nº 03/2023/CGF/ANPD, em resposta à consulta formulada pela Polícia Rodoviária Federal (processo 00261.002079/2022-56), concluiu que a LGPD não se aplica no caso de tratamento de dados pessoais de pessoas falecidas. A proteção *post mortem* dos direitos da personalidade dos titulares dos dados pessoais não estaria abarcada pela norma, uma vez que não haveria mais o desenvolvimento de personalidade, pois, de acordo com o Art. 6º do CC, a existência da pessoa natural termina com a morte. Para a proteção dos direitos da

pessoa falecida, aplicam-se outros normativos, particularmente, os artigos 16 e 20 do CC (ANPD, 2023a).

No Guia Orientativo relacionado ao tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos e pesquisas, a Autoridade, em junho de 2023, entendeu que opera o afastamento parcial da LGPD quando o tratamento for realizado para fins exclusivamente acadêmicos. Contudo, o tratamento deve se amparar em uma das hipóteses legais estabelecidas no Art. 7º e no Art. 11, devendo ser observados os regramentos específicos constantes nessa Lei para a hipótese legal utilizada (ANPD, 2023c).

Juridicamente, a violação à proteção dos dados pessoais antecede à LGPD. Segundo o artigo 5º, X, da CF/88 são invioláveis 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. Assim, além da LGPD e da Constituição Federal, outras legislações protegem a utilização de dados pessoais e, particularmente, de imagens (fotos e vídeos), como o Código Civil – CC (artigos 11 e 20), a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (artigo 223-C), o Código de Defesa do Consumidor – CDC (artigos 6º e 81), o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (artigo 1º e seguintes), o Marco Civil da Internet (artigo 3º, III) e, a depender do conteúdo (cenas de sexo, nudez ou pornografia), o Código Penal – CP (artigo 218-C) (Costa, 2022).

A Constituição Federal inseriu o direito de imagem no rol dos direitos e garantias fundamentais (TÍTULO II), protegendo-o conforme o artigo 5º, inciso X. Garante-se a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O Código Civil, Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 classifica o direito de imagem como um direito da personalidade (CAPÍTULO II), cabendo o direito de proteção e de reparação se cometido algum ato ilícito. Segundo o Código Civilista, comete ato ilícito aquele que violar direito e causar dano a alguém, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (artigo 186). Ademais, aquele que no exercício de um direito exceder os limites que lhe são impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (artigo 187), obriga-se à reparação (artigo 927), independente de culpa ou dolo (parágrafo único) nos casos previstos em lei, ou em virtude do desenvolvimento de alguma atividade que traga riscos aos direitos de outrem.

Segundo o artigo 11 do Código Civil, salvo exceções previstas em lei, os direitos de imagem são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício ser limitado de forma voluntária. O artigo 20 desse mesmo diploma legal dispõe que a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa poderá ser proibida se não permitida, cabendo indenização no caso de serem atingidas a honra, a boa fama, a respeitabilidade, ou se a destinação for para fins comerciais. Situações necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública dispensam tal autorização.

O Supremo Tribunal Federal, através da ADIN 4815, considerou que essa autorização seria desnecessária quando se tratar de pessoa biografada, bem como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas), relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais.

No âmbito trabalhista (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), a possibilidade de reparação de dados de natureza extrapatrimonial está prevista no Título II-A da Consolidação

do Trabalho (CLT). Por força do artigo 223-B da CLT, os danos de natureza extrapatrimonial correspondem àqueles cuja ação ou omissão resultam em ofensa à esfera moral ou existencial tanto da pessoa física quando da pessoa jurídica. Relativamente a pessoas físicas, os bens a serem tutelados são aqueles relacionados à honra, à imagem, à intimidade, à liberdade de ação, à autoestima, à sexualidade, à saúde, ao lazer e à integridade física (artigo Art. 223-C).

Na seara criminal, o artigo 218-C do Código Penal (Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940) considera que se constitui crime a disponibilização ou divulgação de fotos, vídeo ou imagem de cenas de sexo, nudez ou pornografia sem consentimento da vítima.

O TJRJ, com base nos artigos 3º, III e 7º, VII, do MCI, no processo nº 0001036-57.2019.8.19.0212, condenou o infrator à obrigação de indenização por danos morais, pelo vazamento de dados pessoais, inclusive sensíveis, contidas em perfil de rede social.

Ademais, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA) estabelece, em seu artigo 1º e seguintes, a obrigatoriedade de proteção integral à criança e ao adolescente, o que certamente implica a proteção aos seus dados pessoais. Considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade, podendo o Estatuto ser excepcionalmente aplicado às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (artigo 2, caput e parágrafo único).

Em decisão de primeira instância, o TJSP, com base no artigo 14, §1º, LGPD, no processo nº 1035919-45.2020.8.26.0224, determinou que fosse retirado vídeo de plataforma de mensagens, haja vista a ausência de autorização por pelo menos um responsável legal de menor em grupo de mensagens *on-line* composto por 364 membros de um condomínio.

Oportuniza-se chamar a atenção para o fato de que o Código Consumerista brasileiro (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), ao proteger o consumidor, considera como condutas reprováveis aquelas que violem a sua dignidade, visto que elas podem trazer reflexos em sua personalidade. Como direito dos consumidores, está previsto o acesso aos órgãos judiciários e administrativos para a prevenção, proteção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos (artigo 6º, VII).

Através do processo nº 1016969-24.2019.8.26.0482, o TJSP, com base no CDC, condenou uma instituição financeira à reparação por danos morais, em virtude de utilização de engenharia social, uma vez que, além do vício de consentimento, não foi demonstrada a devida proteção aos dados pessoais pela instituição bancária.

A 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do TRT da 4ª Região (RS) manteve a condenação de uma seguradora a indenizar por danos morais coletivo, conforme Ação Civil Pública em Recurso Ordinário Trabalhista nº 0000241-06.2013.5.04.0802, por compartilhamento indevido de dados pessoais a terceiro, com base no artigo 5º, X, da CF, bem como no artigo 13-A da Lei n° 11.442/2007 e no artigo 198 do Código Tributário Nacional (CTN).

Através da ação civil pública movida pelo Instituto Brasileiro de Defesa ao Consumidor (IDEC) contra a Via Quatro, por meio do processo 1090663-42.2018.8.26.0100, a 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em 2023, manteve a condenação de 1º instância (2021) à concessionária da Linha Amarela do Metrô de São Paulo, por utilizar indevidamente o sistema de câmeras de segurança para captação de imagens de usuários com

fins comerciais e publicitários, elevando-se o valor do dano moral coletivo para R$500 mil reais. Considerou o TJSP que houve coleta e armazenamento ilícitos de dados sensíveis (dados biométricos) em plataforma digital do Metrô sem consentimento de usuários para fins comerciais que beneficiam exclusivamente a Ré e empresa terceira, o que viola os normativos pátrios, como: Art. 17, do ECA; Art. 227, da CF/88; Art. 6º, I e Art. 11, II e art. 14, da LGPD; Art. 5, X, da CF/88; Art. 6º, III e IV e Art. 31, do CDC).

Conforme demonstrado, o dever de proteção está respaldado por diversos normativos, sendo que a violação à proteção de dados pessoais, particularmente de imagens pessoais, pode acarretar danos patrimoniais ou morais, inclusive coletivos, com o consequente dever de reparação. Em relação à LGPD, após a reparação do dano ao titular dos dados pessoais, aquele que o fizer, terá direito de regresso contra demais responsáveis que tenham participado no evento danoso (artigo 42, § 4º).

Os artigos 7º, 11 e 14 da LGPD apresentam as hipóteses de realização de tratamento de dados pessoais, observando-se que o consentimento (artigo 7º, I) é a regra geral a ser seguida, particularmente se envolver o tratamento de dado sensível (artigo 11, I) ou de crianças (artigo 14, § 1º). O dado sensível é aquele vinculado a uma pessoa natural, que se revelado sem o devido consentimento, pode trazer situações indesejadas para o seu titular, uma vez que envolve questões relacionadas a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico (Art. 5º, II).

2.2 Tratamento de dados pessoais por provedores de internet

A sociedade digital, a partir dos novos recursos tecnológicos, permite a integração e o uso de tecnologias na vida de todos (pessoas e empresas) e, segundo Botelho (2020), corresponde a uma realidade que alcança a todos, principalmente, com o surgimento da "Internet das Coisas" – *Internet of Things* (IoT) e do *Big Data*, que permite uma maior imersão no universo da tecnologia digital, na qual todos se tornam produtores de dados. Neste contexto, insere-se o tratamento de dados pessoais por provedores e conexões pela Internet.

A Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet - MCI) prevê a observância às suas finalidades, que devem ser especificadas nos instrumentos de prestação de serviços ou aplicações de Internet. O consentimento para o tratamento dos dados pessoais, além de expresso, precisa ser destacado das demais cláusulas contratuais, sendo vedado o compartilhamento não autorizado com terceiros. Na hipótese de finalização da aplicação, não sendo obrigatória a guarda dos dados pessoais, estes devem ser excluídos (Brasil, 2014, artigo 7º, VII, VIII, IX e X).

O MCI ao estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, prevê em seu artigo 3º a necessidade de proteção à privacidade (inciso II) e aos dados pessoais, na forma da lei, nas "operações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional" (artigo 11). Apesar de reconhecer o acesso à internet como essencial para a liberdade e o exercício da cidadania, a violação da intimidade e

da vida privada implica a possibilidade de indenização pelo dano (material ou moral) provocado (artigo 7º, I).

O artigo 6º, VII, da LGPD determina a adoção de medidas de segurança, bem como técnicas administrativas e controles que assegurem a integridade dos dados pessoais, de maneira a serem minimizados os riscos inerentes ao seu tratamento, que envolvam acessos não autorizados, indevidos, perdas ou vazamento de dados. As medidas de segurança a serem implementadas dependem da sensibilidade dos dados pessoais que são tratados e dos riscos para os titulares desses dados no caso de um incidente.

Essas medidas, previstas nos artigos 46 a 50 da LGPD, baseiam-se em boas práticas internacionais e devem promover a segurança no fluxo informacional da empresa. As medidas de segurança constantes nos guias orientativos da Autoridade não são exaustivas, devendo ser entendidas como orientações de boas práticas (não vinculantes) a serem complementadas por outras necessárias para a promoção do fluxo de informação empresarial. A política de segurança da informação (PSI) necessita de revisão periódica, e almeja construir um processo estruturado de segurança, em que seja evidenciada a boa-fé da organização, diligenciando na segurança dos dados pessoais por ela custodiados. O ambiente organizacional deve incentivar que os usuários de sistemas da empresa (internos e externos) reportem os incidentes e as vulnerabilidades detectadas durante toda a fase de tratamento dos dados pessoais (ANPD, 2021).

No Art. 46, a LGPD estabelece que agentes de tratamento (operadores e controladores) devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas, ou seja, vulnerabilidades que podem expor os dados dos titulares a tratamento inadequado ou ilícito. Já o §2º do Art. 46 desta Lei determina que as medidas de que trata o *caput* do artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução (ANPD, 2021).

Os mecanismos para a segurança da informação, conforme tratamento previsto no artigo 47 da LGPD, devem contemplar a proteção, a privacidade e um sistema de informação (SI) estruturado. Desta forma, as organizações obrigam-se a desenvolver um programa de conformidade que contemple: a conscientização, o planejamento, o mapeamento, o *gap analisy* e a implementação (Costa, 2022).

Por sua vez, o artigo 49 determina que os sistemas adotados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados a fim de serem atendidos os requisitos de segurança, os padrões de boas práticas e de governança, os princípios gerais previstos na LGPD e demais normas regulamentares (ANPD, 2021).

Dentro desse contexto, quando da participação de crianças e adolescentes em jogos, aplicações de Internet ou outras atividades, as informações pessoais coletadas devem se restringir estritamente ao necessário para o desenvolvimento das atividades pretendidas por esses usuários e, levando-se em consideração o melhor interesse destes e o seu estágio de desenvolvimento. Ademais, as informações sobre o tratamento de dados deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, havendo a possibilidade de utilização de recursos audiovisuais, com informações necessárias e de fácil entendimento, inclusive para os responsáveis legais (Brasil, 2018, Art. 14, § 4º e § 6º).

Em relação aos menores de 16 anos, Zappelini (2020) entende que, para a utilização de plataformas e aplicações digitais que utilizem dados, deve ser certificado o consentimento do responsável legal através de termos de uso e política de privacidade, que detalhem a forma como o tratamento é realizado e as finalidades pretendidas. Para estes usuários, além de não ser recomendável a utilização de redes sociais para realização de *login,* o legítimo interesse não pode ser adotado como base legal se a pretensão é a realização de publicidade, perfilamento, direcionamento e processos de análise e categorização. Por outro lado, a ausência de consentimento dos responsáveis impede o tratamento de dados dos titulares menores de 16 anos para fins de *marketing*, publicidade e criação de perfis.

2.3 Bases legais para o tratamento de dados de crianças e adolescentes

Não obstante a regra quanto ao tratamento de dados de crianças seja o consentimento (Art. 14, § 1º), de acordo com o Art. 14, § 3º, da LGPD este estará dispensado quando: a) houver a necessidade de serem contatados os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento; b) para a sua proteção. Em ambas as hipóteses, veda-se o compartilhamento não autorizado. Ademais, preceitua o Art. 14, § 2º, da Lei que deve ser mantida pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos da criança elencados no Art. 18 da LGPD (Brasil, 2018).

Em virtude da divergência de entendimentos relacionados ao melhor tratamento de dados das crianças e dos adolescentes, o Conselho Diretor da ANPD emitiu o ENUNCIADO CD/ANPD Nº 1, de 22 de maio de 2023, em vigor desde 24 de maio de 2023, que representa a primeira iniciativa da ANPD voltada para a proteção de dados destes titulares, fixando entendimento relacionado às possibilidades de interpretação do artigo 14 da LGPD.

> O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), desde que observado e prevalecente o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do art. 14 da Lei (ANPD, 2023b).

Através desse Enunciado, o tratamento de dados de crianças e adolescentes pode ser realizado com base nas hipóteses legais previstas na LGPD, que engloba, além do consentimento, outras hipóteses legais.

De acordo com o Art. 7º da LGPD, nos casos de dados pessoais não sensíveis (incisos de II a X), o tratamento sem o consentimento poderá ser realizado para: cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; a Administração Pública executar políticas públicas; a realização de estudos por órgão de pesquisa; a execução de contrato ou de procedimentos preliminares; o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; para a tutela da saúde; atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros; para a proteção do crédito.

Em relação aos dados pessoais sensíveis, com base no Art. 11, inciso II, o tratamento não consentido pode ocorrer quando necessário para: cumprimento de obrigação legal ou regulatória

pelo controlador; a execução de políticas públicas pela Administração Pública; a realização de estudos por órgão de pesquisa; exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral; proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; tutela da saúde; garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular. Ressalte-se que, para esses tipos de dados, não foi prevista a possibilidade de tratamento como base no legítimo interesse.

Deve prevalecer em qualquer situação o melhor interesse da criança e do adolescente, cabendo ao controlador adotar uma avaliação cautelosa no tratamento de tais dados, indo ao encontro do previsto no Código Civil, no ECA e na CF/88. Dada a importância da proteção de dados desse grupo de pessoas, a Autoridade fez constar na Agenda Regulatória de 2023 e 2024 a proteção de dados de criança e adolescente (ANPD, 2023b).

No Guia Orientativo para o tratamento de dados para fins acadêmicos, a Autoridade informa que a LGPD permite que o tratamento de dados pessoais possa ocorrer para uma atividade distinta da coleta inicialmente justificada, desde que o tratamento posterior seja compatível com as finalidades do tratamento original e em observância a propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sobretudo atento aos padrões éticos e à confiabilidade no uso das informações. No caso de dados de crianças e adolescentes, devem ser observados os padrões éticos relacionados à pesquisa a ser realizada (ANPD, 2023c).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo dispõe a LGPD, o consentimento é a regra básica a ser aplicada, nos termos do Art. 7º, inciso I (dado não sensível), e, caso os dados pessoais sejam sensíveis (Art. 11, inciso I) ou se refiram a crianças (Art. 14, § 1º), estes devem ser expressos de maneira específica e destacados.

Em relação às crianças, o consentimento deve partir de um dos pais ou do responsável legal, com as exceções previstas no normativo (Art. 14, § 3º). Porém, não há concordância doutrinária quanto à possibilidade de os próprios adolescentes consentirem que os seus dados pessoais sejam tratados.

O presente estudo demonstrou a divergência doutrinária relacionada à melhor base legal para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, embora a LGPD e outros normativos disciplinem que o melhor interesse destes usuários seja sempre observado. Como a LGPD prevê em seu Art. 14, § 1º, a necessidade de consentimento (específico e destacado) nas situações em que forem envolvidos tratamentos de dados de crianças, a doutrina converge com tal entendimento. Contudo, divergências foram verificadas quanto ao tratamento de dados dos adolescentes, visto que a LGPD nenhuma referência fez sobre o tema, situação que não se coaduna com o disciplinado em outros normativos, como o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal.

Assim, é recomendável que os agentes de tratamento (controladores e operadores) se atentem para possíveis problemas jurídicos relacionados ao consentimento pelos próprios adolescentes, inclusive dos maiores de 16 anos, que têm capacidade relativa. A análise do caso concreto determinará a melhor base legal para o tratamento dos dados pessoais destes titulares.

Contudo, não está afastada a possibilidade de interpretação divergente por parte do Judiciário.

Segundo Fonseca e Rego (2020), apesar da omissão legal, o consentimento deve ser estendido aos adolescentes, mas que tal regulamentação incumbiria à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Para Zappelini (2020), caso o titular tenha entre 12 e 16 anos incompletos, seria recomendável o consentimento específico e destacado dos pais ou responsáveis, ao passo que, se o adolescente tiver entre 16 e 18 anos incompletos, deveriam ser aplicadas as disposições do Art. 7º e do Art. 11 da LGPD, objetivando-se manter a harmonia com a regulação europeia e o respeito à proteção jurídica trazida pelo ordenamento brasileiro relativo a crianças e a adolescentes. Porém, reconhece-se a possibilidade de posteriormente o Poder Judiciário e a ANPD terem entendimento contrário quanto ao tratamento dos dados pessoais para esses titulares.

A exclusão do adolescente da necessidade de consentimento dos pais ou responsáveis (§1º, Art. 14, da LGPD) pressupõe que esse público teria capacidade para dispor de seus dados pessoais, a despeito do entendimento jurídico pátrio brasileiro discordante sobre a incapacidade civil. Ademais, o disposto no §5º deste mesmo artigo faz entender que os provedores de Internet estão qualificados a oferecer meios eficientes para assegurar que quem efetivamente deu o consentimento foi o pai ou responsável, o que garantiria uma proteção mínima.

A GDPR (*General Data Protection Regulation*) adota a idade limite de dezesseis anos, conforme previsto na *Regulation* (EU) 2016/67, mas os países podem disciplinar de forma diferente esta questão. Assim, para que o tratamento seja lícito, a idade mínima seria de 16 anos (Art. 8). Reforça-se que para a GDPR o consentimento parental não é a única hipótese legal para tratar dados de crianças e adolescentes. No Brasil, o consentimento específico dos pais não é fator impeditivo para que a participação dos adolescentes seja efetivada na Internet, mas, sim, visa à proteção destes (Yandra; Silva; Santos, 2020).

Em resposta à pergunta da pesquisa, exercendo as suas funções institucionais, a ANPD, através do ENUNCIADO Nº CD/ANPD Nº 1/2023, tenta lançar uma luz interpretativa sobre o tema, indicando que as bases legais previstas no Art. 7º e no Art. 11 da LGPD aplicam-se no tratamento de dados tanto de crianças quanto de adolescentes, obrigando-se a prevalência do seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, e em observância ao Art. 14 da LGPD.

Assim, as seguintes hipóteses são aplicáveis, devendo a análise do caso concreto determinar a melhor a ser seguida: consentimento; cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; execução de políticas públicas pela Administração Pública; realização de estudos por órgão de pesquisa; execução de contrato ou de procedimentos preliminares; proteção do crédito; exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral; proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; tutela da saúde; interesses legítimos do controlador ou de terceiro e garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular.

Esse ENUNCIADO define que, para as crianças e os adolescentes, o tratamento dos dados pessoais pode ser realizado com base nas hipóteses legais constantes no Art. 7º ou no Art. 11 da LGPD, mas sendo necessário que seja atendido o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do Art. 14 da LGPD, o que responde à pergunta da pesquisa. Portanto, não

apenas o consentimento é a base legal para o tratamento de dados destes titulares, mas também outras hipóteses legais, afastando-se a divergência quanto a esta questão. Contudo, a idade limite para os adolescentes consentirem não foi objeto de análise pela Autoridade, fazendo-se com que o caso concreto defina a melhor hipótese de tratamento, o que não afasta questionamentos no âmbito Judiciário.

Considerando-se que o consentimento não é a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais, até mesmo porque esta é uma base legal frágil, visto poder ser retirado a qualquer momento, os responsáveis devem analisar qual a melhor alternativa para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, observando-se que o legítimo interesse, em regra, não se aplica ao tratamento de dados pessoais sensíveis e de crianças e adolescentes.

A LGPD apresenta as hipóteses de dispensa de consentimento nos artigos 7º e 11. Em se tratando de crianças e adolescentes, o artigo 14, § 3º, da Lei determina que os dados pessoais poderão ser coletados quando necessários para "contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção", não podendo haver o compartilhamento com terceiro sem o consentimento.

Deixar que a interpretação da idade limite para consentir ocorra apenas em âmbito judiciário não parece ser a melhor alternativa. Assim, oportuniza-se que o legislador discuta a questão, regulamentando-a ou que a própria Autoridade emita esclarecimentos sobre tal ponto, até mesmo porque, no estudo preliminar sobre as hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (setembro de 2022), a ANPD entendeu que não estava afastado o estabelecimento de restrições ao tratamento de dados pessoais desses indivíduos em situações específicas, sempre que for necessário para garantir o melhor interesse.

Contudo, o Art. 3º do Código Civil disciplina que os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil, o que exige serem substituídos por seu responsável. Portanto, a obrigatoriedade de consentimento por crianças e adolescentes (até 16 anos incompletos) não se afigura a melhor interpretação. Tal questão deve ser abordada levando-se em consideração a teoria do diálogo das fontes, não sendo possível a interpretação isolada de dispositivos legais, principalmente, do Art. 14, da LGPD, visto o ordenamento jurídico ser unitário.

Este estudo tem como mérito trazer as divergências doutrinárias atinentes ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, atualizando a discussão sobre o tema, principalmente com a apresentação do entendimento atual da ANPD apresentado no Enunciado sobre o tema.

Como limitações ao presente estudo, aponta-se o fato de não terem sido analisadas que ações efetivas têm sido adotadas por organizações quanto ao melhor tratamento de dados de crianças e adolescentes. Oportunizam-se pesquisas em instituições que tratem especificamente dados pessoais destes titulares, particularmente, escolas, provedores de Internet e assemelhados.

De qualquer forma, na hipótese da utilização de outra base legal, que não o consentimento, a LGPD é clara ao determinar que os agentes responsáveis pelo tratamento (operadores e controladores) se vinculam às demais determinações previstas nessa Lei e em outros normativos, principalmente dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROFISSIONAIS DE PRIVACIDADE DE DADOS. *Violações LGPD.* Processo nº 0001036-57.2019.8.19.0212 - TJRJ. Disponível em: https://apdados.org/violacoes. Acesso em 19: jul.2023.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROFISSIONAIS DE PRIVACIDADE DE DADOS. *Violações LGPD.* Processo nº 1035919-45.2020.8.26.0224 - TJSP. Disponível em: https://apdados.org/violacoes. Acesso em: 19 jul.2023.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROFISSIONAIS DE PRIVACIDADE DE DADOS. *Violações LGPD.* Processo nº 1016969-24.2019.8.26.0482 – TJSP. Disponível em: https://apdados.org/violacoes. Acesso em 19: jul.2023.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROFISSIONAIS DE PRIVACIDADE DE DADOS. *Violações LGPD.* Processo nº 1090663-42.2018.8.26.0100 - 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Disponível em: https://apdados.org/violacoes. Acesso em: 19 jul.2023.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). *Guia orientativo sobre segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte.* Brasília, v. 1.0, out. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia_seguranca_da_informacao_para_atpps___defeso_eleitoral.pdf. Acesso em: 04 jul. 2023.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROETEÇÃOD E DADOS (ANPD). *Estudo preliminar: hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes*. Brasília, DF, set. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/estudo-preliminar-tratamento-de-dados-crianca-e-adolescente.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). *Processo administrativo sancionador (00261.000489/2022-62).* Relatório de Instrução nº 1/2023/CGF/ANPD. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/sei_00261-000489_2022_62_decisao_telekall_inforservice.pdf. Acesso em: 19 jul. 2023.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROETEÇÃOD E DADOS (ANPD). *Nota Técnica 03/2023/CGF/ANPD*. Brasília, DF, 3 mar. 2023a. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/nota-tecnica-no-3-2023-cgf-anpd.pdf. Acesso em: 07 jul. 2023.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). *Enunciado CD/ANPD nº 1, de 22 de maio de 2023*. Brasília, 2023b. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-enunciado-sobre-o-tratamento-de-dados-pessoais-de-criancas-e-adolescentes/Enunciado1ANPD.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). *Guia orientativo sobre o tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos e pesquisas.* Brasília, jun. 2023c. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/web-guia-anpd-tratamento-de-dados-para-fins-academicos.pdf. Acesso em: 7 jul. 2023.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro-SP, v. 8, n. 2, 2020. Disponível em: https://apphotspot.com.br/wp-content/uploads/elementor/forms/Botelho,Marcos-C%C3%A9sar-A-LGPD-e-prote%C3%A7%C3%A3o-dados-crian%C3%A7as-e-adolescentes-artigo.pdf. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 4060/2012.* Brasília, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. ***Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.*** Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31

dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943***.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.* Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL**.** *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL**.** *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.* Regula o acesso a informações e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL**.** *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.* Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.965-2014?OpenDocument. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL**.** *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.* Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *TC 039.606/2020-1*. Auditoria-Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/B4/25/78/27/D9C818102DFE0FF7F18818A8/038.172-2019-4-AN%20-%20auditoria_Lei%20Geral%20de%20Protecao%20de%20Dados.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

COSTA, Ana Paula Motta; SARLET Gabrielle Bezerra Sales. A perspectiva da proteção de dados pessoais, em face dos direitos das crianças e dos adolescentes no sistema normativo brasileiro. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; RUARO, Regina Linden; LEAL Augusto Antônio Fontanive (orgs.). *Direito, Ambiente e Tecnologia:* estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Molinaro. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021, cap. 21, p. 489-511. Disponível em: https://doi.org/10.36592/9786587424620.489-511. Acesso em: 20 jun. 2023.

COSTA, Edgard Gonçalves da. A LGPD e a utilização de imagens pessoais. *In:* BRAGA, Daniel L.S**.** (Org.). *Pesquisas e reflexões nacionais em ciências humanas, sociais e linguísticas.* cap.66. Florianópolis: Instituto Scientia, 2022, p. 1.090-1.109. Disponível em: https://institutoscientia.com/wp-content/uploads/2022/04/Livro-Humanas-Sociais-Linguagens.pdf. Acesso em: 14 mar. 2024.

COSTA, Edgard Gonçalves da. A LGPD e a utilização de imagens pessoais. *In*: BRAGA, Daniel L. S. *Pesquisas e Reflexões Nacionais em Ciências Humanas, Sociais e Linguísticas.* Florianópolis: Instituto Scientia, 2022, cap. 66, p. 1.081-1.099. Disponível em: https://institutoscientia.com/wp-content/uploads/2022/04/Livro-Humanas-Sociais-Linguagens.pdf. Acesso em: 7 jul. 2023.

COSTA, Edgard Gonçalves da. A LGPD no contexto da administração tributária. *In*: ELIEZER, Cristina Rezende; MELO, Carla Ribeiro Vaz de; ARANTES, Leila Cristina (orgs.). *Direito atual [recurso eletrônico]:* debate e crítica. Santo Ângelo: Metrics, 2023, cap. 25, p. 337-351. Disponível em: https://editorametrics.com.br/livro/direito-atual#test2. Acesso em: 27 jun. 2023.

FONSECA, Ingrid Dias da; REGO, Maria Beatriz Torquato. A proteção de dados pessoais das crianças

e adolescentes no âmbito da educação online. *FIDES*, Natal, v. 11, n. 2, ago./dez. 2020. Disponível em: http://revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/518/526. Acesso em: 19 jun. 2023.

HERMES, Pedro Henrique; SUTEL, Roberta de Oliveira; SILVA, Rosane Leal da. A vigilância dos dados pessoais de crianças e adolescentes frente à lei geral de proteção de dados pessoais e a doutrina da proteção integral. *In*: MEZACASA, Douglas Santos (org.). *O direito e sua complexa concreção 3 [recurso eletrônico]*, Ponta Grossa: Atena, 2020. Disponível em: https://www.atenaeditora.com.br/catalogo/post/a-vigilancia-dos-dados-pessoais-de-criancas-e-adolescentes-frente-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-a-doutrina-da-protecao-integral. Acesso em: 20 jun. 2023.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE (ITS). *Lei geral de proteção de dados pessoais (lgpd) e setor público*. Um guia da lei 13.709/2018, voltado para os órgãos e entidades públicas. Rio de Janeiro, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Resolução da ONU, de 25 de novembro de 2013, sobre "Direito à Privacidade na Era Digital"*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 20 jun. 2023.

RAPÔSO, Cláudio Filipe Lima; LIMA, Haniel Melo de; JUNIOR, Waldecy Ferreira de Oliveira; SILVA, Paola Aragão Ferreira; BARROS, Elaine de Souza. LGPD-LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EMTECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO: Revisão Sistemática. *Revista de Administração-RACE*, Alagoas, v. 4, ano 2019. Disponível em: http://revistas.cesmac.edu.br/index.php/administracao/index. Acesso em: 04 jul. 2023.

ROCHA, Camila Pereira da; CARNEIRO, Ana Valéria Santana; MEDEIROS, Marcus Vinicius Batella; MELO, Alexandre. Segurança da informação: a iso 27.001 como ferramenta de controle para lgpd. *Revista de Tecnologia da Informação e Comunicação da Faculdade Estácio do Pará*, Belém, v. 2, n. 3, p. 78-97, ago. 2019. Disponível
em: http://revistasfap.com/ojs3/index.php/tic/article/view/285. Acesso em: 04 jul. 2023.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Resolução 217 A III, 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 03 jul. 2023.

YANDRA, B. F. F.; SILVA, A. C. A.; SANTOS, J. G. Lei Geral de Proteção de Dados e a tutela dos dados pessoais de crianças e adolescentes: a efetividade do consentimento dos pais ou responsáveis legais. *Internet&Sociedade*, São Paulo, n. 1, v. 1, p. 230-249, fev. 2020. Disponível em: https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/02/Lei-Geral-De-Protec%CC%A7a%CC%83o-De-Dados.pdf. Acesso: 23 jun. 2023.

ZAPPELINI, Thaís Duarte. *Guia de proteção de dados pessoais*: crianças e adolescentes. São Paulo: CEPI-FGV Direito SP, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30877/fgvcepi_guia_dados_criancas_e_adolescentes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jul. 2023.

Recebido em: 11.01.2024
Aprovado em: 12.03.2024
Última versão dos autores: 14.03.2024

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirmou que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): COSTA, E. G. da. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, 33 (2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.16562. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/16562/version/20667. Acesso em: 29. mai. 2024.



Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Contratos administrativos: cláusulas exorbitantes e sua relação com o princípio da supremacia do interesse público à luz da Lei 14.133/2021

Jonas Rodrigo Gonçalves [1]
Universidade Católica de Brasília, Brasília/DF, Brasil
E-mail: professorjonas@gmail.com

Yuri Costa Batista [2]
Faculdade Processus, PROCESSUS, Brasília/DF, Brasil.
E-mail: yuri.costa1998@gmail.com

Resumo: O presente artigo se propõe a investigar de que forma as denominadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos se relacionam com o princípio da supremacia do interesse público. Nesse sentido, investigou-se se, nos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes posicionam (ou não) o Poder Público em grau superior ao contratado. Em uma exposição didática, busca-se percorrer desde a origem contratual até a formação sólida dos contratos administrativos, abordando seus fundamentos legais, seu conceito e suas características, com ênfase nas prerrogativas conferidas à Administração Pública nas relações regidas pela Lei 14.133/2021. Cuida-se de um estudo relevante para inúmeras áreas, sobretudo aos operadores do direito que lidam diretamente com processos licitatórios.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Cláusulas exorbitantes. Supremacia do interesse público.

Administrative contracts: exorbitant clauses and their relationship with the principle of the supremacy of the public interest in accordance with Law 14.133/2021

Abstract: This article aims to investigate how exorbitant clauses of administrative contracts are related to the principle of the supremacy of the public interest. In this sense, it was investigated whether, in the administrative contracts, the exorbitant clauses position (or not) the Government in a higher degree than the contracted. In a didactic exposition, it seeks to go from the contractual origin to the solid formation of administrative contracts, addressing their legal foundations, their concept and their characteristics, with emphasis on the prerogatives conferred on the Public

1 Doutor em Psicologia (Cultura Contemporânea e Relações Humanas) pela Universidade Católica de Brasília (2019-2022). Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas) pelo Centro Universitário Euroamericano/DF (2008). Especialista em Letras (Revisão de Texto), em Educação e em Direito (Constitucional, Administrativo e Trabalhista). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6904924103696696. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4106-8071. E-mail: professorjonas@gmail.com.

2 Pós-graduado em Direito Administrativo. Graduado em Direito pela Faculdade Processus-DF. Professor particular de Direito Administrativo e Direito Tributário para Exame de Ordem. Advogado inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Distrito Federal. Membro da Comissão de Fiscalização de Concursos Públicos da OAB/DF. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3894718392142636. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8145-8379. E-mail: yuri.costa1998@gmail.com

Administration in the relations governed by Law 14.133/2021. This is a relevant study for numerous areas, especially for legal operators who deal directly with bidding processes.

Keywords: Administrative contracts. Exorbitant clauses. Supremacy of the public interest.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações iniciais acerca da origem contratual e sua extensão aos contratos administrativos. 3. Bases legais, conceito e características dos contratos administrativos. 4. Prerrogativas ou cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

1. INTRODUÇÃO

Em síntese, a Administração Pública, quando estiver no exercício de suas atividades, deve projetar, em quaisquer situações, o interesse público. Para isso, é aconselhável que sejam celebrados contratos, os quais poderão ser orientados pelo direito público (contratos administrativos) ou mesmo pelo direito privado (contratos privados da Administração). O presente artigo faz uma explanação sobre os contratos administrativos e discorre sobre suas características, em especial, as chamadas cláusulas exorbitantes.

De início, a avença ou o acordo pactuado entre o Poder Público e um particular, ou até mesmo outra entidade do corpo da Administração Pública, com o intento de alcançar o interesse público e em obediência às normas de direito público que concedem prerrogativas ao Estado-Administração, ensejam a ideia de contrato administrativo (COUTO, 2020, p. 617).

Nessa senda, este artigo apresenta como escopo a resposta à seguinte indagação: nos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes tratam o Poder Público e o contratado distintamente? Logo, pretende-se analisar se existe, nos contratos administrativos, um tratamento diferenciado e mais vantajoso ao Estado em relação ao contratado.

A indagação citada alhures origina diversos desdobramentos, uma vez que, quando celebrado um contrato sob a égide das normas de direito público, privilégios especiais são conferidos ao Poder Público, os quais não são estendidos ao contratado, o que resulta num cenário totalmente distinto daqueles ajustes que disciplinam as relações feitas entre particulares, regidos pelo direito privado (SPITZCOVSKY, 2022).

A hipótese levantada frente ao problema foi a de que, em virtude de ser oriunda da supremacia do interesse público (um postulado do direito administrativo), a existência das cláusulas de privilégio (ou exorbitantes) nos contratos administrativos coloca o Poder Público e o contratado em patamares distintos nas relações contratuais. Logo, quando em conflito os interesses públicos com os dos particulares, aquele deve prevalecer, porquanto visa ao interesse da coletividade.

A mera existência das cláusulas exorbitantes simboliza traço indubitável de um contrato administrativo. Essas cláusulas não são mais do que benesses conferidas ao Poder Público, as quais elevam o Estado-Administração à posição de predominância em relação ao contratado. Portanto, por decorrer da supremacia do interesse público sobre o privado, esse tratamento desigual é aplicável mesmo quando não expressamente previsto no instrumento contratual (MAZZA, 2024)

O objetivo geral deste artigo consiste em analisar se, à luz da Lei n.º 14.133/2021, a presença

das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos posiciona o Poder Público e o contratado em patamares diferenciados. Constata-se ser praxe o Estado-Administração ter privilégios não proporcionados à parte contratada, sempre com o intuito de se alcançar a finalidade maior, qual seja, o interesse público.

Embora a Administração goze de poderes especiais, os quais não são usuais no direito privado, também é indiscutível que a sua atuação será objeto de restrições. Não se pode olvidar, ademais, de que as limitações impostas se fundam no pressuposto de o povo ser o detentor do patrimônio e do interesse públicos, e não a Administração Pública (CARVALHO, 2020, p. 51).

Desse modo, constituem os objetivos específicos deste trabalho: realizar uma breve contextualização da origem contratual até a formação sólida dos contratos administrativos; conceituar e analisar as bases normativas dos contratos administrativos; discorrer sobre as principais características inerentes a esses contratos; apresentar e explicar, ao fim, de forma individual, cada cláusula de privilégio dos referidos contratos e a relação com as prerrogativas conferidas ao Poder Público.

O regime especial dos contratos administrativos constitui uma espécie de barreira ao princípio de que o contrato firmado entre as partes é uma lei inalterável entre elas. O caráter exorbitante revela a atuação do Estado com supremacia de poder e significa uma congérie de privilégios. Diz-se que o regime exorbitante não requer determinações expressas no contrato, em razão de ele ser consectário da natureza contratual ou derivado de disposição legal (PELLEGRINO, 1990, p. 81).

Inquestionável é a relevância dos estudos a respeito dos contratos administrativos para os operadores do Direito. Derivados de um longo processo, os contratos administrativos são, certamente, o meio (instrumento) mais utilizado pela Administração Pública para concretizar a contratação de serviços ou a comercialização de bens. Compreender os princípios e fundamentos que os regem, bem como as prerrogativas da Administração Pública, é de importância significante para os atuantes na área jurídica, em especial àqueles que lidam com contratações públicas.

Para a ciência, deve-se ressaltar que no Brasil a produção no âmbito jurídico-acadêmico sobre o tema é relativamente ínfima, especialmente à luz da nova legislação promulgada, motivo pelo qual se faz necessário o amplo debate acerca de um assunto que gera inúmeros efeitos, diretos e indiretos, no cotidiano. Cite-se, como exemplo, as obras e as reformas realizadas em determinados espaços de um município – certamente são frutos de uma ordem emanada da autoridade competente após a celebração de um contrato regido sob os ditames de direito público.

Por fim, mas não menos relevante, este trabalho tem a sua devida importância reservada à sociedade. Compreender as prerrogativas estipuladas ao Poder Público nas contratações públicas, conhecer os mecanismos utilizados para obstar fraudes e garantir o interesse da sociedade é fundamental hodiernamente, visto que o Estado possui grande influência nas relações com os administrados.

Este artigo é uma pesquisa teórica e bibliográfica, fundamentada a partir de artigos científicos, livros acadêmicos, bem como legislação e jurisprudência dos Tribunais Superiores. Quer-se dizer que a discussão do problema deste trabalho é embasada em conceitos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais; além disso, está estritamente ligada às legislações pátrias.

Para o seu desenvolvimento, usaram-se 19 (dezenove) livros acadêmicos, bem como 3 (três) artigos científicos extraídos diretamente do Google Acadêmico. As pesquisas partiram das seguintes palavras-chave: "Contratos administrativos, cláusulas exorbitantes e supremacia do interesse público". Ademais, foram utilizadas, essencialmente, a fim de fundamentar os problemas discutidos: (I) a Constituição Federal de 1988; (II) a Lei n.º 8.666/93, que estatuía normas gerais para licitações e contratos no campo da Administração Pública e regulamentava o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal; (III) a Lei n.º 14.133/2021 (nova legislação de Licitações e Contratos Administrativos); e (IV) a Lei n.º 13.303/16, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Quanto à escolha dos livros acadêmicos, bem como dos artigos científicos utilizados neste trabalho, critérios de exclusão foram estabelecidos: (I) exigência de as obras contarem com até três autores e de pelo menos um deles ser mestre, doutor ou exercer, ou ter exercido, cargo de natureza jurídica; (II) necessidade de os livros possuírem ISBN e de os artigos científicos estarem publicados em revista acadêmica com ISSN. Quanto ao espaço temporal previsto para esta pesquisa de revisão de literatura, 6 (seis) meses mostraram-se suficientes. No mês inicial, realizou-se o levantamento do referencial teórico; no segundo, houve a efetiva revisão de literatura; no quadrimestre remanescente, foram desenvolvidos os elementos pré-textuais e pós-textuais que integram o presente artigo.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, cujo fundamento são informações de cunho subjetivo sem perder de vista a profundidade necessária. Portanto, os dados obtidos com a presente pesquisa bibliográfica foram discutidos pelos respectivos autores, os quais levaram em consideração os aspectos mais relevantes para o tema em debate.

Por fim, para realização deste trabalho, a metodologia utilizada foi a de um artigo de revisão de literatura. Para Jonas Rodrigo Gonçalves (2019, p. 4), entende-se como artigo de revisão aquele de pequena extensão, passível de publicação em revistas acadêmicas, que se fundamenta em autores para embasar uma discussão.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA ORIGEM CONTRATUAL E SUA EXTENSÃO AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Existem indícios de que o contrato, no seu sentido mais primitivo, surgiu concomitantemente ao momento histórico da aparição do homem e seguiu, desse modo, o princípio romano *ubi societatis*, *ibi jus*. De fato, a organização dos seres humanos em tribos permite a presunção de que houve a estipulação de um comportamento a ser seguido nesses locais, sendo que, para integrar determinado grupo, as regras de convivência impostas deveriam ser acatadas. Ademais, antes mesmo de se falar em moeda, o sistema de trocas de produtos reinava nas relações comerciais e havia – mesmo que de forma tácita – para as partes pactuantes deveres e direitos (RIZZARDO, 2019).

Os conceitos estipulados nos Códigos francês e alemão permitiram o pensamento de um contrato em que a autonomia da vontade das partes prevalecesse, ou seja, em que elas (as partes)

pudessem discutir de forma livre e paritária as condições contratuais. No mundo negocial, os contratos cuja essência é eminentemente privada e paritária constituem apenas uma pequena parcela. De uma forma geral, são celebrados com pessoas físicas, jurídicas e com o Estado (GONÇALVES, 2020a, p. 26).

Nesse diapasão, Gagliano e Pamplona Filho (2020, p. 45) conceituam contrato como um negócio jurídico em que os envolvidos resolvem, com a restrição imposta pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social, acerca dos efeitos a atingir os seus respectivos patrimônios. Por óbvio, não haverá contrato com ausência de manifestação de vontade.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2023), a celebração de contratos pelo Estado-Administração ocorrerá sempre que houver compromissos recíprocos firmados com terceiros. Intitulados contratos da Administração, possuem como característica a presença do Poder Público em um dos lados da relação contratual.

De início, devem ser levadas em consideração as divergências doutrinárias que rodeiam o tema. Há posicionamentos no sentido de que contratos administrativos inexistem; alguns autores afirmam que qualquer contrato celebrado pelo Poder Público é, necessariamente, um contrato administrativo; e existem os partidários de que contratos administrativos são espécie de contratos acordados pela Administração.

Com amparo na justificativa de que os princípios da isonomia entre os pactuantes, da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), presentes nos contratos em geral, são inobservados nos contratos administrativos, os seguidores do primeiro posicionamento negam a existência dos contratos administrativos. Em relação ao primeiro princípio citado, afirma-se que, ante a supremacia estipulada à Administração sobre o particular, não há falar em igualdade entre os envolvidos. Sustentam, ademais, que a autonomia da vontade é inexistente, pois o Estado faz apenas o que lhe é imposto pela lei (princípio da legalidade administrativa), e o contratado, diferentemente, fica submetido às cláusulas fixadas de forma unilateral pelo Poder Público. Derradeiramente, no tocante ao princípio da força obrigatória das convenções, aduzem existir desrespeito, porquanto as cláusulas fixadas pela Administração são dotadas de mutabilidade, ou seja, permitem que alterações unilaterais sejam feitas pelo Poder Público (DI PIETRO, 2024).

Os adeptos ao segundo posicionamento entendem que basta a mera celebração de um contrato pela Administração para ele ser, por conseguinte, um contrato administrativo; não existiria contrato regido pelo direito privado, visto que a presença da Administração Pública em qualquer um dos polos do contrato, só por si, interfere no regime aplicado às contratações. Enfim, serão aplicáveis à competência, à forma, ao procedimento, à finalidade não as normas de direito privado, mas, sim, as de direito público (DI PIETRO, 2024).

Por derradeiro, o terceiro posicionamento, o qual é majoritário, sustenta que são contratos administrativos tão somente aqueles celebrados pelo Poder Público sob a égide das normas de direito público, ou seja, com a incidência de vantagens e prerrogativas advindas do princípio da supremacia do Estado. Logo, há de se admitir a celebração de contratos sob o regime de direito privado; citam-se, a título de exemplo, os contratos de locação e permuta celebrados pelo Poder Público, situações em que não haveria vantagens do Estado sobre o contratado. É importante dizer que, mesmo em contratos privados da Administração, a obrigatoriedade de licitar, a garantia de

isonomia nas contratações, bem como os demais princípios inerentes à atuação do Estado não devem ser ignorados (CARVALHO, 2020, p. 558).

Desse modo, os contratos da Administração devem ser encarados como um gênero por meio do qual a Administração Pública celebra quaisquer tipos de ajustes bilaterais. Nessa acepção, são espécies de contratos da administração os contratos administrativos (orientados pelas normas de direito público) bem como os contratos privados da administração (regidos pelas normas de direito privado).

Para Matheus Carvalho (2020, p. 559), por serem manifestações de vontade, os contratos administrativos visam à celebração de negócio jurídico; possuem sempre, em um dos polos dessa relação, o Poder Público, que atua, devido ao princípio da supremacia do interesse público, com privilégios outorgados diretamente pela lei, para se alcançar um fim coletivo. Assim, os contratos administrativos regem-se pelas regras de direito público, ou seja, as prerrogativas e limitações estatais estarão sempre presentes.

Noutro prisma, contratos privados da Administração são aqueles celebrados pela Administração Pública em condição de igualdade relativa com o contratado, regidos, em regra, pelo direito privado. Ressalte-se que, a despeito de a revogada Lei n.º 8.666/93 preceituar em seu artigo 62, § 3º, inciso I, a possibilidade de aplicabilidade das cláusulas exorbitantes aos contratos privados da Administração, a novel legislação (Lei n.º 14.133/2021) não previu expressamente essa possibilidade. Ao revés, apenas se limitou a dispor que os contratos regidos pela nova lei de licitações e contratos Administrativos serão reguladas por cláusulas e preceitos de direito público, de modo a aplicar, apenas supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 89, *caput*, da Lei n.º 14.133/2021).

3. BASES LEGAIS, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Tomando-se por base a posição cuja manifestação segue a linha de que contratos administrativos são espécie de contratos da administração, torna-se crucial delimitar o tema apenas aos contratos administrativos, não com análise de quaisquer contratos celebrados pelo Poder Público, mas tão somente daqueles em que é aplicável o regime jurídico-administrativo.

Leciona Carvalho Filho (2023) que, em sentido oposto ao da Constituição Federal anterior, a qual era silente acerca do assunto, a vigente (de 1988), prevê uma competência legislativa para tratar sobre contratos. Embora o texto da Constituição não especifique o tipo de contrato e se limite a dizer apenas “contratação”, certo é que tal expressão alberga todos os tipos de contrato.

O atual artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, que sofreu alteração pela Emenda Constitucional (EC) n.º 19/1998, preceitua que as normas gerais de licitação e contratação – qualquer que seja a modalidade adotada, para administrações públicas, diretas, autarquias e fundações públicas, de todas as esferas, contanto que obedeçam ao que dispõe o artigo 37, XXI, e para as estatais, conforme artigo 173, § 1º, III – serão legisladas de forma privativa pela União.

Até a EC n.º 19/1998, a competência para legislar sobre contratos administrativos pertencia a cada ente político (União, Estados, DF e Municípios). Atualmente, a União, como

visto anteriormente, é competente para editar as normas gerais, sendo permitida aos Estados e aos Municípios a edição de normas suplementares (DI PIETRO, 2024).

Atualmente, por ser a principal norma sobre a temática, é a Lei n.º 14.133/2021 – a qual revogou a Lei n.º 8.666/1993 – que dispõe acerca das normas gerais para licitações e contratos no campo da Administração Pública e que, agora, regulamenta a norma constitucional. Entretanto, em que pese à promulgação da novel legislação, há vários diplomas legais específicos que tratam de outras modalidades contratuais – por exemplo, a Lei n.º 8.987/95, a qual dispõe sobre a concessão e permissão de serviços públicos; a Lei n.º 11.079/2004, que regulamenta as Parcerias Público-Privadas, dentre outros diplomas legais (OLIVEIRA, 2023).

Deve-se ressaltar que, conforme o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, o estatuto jurídico das empresas estatais (e subsidiárias) exploradoras de atividade econômica será estabelecido por lei. Nessa senda, a fim de regulamentar o dispositivo constitucional, editou-se a Lei n.º 13.303/2016, a qual dispõe justamente sobre o estatuto a que a Constituição se refere. Por seu turno, quanto às normas referentes à licitação e aos contratos celebrados por empresas estatais exploradoras de atividade econômica, aplicar-se-á a Lei n.º 13.303/2016, porquanto a nova legislação de licitações e contratos administrativos assentou que, ressalvado o disposto no artigo 178 da Lei n.º 14.133/2021, este diploma legal não se aplica às empresas estatais e suas subsidiárias (artigo 1º, parágrafo primeiro, do novo Estatuto de Licitações).

No que tange ao conceito de contrato administrativo, ao contrário da Lei n.º 8.666/1993 (artigo 2º, parágrafo único), a nova legislação de contratos administrativos é silente quanto ao ponto. Por essa razão, a partir de uma releitura do mencionado dispositivo legal revogado, pode-se conceituar contrato administrativo como o ajuste firmado entre pessoa jurídica integrante da Administração Pública responsável pela contratação com pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, signatária de contrato com a Administração, com um acordo de vontades para que se forme vínculo e haja estipulação de obrigações recíprocas, independentemente da denominação utilizada.

Muito se discute sobre a possibilidade de contratos administrativos em que entidades estatais estejam presentes nos dois polos da relação contratual. Parte da doutrina sustenta a sua inviabilidade, dado que inviável em razão da comunhão/unicidade de esforços. Outrossim, permitir que uma entidade do Estado tenha certa superioridade em relação à outra mostra-se incoerente.

Essa lógica seria alcançada ao se notar que, como todo e qualquer contrato, os contratos administrativos possuem algumas características que lhes são inerentes. Pode-se afirmar que eles são sempre consensuais e, geralmente, formais, onerosos, comutativos e personalíssimos. Consensualidade significa dizer que advêm de manifestação de vontade das partes, e não de um ato unilateral e impositivo do Poder Público; em regra, são formais por necessitarem de requisitos especiais; são onerosos, pois há remuneração na forma convencionada; são comutativos, visto que estabelecem obrigações recíprocas e equivalentes às partes; e, por fim, diz-se que são personalíssimos, porquanto a execução contratual deve se dar pelo próprio contratado, e não se permite*, a priori*, a sua substituição por outrem (MEIRELLES, 2016, p. 240).

Ademais, parcela da doutrina elenca outras características, como a participação obrigatória, como contratante, do Poder Público; o objetivo de atender ao interesse público, a exigência de

prévia licitação, ressalvados os casos de contratação direta permitidos em lei, além da presença das cláusulas exorbitantes, as quais advêm da prevalência do interesse estatal (NOHARA, 2023).

4. PRERROGATIVAS OU CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Devido à prevalência do interesse estatal, a Administração goza de garantias especiais que a elevam a patamar superior ao do contratado. Tais poderes especiais são denominados de cláusulas de privilégio ou cláusulas exorbitantes. Essas cláusulas são princípios de direito público, e, se outrora eram enunciadas somente pelos estudantes do assunto, atualmente aparecem na legislação pátria como "prerrogativas" – artigo 104 da Lei n.º 14.133/2021. Assim, esses princípios são responsáveis por criar o arcabouço do regime jurídico de direito público, com aplicação substancial nos contratos administrativos – art. 89 do novo Estatuto (CARVALHO FILHO, 2023).

Assim, as cláusulas exorbitantes seriam aquelas ilícitas ou anormais se fossem localizadas em contratos celebrados entre particulares, visto que elas proporcionariam certa vantagem a uma das partes envolvidas. Nos contratos administrativos, essa prerrogativa, conferida apenas à Administração Pública, eleva o Poder Público a patamar superior quando em comparação com o contratado (DI PIETRO, 2024).

A referida cláusula, como exposto alhures, decorre primordialmente do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Nesse ínterim, não se deve permitir que o primeiro seja preterido por este último, uma vez que possui como propósito o alcance da sua finalidade maior, qual seja, o interesse público.

Para que as referidas cláusulas estejam presentes nos contratos administrativos, não se faz necessária a previsão contratual expressa, em virtude de serem cláusulas implícitas, pois decorrem de previsão legal. Por derivarem diretamente da legislação e estarem presentes, embora não expressamente previstas, nos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes não são cláusulas necessárias à formação do contrato (CARVALHO, 2020, p. 556).

Existe enorme divergência doutrinária a respeito de se considerar (ou não) a possibilidade de o Poder Público exigir garantia como uma cláusula exorbitante ou não. Entretanto, embora existam posicionamentos divergentes quanto ao instituto, certo é que ele deve ser analisado minuciosamente devido à sua importância teórica e prática àqueles que lidam com contratações públicas.

À luz do artigo 96 da Lei n.º 14.133/20241, o edital pode exigir, a critério da autoridade competente, a prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras, de modo a permitir ao contratado que opte por uma das seguintes modalidades : (i) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (ii) seguro-garantia; ou (iii) fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

Em regra, a garantia, quando prestada, não excederá 5% do valor inicial do contrato.

Entretanto, de forma excepcional, poderá haver a elevação desse percentual a 10% do valor do contrato quando o objeto for de alta complexidade técnica e considerável risco – artigo 98 da Lei n.º 14.133/2021. Finda a execução do contrato ou extinta por culpa exclusiva da Administração, deverá a garantia prestada ser liberada ou restituída ao contratado, conforme artigo 100 da nova Lei de Licitações (OLIVEIRA, 2023).

As cláusulas exorbitantes, previstas no artigo 104 da Lei n.º 14.133/2021, são potestades do Poder Público, por meio das quais são permitidas a modificação e a extinção unilateral do acordo celebrado, assim como a fiscalização da execução contratual; pode-se, ainda, ocupar temporariamente os bens do contratado, de forma a garantir a continuidade da atividade pública e aplicar penalidades.

Por isso, com a autorização dada pela lei, a Administração pode realizar modificações no objeto contratual com o fito de adequação às finalidades de interesse público. Essas alterações realizadas de forma unilateral poderão ser tanto de natureza qualitativa como quantitativa. Desse modo, pode haver mudanças do projeto ou até mesmo acréscimo ou supressão na quantidade do objeto contratual (MAZZA, 2024).

Para Mazza (2024), por modificações qualitativas entende-se a capacidade de a Administração Pública alterar o projeto ou as suas especificações, desde que tais alterações não descaracterizem o objeto previsto no edital de licitação, a fim de melhor adequação técnica às suas finalidades, conforme disciplina o artigo 124, inciso I, "a", da novel legislação de licitações e contratos administrativos.

Por outro lado, as modificações quantitativas podem ser compreendidas como as possíveis alterações dos valores da contratação, as quais encontram limites em lei. Ante a previsão legal do artigo 125 da Lei n.º 14.133/2021, o contratado deve suportar, nas mesmas condições contratuais, as mudanças realizadas de forma unilateral pela Administração Pública, desde que se limitem a 25% do valor inicial atualizado do contrato, quer para acréscimo, quer para supressão. Significa dizer, portanto, que é dispensável a concordância do contratado quando se tratar das referidas mudanças quantitativas.

Todavia, em exceção à regra aludida, o mesmo dispositivo legal, em sua parte final, dispõe que, no contrato administrativo celebrado para reforma de edifícios ou equipamentos, a alteração realizada unilateralmente pela Administração pode chegar, em se tratando exclusivamente de acréscimos, a 50% do valor contratual. Assim, caso a Administração Pública queira reduzir o valor, aplicar-se-á a regra geral, qual seja, até 25% do valor do contrato.

Doutrinariamente, há quem sustente que os limites percentuais de 25% e 50% devem ser aplicados apenas às alterações quantitativas, com arrimo no artigo 125 da Lei n.º 14.133/2021, que se utiliza da expressão "acréscimos ou supressões" e induz a ideia de quantidade; assim, não se aceitaria, sob o aspecto da legalidade, o uso desse percentual nas alterações qualitativas. Em contrapartida, parte da doutrina defende que os referidos limites percentuais se aplicam também às alterações unilaterais qualitativas, sob a justificativa de que não existe, na norma que impõe os limites percentuais, a diferenciação apontada.

É sabido que, em regra, não se admitem alterações e rescisões unilaterais nos contratos celebrados entre particulares. Essa regra possui guarida no princípio da igualdade entre os

envolvidos, o qual rege as relações no campo do direito privado. Logo, esses contratos só poderão ser extintos de forma amigável ou após determinação do Poder Judiciário (ALMEIDA, 2022a).

Com precisão, Fabrício Bolzan de Almeida (2022a) adverte que a aludida igualdade é inexistente nos contratos administrativos, pois, como visto, a supremacia do interesse público coloca a Administração Pública em patamar superior em relação ao contratado, porquanto haverá incidência das prerrogativas em favor daquela.

Com fulcro no artigo 104, inciso II, da nova lei de Licitações, quando houver um permissivo legal, não há ilegalidade na hipótese de a Administração Pública extinguir o contrato administrativo de forma unilateral. Trata-se de prerrogativa especial conferida ao Poder Público, a qual é ausente nos contratos instruídos pelo direito privado.

Com efeito, os fundamentos que servem para extinção estão enumerados no artigo 137 do aludido diploma legal: 1) não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos; 2) desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior; 3) alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato; 4) decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado; 5) caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato; 6) atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto; 7) atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas; 8) razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante; e 9) não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

Segundo pondera Gasparini (2012, p. 842), é óbvio que um contrato celebrado terá como objetivo o seu total cumprimento. Ninguém celebra um contrato com o intuito de descumpri-lo. Entretanto, pode acontecer de, por inúmeros motivos, com ou sem culpa das partes, o contrato não ser executado (parcial ou totalmente). A inexecução, portanto, é o não cumprimento do contrato e pode decorrer ou não de culpa (*lato sensu*) da parte que deixou de cumprir a sua obrigação.

Com razão, o legislador se preocupou em normatizar, também, o inadimplemento da Administração Pública. Afinal, constitui interesse do contratado, ao firmar um contrato com a Administração, que as obrigações sejam cumpridas integralmente. Caso não haja o cumprimento das obrigações impostas ao Estado, mecanismos devem ser garantidos à parte contratada para que se permita o efetivo recebimento dos pagamentos devidos pelo Poder Público. Se não existissem esses meios, realizar transações com a Administração seria entendido como um mau negócio, uma vez que não haveria o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (VIEIRA, 2011, p. 10-11).

Questiona-se se o contratado pode deixar de prestar suas obrigações avençadas com o Poder Público e opor a chamada exceção do contrato não cumprido ou *exceptio non adimpleti contractus*. Essa exceção tem previsão legal – artigo 476 do Código Civil – e consiste na impossibilidade de a parte contratante exigir da parte contratada o cumprimento das obrigações sem que ela mesma

tenha cumprido as suas. No caso, a palavra "exceção" tem o sentido de "defesa", e pode, no direito privado, ser oposta pela parte que é instada pela outra, se esta for inadimplente em relação às suas obrigações (CARVALHO FILHO, 2023).

Prevalece atualmente o entendimento de que a exceção do contrato não cumprido é possível nos contratos administrativos, à luz da inteligência dos artigos 137, parágrafos segundo e terceiro, da Lei n.º 14.133/2021. Entretanto, o referido instituto não poderá ser invocado nos contratos que efetivamente envolvam serviços públicos ou atividades tidas como essenciais à coletividade (OLIVEIRA, 2023).

Nesse diapasão, Celso Spitzcovsky (2022) afirma que é o princípio da continuidade dos serviços públicos que proíbe a interrupção de serviços tidos por essenciais, pois a sua paralização geraria graves prejuízos aos interesses da coletividade. Embora o referido princípio não encontre previsão expressa na Constituição Federal, ele se ampara no artigo 6º, parágrafo primeiro, da Lei n.º 8.987/95.

Não se tratando de contratos que efetivamente envolvam serviços públicos ou atividades essenciais, o contratado, esteado pelo artigo 137, § 2º, do Estatuto de licitações, terá o direito à extinção do contrato em cinco situações, a saber: 1) supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido; 2) suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses; 3) repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas; 4) atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos; e 5) não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

É de notar que a nova Lei de Licitações, quanto ao ponto em debate, trouxe algumas alterações em relação à revogada Lei n.º 8.666/1993. A primeira diz respeito à extinção do contrato em razão da suspensão por ordem da Administração (artigo 137, § 2º, inciso II, do Estatuto). Antes, a legislação admitia o término do contrato após 120 dias após a suspensão. Agora, a Lei n.º 14.133/2021 permite o desfazimento do contrato após 3 meses de suspensão ou após sucessivas suspensões que alcancem 90 dias úteis. A segunda novidade é atinente à possibilidade de extinção do contrato em razão do atraso do pagamento pela Administração Pública. A Lei n.º 8.666/1993 admitia a rescisão nos atrasos superiores a 90 dias. Lado outro, a novel legislação passou a autorizar a extinção nos atrasos superiores a 2 meses, contados da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos (OLIVEIRA, 2023).

Deve-se ressaltar, contudo, que o novo Estatuto de Licitações também tratou da responsabilização civil da Administração Pública. Nos termos da novel legislação (artigo 138, parágrafo segundo), a responsabilidade e, por arrastamento, o dever de indenização ocorrerá

apenas nos casos em que ficar demonstrada a culpa exclusiva da Administração.

Ainda existem amplas discussões doutrinárias acerca do direito (ou não) de o contratado receber os chamados lucros cessantes por eventual rescisão contratual pela Administração Pública. Sabe-se que as perdas e os danos, em uma exegese do artigo 402 do Código Civil brasileiro, englobam tanto os lucros cessantes quanto os danos emergentes.

Os lucros cessantes são conceituados pela doutrina como a frustração da expectativa de lucro, ou seja, trata-se de um ganho esperado que foi perdido. Entende-se por dano emergente o prejuízo imediato, efetivo, ou seja, a diminuição do patrimônio suportada pela vítima. Cite-se como exemplo o caso de uma reparação feita pelo próprio proprietário do veículo em decorrência de dano causado por outrem. Assim, pode-se dizer que dano emergente é o patrimônio da vítima antes do ato ilícito subtraído pelo patrimônio que passou a ter depois da ocorrência do ato ilícito (GONÇALVES, 2020b, p. 417-418).

As referidas verbas em debate devem ser pagas, consoante entendimento majoritário. Logo, a indenização por lucros cessantes é assegurada ao contratado, pois eles eram garantidos ao particular antes da rescisão do contrato. Por esse motivo, inadmite-se a supressão unilateral desse direito pela Administração, sob a justificativa de oportunidade e conveniência (JUSTEN FILHO, 2014, p. 565-566).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se posicionou sobre a temática discutida. Segundo decidido, quando a Administração Pública rescinde o contrato administrativo unilateralmente sob o pretexto de interesse público, deve indenizar o contratado pelos danos daí oriundos, considerados não apenas os danos emergentes, mas, também, os lucros cessantes (REsp n. 1.240.057/AC, Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 21/9/2011).

Quanto à fiscalização contratual, sabe-se que a Administração contratante bem como o particular contratado devem executar fielmente o contrato, sendo que o pagamento pela execução será feito pela Administração após a devida aferição do perfeito cumprimento das obrigações do contrato. Portanto, o Poder Público, além de fiscalizar se o contratado está cumprindo fielmente as suas obrigações, deve cumprir com as suas igualmente (ARAGÃO, 2013, p. 374).

Conforme leciona Irene Nohara (2023), a Lei n.º 14.133/2021, em seu artigo 117, determina que a execução contratual seja fiscalizada e acompanhada por um ou mais fiscais, os quais serão representantes da Administração, especialmente designados nos termos da lei, ou pelos respectivos substitutos, não havendo vedação à contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com relatos pertinentes a essa tarefa.

Acerca da fiscalização exigida por lei, Carlos Wellington Leite de Almeida (2022b) faz pertinente ponderação acerca da contratação de terceiros. Afirma o autor que a despeito da possibilidade de contratação de terceiros para assistência, a responsabilidade primária da tarefa fiscalizatória será sempre da Administração, incluindo-se o fiscal do contrato.

Ademais, o artigo 118 da nova Lei de Licitações exige que o contratado mantenha preposto aceito pela Administração no local da obra ou do serviço para representá-lo na execução contratual. Logo, o preposto será o responsável por orientar a conduta do pessoal contratado, de forma que o Poder Público, a fim de afastar qualquer interpretação de vínculo de subordinação, deve se abster de conduzir de forma direta os empregados da contratada, ressalvadas as situações de falta grave,

que justifique uma imediata e direta interferência do fiscal (ALMEIDA, 2022a).

Haverá consequência se o objeto contratual não for executado da forma prevista. Caso não haja o atendimento das determinações feitas pela autoridade competente para fiscalizar e acompanhar a execução do contrato, isso, só por si, constitui uma causa relevante e suficiente para a extinção do contrato pela Administração, conforme disciplina o artigo 137, inciso II, da Lei n.º 14.133/2021 (NOHARA, 2023).

No que corresponde à prerrogativa de ocupação temporária de bens do contratado, ela é entendida como uma cláusula exorbitante proveniente do poder de fiscalização e acompanhamento do contrato, de forma a impedir a paralisação dos serviços públicos tidos por essenciais, a fim de que se garanta a continuidade da prestação desses serviços, pois, caso contrário, poderia sobrevir uma ofensa ao princípio da continuidade da prestação do serviço público. Aliás, ressalte-se que tanto os bens móveis quanto os bens imóveis poderão ser objeto de ocupação temporária, e pode tal prerrogativa incidir sobre pessoal e serviços que se vinculam ao objeto contratual (ALMEIDA, 2022a).

Quanto à prerrogativa de aplicar sanções, verifica-se que a Lei n.º 14.133/2021, em seu artigo 156, enumera uma série de penalidades possíveis para o caso de inexecução contratual. Gradativamente, pode-se afirmar que as sanções mais leves são as de advertência e multa, enquanto as penalidades de suspensão temporária para concorrer em procedimentos licitatórios, impedimento para contratar com o Poder Público e declaração de inidoneidade constituem sanções mais graves. (CARVALHO FILHO, 2023).

A advertência constitui uma das penalidades cabíveis na hipótese de o contratado deixar de cumprir parcialmente o acordo ou contrato pactuado com a Administração Pública. Noutras palavras, a sanção de advertência será aplicada exclusivamente pela infração ao artigo 155, inciso I, da nova Lei de Licitações, caso não se justifique a imposição de penalidade mais gravosa.

Quanto à multa, prevista no artigo 156, inciso II, do novo Estatuto de Licitações, o parágrafo terceiro do referido dispositivo legal estipula que ela deve ser calculada na forma do edital ou do contrato, não podendo ser inferior a 0,5% nem superior a 30% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 do diploma legal. Com efeito, na hipótese de a multa ser superior ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, o parágrafo oitavo do artigo 156 da Lei determina que, além da perda desse valor (multa), a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

Resta pertinente destacar a possibilidade ou não de cumulação da sanção de multa com quaisquer das outras penalidades arroladas no artigo 156 da Lei n.º 14.133/2021. Verifica-se que, com a expressa previsão legal no parágrafo sétimo do mesmo dispositivo legal, todas as punições estampadas no artigo 156 poderão ser cumuladas com a penalidade de multa. Portanto, não há entrave para a cumulação das demais sanções com a multa.

Pelo princípio da autonomia da vontade, nos contratos pactuados entre particulares, vale dizer, sem a interferência direta do Estado no conteúdo e na disciplina de determinado contrato, usual é a presença das chamadas cláusulas penais. Essas cláusulas prescrevem sanções e fixam obrigação de pagar pena ou multa, a fim de garantir que as partes cumpram integralmente a

obrigação inicialmente avençada.

A cláusula penal (pena convencional ou multa contratual) é pactuada pelas partes como forma de evitar o descumprimento ou o inadimplemento do contrato e possui relação intrínseca com o princípio da autonomia privada. A cláusula em questão é uma obrigação acessória e tem como objetivo garantir o cumprimento total da obrigação principal, em que se fixa, de modo antecipado, o valor referente às perdas e aos danos que podem decorrer de eventual descumprimento contratual (TARTUCE, 2020).

É imperioso ressaltar, ademais, que, conforme dicção do artigo 104 da nova lei geral de licitações e contratos administrativos, a imposição de penalidades ao particular inadimplente não é um abuso estatal, mas uma prerrogativa da Administração Pública. Todavia, as denominadas cláusulas exorbitantes não se destinam à prática de condutas ilegais e abusivas contra o contratado e, se assim ocorrer, o ato da Administração poderá ser objeto de correção, seja administrativa ou mesmo judicialmente (CARVALHO FILHO, 2023).

Isto posto, a Administração Pública, por ato administrativo, não tem apenas a faculdade, mas, sim, o dever de impor, quando necessário, de forma unilateral, aquelas sanções com previsão contratual ou as previstas diretamente na lei, nos regulamentos ou em outras normas jurídicas a que as contratações administrativas estejam submetidas (ARAÚJO, 2018, p. 775).

Insta salientar que a nova Lei de Licitações trouxe, nos incisos do parágrafo sexto do artigo 156, regras atinentes à imposição da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar: quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade (inciso I); e quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I, na forma de regulamento (inciso II).

Percebe-se que a legislação cuidou de indicar expressamente as autoridades competentes para aplicar a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, sem se debruçar, todavia, sobres as demais sanções. Logo, à míngua de norma expressa acerca da atribuição para imposição das penalidades de advertência, multa e impedimento de licitar e contratar (suspensão temporária), entende-se que elas poderão ser aplicadas pela própria comissão processante.

Acerca da extensão territorial dos efeitos das sanções de impedimento de licitar e contratar, bem como de declaração de inidoneidade, havia ao menos três correntes. A primeira sustentava o caráter restritivo para ambas as sanções, ou seja, os efeitos eram limitados ao ente sancionador, ante a autonomia federativa e o princípio da competitividade aplicável às licitações; a segunda, por sua vez, defendia que os efeitos da penalidade de impedimento de licitar e contratar produziria efeitos restritivos, enquanto aqueles da declaração de inidoneidade incidiria a todo o território nacional (efeitos extensivos); por fim, a terceira corrente – adotada pelo STJ antes advento da nova lei de licitações e contratos administrativos – apontava o caráter extensivo dos efeitos de ambas as sanções.

Com a Lei n.º 14.133/2021, a celeuma acerca da extensão territorial das referidas sanções foi

resolvida. Em uma interpretação dos parágrafos quarto e quinto do artigo 156 da novel legislação, a sanção de impedimento de licitar terá efeito territorial (ou espacial) restritivo, de modo a impedir a participação da empresa punida apenas em licitações e contratações no âmbito da Administração Pública (direta e indireta) do ente federativo que aplicou a penalidade. Por outro lado, em se tratando de declaração de inidoneidade, essa sanção terá efeito espacial extensivo, ou seja, aplicar-se-á a todos os entes federativos, não se restringindo àquele sancionador (OLIVEIRA, 2023).

Quanto a outro possível efeito decorrente da declaração de inidoneidade, destaca Fabrício Bolzan de Almeida (2022a) que, consoante posicionamento consolidado do STJ no sentido de que os efeitos da referida penalidade sejam prospectivos, isto é, não atingem contratos em andamento, nada impede de a Administração Pública extinguir um contrato ao tomar conhecimento de uma penalidade imposta ao contratado. Essa possível extinção terá como fundamento a quebra dos requisitos da habilitação, os quais devem permanecer vigentes durante toda a execução contratual, conforme dicção do artigo 92, inciso XVI, do novo Estatuto de Licitações.

Ainda quanto à penalidade de declaração de inidoneidade, deve-se relembrar que a Lei n.º 8.666/1993 não indicava qualquer prazo duração para a sanção – o que poderia gerar uma interpretação temerária, ante a vedação constitucional de punições de caráter perpétuo. Agora, sob a égide da Lei n.º 14.133/2021, essa sanção será mantida por, no mínimo, 3 anos e, no máximo, 6 anos, nos termos do parágrafo quinto do artigo 156.

De igual maneira à legislação revogada (Lei n.º 8.666/1993), a Lei n.º 14.133/2021 também prevê a possibilidade de reabilitação do contratado. No entanto, alguns requisitos devem ser cumpridos de forma cumulativa, a saber: 1) reparação de forma integral do dano causado à Administração Pública; 2) pagamento da multa; 3) transcurso do prazo mínimo de 1 ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; e 4) cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; e 5) análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos no artigo 163 da Lei n.º 14.133/2021.

Quanto ao instituto da reabilitação, a nova legislação de licitações a disciplinou de forma similar à lei anterior, entretanto alterações foram realizadas. Na revogada legislação, a reabilitação era restrita à declaração de inidoneidade (artigo 87, inciso IV); na novel, é aplicável, também, à penalidade de impedimento de licitar. Outrossim, alterou-se o prazo mínimo para que o declarado inidôneo requeira a sua reabilitação. A Lei n.º 8.666/1993 fixava o prazo mínimo de 2 (dois) anos, enquanto a nova legislação ampliou o prazo para 3 (três) anos. Quanto ao pedido de reabilitação na hipótese de penalidade de impedimento de licitar, a Lei n.º 14.133/2021 passou a exigir o transcurso de, no mínimo, 1 ano da aplicação da sanção (OLIVEIRA, 2023).

Derradeiramente, questiona-se, ainda, sobre a possibilidade de a primeira sanção administrativa aplicada ser a mais grave, isto é, aplicar-se a penalidade mais rígida antes de outra mais branda. A doutrina majoritária inclina-se ao entendimento de que há essa possibilidade, desde que se garantam a ampla defesa e o contraditório; inexiste, portanto, uma ordem legal de sanções a ser imposta.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo se dedicou a apresentar algumas considerações acerca dos contratos administrativos, com foco nos efeitos trazidos pelas cláusulas exorbitantes. Sabe-se que a Administração Pública, quando exerce suas atividades, vale-se, em regra, de prerrogativas especiais para que se atinja o interesse público. Desse modo, essas prerrogativas obstam que o interesse privado prevaleça sobre o público.

Este trabalho partiu da seguinte problemática: as cláusulas exorbitantes, nos contratos administrativos, permitem um tratamento diferenciado entre o Poder Público e o contratado? Assim, analisou-se se realmente havia um tratamento mais vantajoso aos entes estatais em desfavor da parte contratada, em virtude da mera presença das cláusulas exorbitantes.

O objetivo geral deste artigo foi examinar o tratamento dado pelas cláusulas exorbitantes às partes pactuantes e realizar breves comparativos com a legislação revogada, que disciplinava o tema. É comum que, nas relações contratuais regidas pelo direito público, o Estado-Administração possua privilégios não extensíveis ao contratado. Por sua vez, os objetivos específicos foram expor o conceito de contratos administrativos bem como analisar seus fundamentos normativos; tecer comentários sobre as suas características; e, ao fim, discorrer, individualmente, acerca de cada uma das referidas cláusulas.

Por ser tão presente cotidianamente, este tema merece ser debatido profundamente. Nesse diapasão, este artigo se mostrou importante para inúmeras áreas – por exemplo, para a ciência jurídica, pois os contratos administrativos são o instrumento mais utilizado pelo Estado para contratar serviços ou comercializar bens. Entender a sua dinâmica é essencial àqueles que lidam com contratações públicas. Importa também para a sociedade, na medida em que as atuações estatais influenciam direta ou indiretamente na vida de cada indivíduo.

Conclui-se, portanto, que a Lei n.º 14.133/2021, a qual revogou a Lei n.º 8.666/1993, trouxe alterações relevantes ao ordenamento jurídico. A despeito de reproduzir as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos previstas na revogada legislação, a novel legislação buscou aperfeiçoar as cláusulas de privilégio conferidas à Administração Pública, de forma a eliminar termos de caráter subjetivo e implementar dispositivos legais que evitam a perpetração de abusos pelo Poder Público.

Dessarte, a produção deste artigo possibilitou uma melhor compreensão acerca das prerrogativas estatais nas relações contratuais sob o regime de direito público e permitiu um estudo analítico sobre as características dos contratos administrativos. Desse modo, demonstrou-se como ocorre o tratamento diferenciado dado à Administração Pública em relação ao contratado nos contratos administrativos, bem como se explicou a razão da utilização do referido tratamento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022a.

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de Almeida. Fiscalização contratual na Lei n.º 14.133/2021:

governança e resultado na execução de contratos administrativos. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 1, n. 150, p. 85-111, 2022b.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.html. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.html. Acesso em: 24 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.html. Acesso em 24 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.html. Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.html. Acesso em: 24 mar. 2024.

BRASIL. *Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.html. Acesso em: 27 mar. 2024.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 37. ed. Barueri/SP: Atlas, 2023.

COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020b.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. *Manual de projeto de pesquisa.* 2. ed. Brasília: Instituto Processus, 2020c.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. *Revista JRG de Estudos Acadêmicos*, Ano II, Vol. II, n.5, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2014.

MAZZA, Alexandre. *Curto de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Direito Administrativo*. 12. ed. Barueri/SP: Atlas, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*: teoria e prática. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Os contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 68-91, jan. 1990.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. (Coleção Esquematizado).

TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das obrigações e responsabilidade civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VIEIRA, Antonio Paulo Kubli. Inadimplemento da administração pública em contratos administrativos: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Revista Discente DIREITO GV - redGV*, v. 1, n. 1, p. 9-26, dez. 2011.

Recebido em: 17.05.2021
Aprovado em: 22.03.2024
Última versão dos autores: 19.04.2024

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmaram que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): Gonçalves, J. R.; Batista, Y. C. Contratos administrativos: cláusulas exorbitantes e sua relação com o princípio da supremacia do interesse público à luz da Lei 14.133/2021. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, 33 (2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.13051. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/13051/version/17131**.** Acesso em: 28 maio. 2024.

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Reflexões acerca da interrupção do fornecimento de serviço público diante da tutela do consumidor como direito fundamental

Adriano Stanley Rocha Souza [1]
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUCMG,
Belo Horizonte/MG, Brasil
E-mail: stanley@pucminas.br

Lucas Câmara de Assis [2]
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUCMG,
Belo Horizonte/MG, Brasil
E-mail: adv.lucasassis@outlook.com.br

Resumo: O presente estudo visa analisar a sistemática acerca da interrupção do serviço público frente aos regramentos previstos na Lei 8.078/1990 e aos princípios constitucionais. Pretende-se apontar, neste trabalho, a partir de um enfoque metodológico com abordagem dedutiva, que a interrupção do serviço público por inadimplência do consumidor é inconstitucional. Assim, aspira-se esta pesquisa pela exclusão da possibilidade de interrupção de prestação de serviço público essencial por inadimplência, baseando-se na sistemática da lei consumerista como base principiológica e conforme a dignidade da pessoa humana. Para chegar-se nesse resultado, foi preciso avançar nos estudos da constitucionalização do Código de Defesa do Consumidor, bem como entender sua natureza jurídica, e toda sorte de princípios que protegem o consumidor frente ao arbítrio do fornecedor pessoa jurídica de direito público.

Palavras-chave: Consumidor. Princípio da Continuidade. Serviço Público.

Reflections about the interruption of public service supply in the face of consumer protection as a fundamental right

Abstract: The present study aims to analyze the systematics about the interruption of the public service in view of the rules provided for in Law 8.078/1990 and the constitutional principles. It is intended to point out, in this work, from a methodological approach with a deductive approach, that the interruption of the public service due to consumer default is unconstitutional. Thus, this

1 Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2003). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1999). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1996). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6754423936548150. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7046-4802. E-mail: adv.lucasassis@outlook.com.br

2 Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2023) - Bolsista Fapemig (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais). Professor universitário na Rede Funorte das disciplinas de direito civil e empresarial e advogado com atuação no direito privado. É pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti (2022). É pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Elpídio Donizetti (2020). Graduado em Direito pelo IESA (2019). ORCID: https://orcid.org/0009-0007-2931-5750. E-mail: adv.lucasassis@outlook.com.br

research aspires to exclude the possibility of interruption of the essential public service due to default, based on the systematics of the consumerist law as a principled basis and in accordance with the dignity of the human person. To arrive at this result, it was necessary to advance in the studies of the constitutionalization of the Consumer Protection Code, as well as to understand its legal nature, and all sorts of principles that protect the consumer against the discretion of the supplier, a legal entity governed by public law.

Keywords: Consumer. Continuity Principle. Public service.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que Constituição da República foi tímida e acanhada ao dispor sobre a proteção dos consumidores. Contudo, o texto constitucional estabeleceu que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII, CF), além de ter positivado um rol extenso de direitos fundamentais que ao consumidor também aproveita.

Assim, o texto constitucional distinguiu de grande importância a defesa do consumidor, inserindo tal proteção entre os direitos fundamentais, de forma que é possível afirmar, sem medo de errar, que o consumidor é titular de direitos constitucionais fundamentais. Aliado a esse grande avanço social, é bom lembrar que o art. 170, inciso V do mesmo texto, eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica.

Pouco tempo depois da promulgação da nossa Constituição de 1988, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, regulando uma relação obrigacional desigual, pois de um lado tem-se o consumidor, parte fraca, vulnerável, e, do outro, o fornecedor, com domínio das técnicas de produção, venda e com forte aparato jurídico e técnico. Ora, se o fornecedor é detentor de tanta força, o que se deve pensar daquele fornecedor pessoa jurídica de direito público?

A referida lei não só a incluiu no conceito de fornecedor como, em seu art. 22, faz menção expressa aos serviços públicos essenciais, impondo aos órgãos públicos, bem como às suas empresas concessionárias e permissionárias ou sob qualquer outra forma de delegação, a obrigação de prestar serviço adequados e de bom funcionamento e, no que concerne aos essenciais, contínuos.

Esse dispositivo legal foi responsável por consagrar o princípio da continuidade do serviço público essencial. Portanto, entende grande parte da doutrina garantista que estes serviços, sob qualquer hipótese, não podem ser interrompidos, pois tal interrupção pode comprometer a sobrevivência, a saúde e a segurança do cidadão/consumidor.

Dessa forma, o presente trabalho visa estudar a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a relação do uso de serviços públicos *uti singuli*, buscando examinar a relação consumerista e os direitos do consumidor desses serviços, à luz da dignidade da pessoa humana. Os autores valem-se dos métodos lógico, dedutivo e comparativo para debater a controvérsia presente nesta pesquisa, qual seja: a exigibilidade da continuidade do serviço público ante a inadimplência do usuário.

2. A INSPIRAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUA NATUREZA JURÍDICA

O Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90) é um subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro, inaugurando um novo modelo jurídico no ordenamento pátrio. É uma lei principiológica e um código por determinação constitucional (art. 48 do ADCT/CF), que serve para regular qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo, ainda que tal relação já esteja regida por outra lei infraconstitucional.

É, portanto, o Código de Defesa do Consumidor uma norma principiológica, diante da proteção constitucional dos consumidores, que consta, especialmente, do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, ao enunciar que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Dessa forma, no exemplo dado pelo professor da PUC-SP, um contrato de seguro de automóvel, normalmente regulado pelo Código Civil, estará tangenciado pelos princípios e regras que advêm do Código Consumerista. Assim sendo, no confronto de normas, aquilo que colidir com a lei 8.078/90 perde a eficácia e torna-se nulo de pleno direito (NUNES, 2018).

Nesse prisma, a lei consumerista possui prevalência contínua sobre as demais normas, pois devem as leis setorizadas disciplinar suas matérias em consonância e em obediência aos fundamentos do CDC.

É importante destacar também que o elemento de ligação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição é forte, pois aquele acaba por trazer para o plano infraconstitucional uma série de comandos que o Poder Constituinte Originário consagrou no bojo da carta magna: princípio da igualdade (art. 5º, caput e inciso I, CF), garantia da honra, privacidade, intimidade, propriedade, imagem, bem como a responsabilização em caso de violação (art. 5º, inciso V c/c incisos X e XXII, CF), direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social entre tantos outros direitos sociais (art. 6º, CF), e como não poderia deixar de ser, o direito à prestação de serviços públicos essenciais com eficiência, publicidade, impessoalidade e moralidade (art. 37, caput, CF).

Os direitos básicos do consumidor, ademais, estão expostos no art. 6º do CDC. Tais direitos constituem os interesses mínimos relacionados aos Direitos Fundamentais universalmente consagrados:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
> II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
> III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
> IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
> VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
> IX - (Vetado);
> X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.
> XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;
> XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;
> XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso.
> Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento (BRASIL, 1990).

Insta ressaltar que o rol trazido pelo art. 6º do CDC é meramente exemplificativo: outros direitos podem ser constatados ao longo do Código Consumerista ou presumidos em razão da interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados ali contidos.

Da leitura do artigo, constata-se, por sua vez, que a eficiência na prestação dos serviços públicos é não apenas um princípio fundamental, mas um direito básico do consumidor. Assim, se para a iniciativa privada a Carta Magna guardou os princípios gerais da atividade econômica, obrigando o empreendedor a assumir riscos e oferecer produtos de qualidade e preços razoáveis, para os serviços públicos, lado outro, o texto constitucional reservou a eficiência (NUNES, 2018).

Dispõe o art. 37 da Constituição Federal:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Assim também prevê a Constituição:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II - os direitos dos usuários;
> III - política tarifária;
> IV - a obrigação de manter serviço adequado (BRASIL, 1988).

Da análise sistematizada, é possível entender que à obrigatoriedade da adequação do serviço público se soma a eficiência, pois a redação do caput do art. 37 da Constituição Federal foi realizada somente pela Emenda Constitucional n. 19, do ano de 1998.

É correto, pois, afirmar que não basta, agora, que o serviço seja adequado, mas precisa, também, ser eficiente. Eficiente é aquilo que funciona, aquilo que é forte e hábil. Contudo, para que se possa fazer incidir os ditames da lei 8.078, é necessário que haja, na relação jurídica, um consumidor (art. 2º do CDC) e um fornecedor (art. 3º).

Também a CRFB/88 em seu art. 5º, especificamente em seus incisos LIV e LV, estabelece que:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988).

Há, no mesmo sentido de proteção, a garantia de que não haverá qualquer forma de coação ou ameaça por parte do credor, com o intuito de o devedor saldar sua dívida, como se vê do art. 42 do CDC, que sustenta que: "na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça." (BRASIL, 1990).

Com essas considerações anteriores, passar-se-á ao conceito de relação de consumo e serviço público essencial.

2.1 A relação de consumo

O art. 2º do CDC diz que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. A locução "destinatário final" é a chave para a identificação da pessoa como consumidora e, considerando seu caráter de conceito jurídico indeterminado, foram criadas três teorias acerca de sua interpretação: a teoria maximalista, teoria finalista clássica e a teoria finalista mitigada.

De maneira geral, pode-se falar que para a teoria finalista clássica, reputa-se consumidor toda pessoa física ou jurídica que se vale de um bem como destinatário fático e econômico. Por outro lado, em apartada síntese, para a teoria maximalista, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que utiliza um bem como destinatário fático.

Quanto às divergências entre a teoria maximalista e a teoria finalista, respectivamente, destaca-se que:

> A primeira corrente busca uma interpretação extensiva do CDC, para vê-lo aplicado em todas as relações nas quais o produto ou serviço é retirado do mercado. Interessa aqui a destinação fática do bem, não importando se o produto ou serviço será reutilizado na cadeia produtiva. Ao revés, os finalistas pretendem a aplicação do microssistema de proteção do consumidor levando em consideração a destinação fática e econômica do bem, vale dizer, o CDC seria aplicado àqueles que não utilizam os produtos ou serviços como insumos de produção, não podendo os produtos ou serviços ser reutilizados na cadeia produtiva (NOVAIS, 2008, p. 131).

A teoria finalista mitigada, por sua vez, trata como consumidor toda pessoa física ou jurídica que se vale de um bem como destinatário final fático e econômico. Entretanto, prevê a possibilidade de mitigação da rigidez do caráter cumulativo nas hipóteses em que houver vulnerabilidade na relação travada entre o potencial consumidor e o potencial fornecedor, ocasião em que bastará que a pessoa física ou jurídica seja tida como destinatária final fática para que seja reputada como consumidora. É esta a teoria adotada pelo STJ (AgInt no AREsp 1545508/RJ).

Por último, ainda no conceito de consumidor, vislumbra-se o conceito de consumidor por equiparação, por força do contido no parágrafo único do art. 2º e nos artigos 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Já no âmbito do fornecedor, o conceito legal está esculpido no art. 3º do CDC, que diz que toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços é fornecedor.

O conceito é amplo e não excludente, incluindo, assim, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias e os órgãos da Administração direta.

Nesse sentido, conclui-se que "qualquer sujeito de direito pode ser considerado fornecedor, desde que exerça profissionalmente e de forma preponderante a atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo" (LISBOA, 2012, p. 24).

Do ponto de vista objetivo, a lei consumerista ainda nos parágrafos 1º e 2º de seu art. 3º deu definições de caráter exemplificativo acerca do que deve ser considerado produto (§ 1º) e do que deve ser considerado serviço (§ 2º). Note-se que a abertura do conceito de produto, incluindo bens móveis e imóveis, assim como materiais ou imateriais, amplia sua incidência, abarcando, por exemplo, o segmento imobiliário e as relações jurídicas que abrangem a produção intelectual.

No mesmo sentido, a dicção do conceito de serviço também é ampla e de caráter não taxativo, incluindo, por exemplo, a atividade bancária (Súmula 297 do STJ) entre outras amplas formas de atividades de prestação de benefícios ou de vantagens.

Nessa linha, Tribunais Superiores já entenderam que se aplica o CDC aos contratos de administração imobiliária (REsp 509.304), bem como aos contratos de mercado de ações, corretagem de valores e títulos imobiliários (REsp 1.599.535), aos contratos do Sistema Financeiro de Habitação, aos empreendimentos habitacionais realizados por sociedades cooperativas (Súmula 602 do STJ), às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo apenas nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas (Súmula 563 do STJ). Também já ficou consignado que se aplica o CDC ao condomínio de adquirentes de edifício em construção, nas hipóteses em que atua na defesa dos interesses dos seus condôminos frente a construtora ou incorporadora (REsp 1.560.728).

Lado outro, não se aplica o CDC nos contratos de franquia, por ser contrato empresarial (REsp 1.602.076) ou aos contratos administrativos, tendo em vista que a Administração Pública já goza de outras prerrogativas asseguradas em lei, assim, a fiança bancária acessória a um contrato administrativo também não representa uma relação de consumo (REsp 1.745.415). Discussões envolvendo DPVAT (REsp 1.635.398) e nos contratos de transporte de insumos também não se

aplica o CDC (REsp 1.442.674).

De todo modo, o legislador quis incluir no rol dos fornecedores a pessoa jurídica pública (ou a pessoa jurídica privada que presta serviço público por meio de concessão ou permissão), bem como ao definir "serviço" no §2º do art. 3º, apenas excetuou os serviços sem remuneração e as relações regidas pela CLT. É claro que a intenção foi justamente evitar que o Poder Público e suas delegatárias pudessem invocar, como matéria de defesa, a não subordinação da relação jurídica subjacente ao CDC.

A posição predominante é a de que se aplica o CDC às relações entre usuários e concessionárias de serviços públicos, independentemente da natureza de sua remuneração (MARQUES, 2010). Da mesma forma:

> Trata-se de relação de consumo, haja vista as partes estarem inseridas nos conceitos de fornecedor e consumidor previstos no Código de Defesa do Consumidor. Aplicam-se ao caso em exame as regras de proteção do consumidor, inclusive as pertinentes à responsabilidade objetiva na prestação dos serviços (art. 2º, 3º e 14 do CDC). 2. Narram os autos situação de assédio sexual vivenciada por usuária do serviço da Companhia do Metropolitano do Distrito Federal, Metro, DF, que não obteve no momento e logo após o fato ocorrido, o devido e adequado atendimento e auxílio por parte dos funcionários da companhia, que nada fizeram ao tomar conhecimento dos fatos ocorridos, por alegada insuficiência de servidores e ausência de seguranças. (...) 5. Tratando-se de serviço público ut singuli, caracterizado pela individualidade da sua prestação e contraprestação, ainda quando ofertado por ente paraestatal, são aplicadas as normas protetivas do CDC, entre as quais a segurança que razoavelmente se pode esperar para o modelo de transporte de que se cuida. (BRASIL. Acórdão 1117085, 07271093520178070016, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do DF, data de julgamento: 14/8/2018, publicado no DJe: 21/8/2018).

A jurisprudência do STJ, portanto, é pacífica no sentido de que os serviços públicos de fornecimento de água potável prestados por concessionárias são regidos pelo CDC. Logo, o prazo de prescrição para o consumidor pleitear reparação por falha na prestação do serviço é de cinco anos (STJ - AgInt no REsp: 1772789 SP 2018/0265067-8, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 16/03/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2020).

À vista disso, os elementos da relação de consumo podem, então, ser classificados em subjetivos e objetivos. Os elementos subjetivos são aqueles relacionados aos sujeitos dessa relação jurídica (consumidor e fornecedor, aqui incluído o Poder Público), enquanto os objetivos são aqueles relacionados ao objeto das prestações ali surgidas (produtos e serviços, aqui incluído o serviço público *uti singuli*).

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO E SEUS PRINCÍPIOS BASILARES

O conceito de serviço público não é tarefa para iniciante. Na visão da professora da PUC-SP, o serviço público é a atividade típica do Estado prestada no exercício da sua função administrativa, submetendo-se ao regime jurídico administrativo (HARB, 2017).

Segundo o critério subjetivo, o serviço público é aquele prestado diretamente pelo próprio Estado. Já pelo critério material, serviço público é a atividade que tenha por objeto a satisfação

de necessidades coletivas. Por fim, de acordo com o critério formal, o serviço público é aquele exercido sob regime jurídico de direito público derrogatório e exorbitante do direito comum (ALEXANDRE, 2017).

Contudo, tais conceituações não mais traduzem a realidade do direito administrativo, pois, quanto ao aspecto subjetivo, não mais se exige que a prestação seja feita pelo Estado, mas tão somente que ele detenha a titularidade de tal serviço (ou seja, detenha a atribuição constitucional para prestá-lo, seja diretamente por meio de seu aparato administrativo ou mediante a delegação a particulares). Quanto ao aspecto material, é possível que haja a exploração de um serviço relevante a coletividade por particular. No último aspecto – formal -, entende-se que não é necessário que o regime jurídico a que se submete o serviço público seja integralmente de direito público, admitindo-se, em algumas situações, que haja um regime híbrido formado por normas de direito público e privado, mormente no caso de serviços públicos cuja prestação foi delegada a terceiros.

Sendo assim, concatenando-se as ideias, afirma-se que "um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público. Essas duas são consequências da existência de um serviço público" (JUSTEN FILHO, 2010, p. 698).

Ainda que a noção de serviço público esteja em mutação, é possível elencar as seguintes premissas: (1) nem toda a atividade estatal é serviço público, pois excluem-se as atividades legislativas e judiciais; (2) a Constituição Federal encerra todos os elementos para definição do conceito de serviço público; (3) a titularidade do serviço público pertence ao Estado, mas a execução poderá ser transferida aos particulares; (4) a definição de atividade como serviço público não pode ser submetida, integralmente, ao domínio privado (SCATOLINO; TRINDADE FILHO, 2017).

Na Constituição Federal, a prestação de serviço público compete ao Estado, de forma direta, ou seja, feita pelos próprios órgãos do Ente Federativo ou entidades da Administração Indireta, por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como sob o regime de concessão ou permissão, que resulta de descentralização por delegação. Por meio da descentralização por delegação, o Poder Público transfere a prestação do serviço público a particulares, visando maior eficiência administrativa, necessitando de licitação, com divulgação de edital, que fixa as regras do procedimento. Apenas após o regular processamento licitatório que será firmado contrato administrativo entre o Poder Público e a pessoa privada que prestará o serviço (SCATOLINO; TRINDADE FILHO, 2017).

Quanto aos princípios do serviço público, tais postulados servem como base estrutural e como ponto de referência para a compreensão do tema. No entender da melhor doutrina, os princípios são "mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão" (MELLO, 2010, p. 958).

Logo, os princípios do serviço público traduzem a racionalidade do sistema e seu desrespeito importa em conduta grave e reprovável. Os serviços públicos sujeitam-se aos sobreprincípios (supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público) e aos princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade,

controle, dentre outros).

Os princípios do serviço público, especificamente, são: (1) cortesia – que importa em uma exigência de urbanidade e fino trato com os usuários do serviço público; (2) continuidade – que significa que os serviços públicos não devem sofrer interrupção; (3) modicidade – que traduz a ideia que o preço do serviço público não gratuito deve ser razoável, a fim de se viabilizar a generalidade da prestação do serviço; (4) universalidade – que visa dar maior amplitude possível aos usuários, beneficiando maior número de pessoas; (5) segurança – que busca o evitar de danos aos usuários; (6) atualidade – que importa em modernidade das técnicas; (7) eficiência – que exige que a execução do serviço público seja aperfeiçoado com rendimento e qualidade (DI PIETRO, 2016).

Consoante, ainda, a leitura do art. 6º, §1º, da lei 8.987/1995, o serviço deve ser adequado para satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas.

Aliás, tarifas estas que são cobradas apenas em serviço público *uti singuli*, também chamados de singulares ou individuais, que são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades do indivíduo, com usuário já determinado, sendo possível a mensuração. É o que acontece nos serviços de telefone, fornecimento de água, energia elétrica, gás, transporte etc.

Os serviços públicos *uti singuli* são remunerados por meio de taxas e tarifas e se contrapõem ao serviço *uti universi*, já que este é o serviço público a usuários indeterminados (coletividade de pessoas), como o calçamento e a defesa nacional. É o serviço custeado por meio de impostos ou contribuições especiais.

Cabem a Hely Lopes Meirelles (2002, p. 319) a sistematização dos serviços públicos gerais e individuais:

> Serviços "uti universi" ou gerais são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para seu domicílio, para sua rua ou para seu bairro. Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí por que, normalmente, os serviços uti universi devem ser mantidos por imposto (tributo geral), e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço. Serviços "uti singuli" ou individuais são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo que devem ser remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público), e não por imposto.

Observa-se, à primeira vista, a questão tributária como sendo fator de diferenciação, porque enquanto gerais são remunerados por impostos (art. 145, I, CF/88), os individuais o são por taxas (art. 145, II, CF/88) ou por preços públicos.

Por essa razão, o STF editou a Súmula 670 (posteriormente convertida na Súmula Vinculante 41), na qual consagra o entendimento de que "o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa", uma vez que se trata de serviço *uti universi*.

Dos princípios acima citados, o que mais interessa a problemática aqui dissertada é o princípio da continuidade dos serviços públicos, que merecerá maiores explanações.

3.1 A continuidade do serviço público

O princípio da continuidade do serviço público é "uma das principais responsabilidades de qualquer governo" (AMARAL, 2018, p. 80). Assim, no entender do autor (2018), até mesmo em caso de greve do funcionalismo público ou em casos de guerra, deve ser assegurado o funcionamento regular dos serviços públicos essenciais. Contudo, tal princípio não se confunde com o conceito de regularidade.

Essa distinção é feita por Di Pietro (2016) que alude que a regularidade significa que o serviço deve ser prestado conforme as regras preestabelecidas, conquanto a continuidade importa dizer que este mesmo serviço deve ser ininterrupto. Dessa forma, a continuidade do serviço público traduz a ideia simples de que o serviço, quando assumido pelo Estado, não pode ser suspenso nem interrompido, configurando-se pleno direito dos administrados (art. 6º, §1º da lei 8.987/1995).

Diz a doutrina francesa:

> O princípio da continuidade dos serviços públicos é a versão administrativa do princípio da continuidade do Estado. Para a teoria do serviço público que não considerava o Estado senão como um feixe de serviços público, o valor deste princípio é fundamental. Hoje, o princípio da continuidade dos serviços públicos é um princípio com valor constitucional. O Conselho de Estado igualmente sublinhou sua importância qualificando-o como 'princípio fundamental, o que significa, certamente, que se trata de um princípio geral do direito (GUGLIEMI, 1.994, p. 45-46).

Tal princípio "significa que os serviços públicos não devem ser interrompidos, dada a sua natureza e relevância, pois são atividades materiais escolhidas e qualificadas pelo legislador como tais em dado momento histórico, em razão das necessidades de determinada coletividade" (HARB, 2017, p.7). Ou seja, se tal atividade foi elevada à categoria de serviço público é porque carrega consigo um fato de necessidade à vida nacional ou local, de modo que se impõe que o serviço funcione a qualquer preço.

O princípio da continuidade do serviço público significa "a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido" (DE MELLO, 2018, p. 706). Para esse jurista trata-se de "um subprincípio, ou, se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho de atividade administrativa que, por sua vez deriva do princípio fundamental da indisponibilidade, para a Administração, dos interesses públicos" (BANDEIRA DE MELLO, 2018, p. 706).

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 22, assegura ao consumidor a continuidade dos serviços públicos essenciais, sob pena de responsabilização das pessoas jurídicas responsáveis pelo fornecimento dos serviços essenciais (nada obstante o legislador consumerista ter se quedado inerte na definição de serviços públicos essenciais).

No silêncio do CDC, utiliza-se o art. 10 da lei 7.783/89, veja-se:

> Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; X - controle de tráfego aéreo e navegação aérea; (Redação dada pela Lei nº 13.903, de 2019) XI compensação bancária. XII - atividades médico-periciais relacionadas com o regime geral de previdência social e a assistência social; (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019) XIII - atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); e (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019) XIV - outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019) XV - atividades portuárias. (BRASIL, 1989).

Dito de outra forma, o serviço público essencial, esmiuçando, seria tudo aquilo que compete ao Estado fornecer, direta ou indiretamente, dentro de uma filosofia de bem-estar social, e que a população não pode prescindir, ainda que parcialmente, por importar perda de qualidade de vida, sobretudo em analisando os direitos e garantias constitucionais fundamentais, explícitos e implícitos.

A grande questão que se coloca, objeto do presente trabalho, é buscar entender a suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do usuário - questão tormentosa que sempre assombra a doutrina e movimenta os Tribunais Brasileiros, ainda mais em um cenário em que, paulatinamente, a transferência da prestação de serviço público para particulares tem se tornado uma realidade, mediante as figuras da concessão e da permissão.

A lei 8.987 trouxe duas hipóteses em que seria permitida, pelo menos em tese, a suspensão do serviço público, como se vê do art. 6º, §3º:

> Art. 6o Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
> § 3o Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
> I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. § 4º A interrupção do serviço na hipótese prevista no inciso II do § 3º deste artigo não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado (BRASIL, 1995).

Da análise da lei, a interrupção seria permitida desde que atendida uma das condições estabelecidas pelo legislador: (1) razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, ocasião em que o legislador justifica a interrupção do serviço público na própria melhoria da qualidade da prestação do serviço, situação que, reflexamente, até mesmo valoriza e garante a continuidade do serviço público e a eficiência na prestação; ou (2) por inadimplemento do usuário, neste último caso, não podendo tal interrupção ocorrer na sexta feira, final de semana, feriado e dia anterior ao feriado.

4. O CONFRONTO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI 8.987/1195

É de constitucionalidade duvidosa o comando legislativo que prevê a possibilidade de interrupção do serviço público essencial em caso de inadimplemento do usuário, por interesse da coletividade. Seriam, pois, "inconstitucionais as normas que autorizam o corte por falta de pagamento, pois a garantia da dignidade, vida sadia, e do meio ambiente equilibrado é constitucional, sendo que tais direitos não podem ser sacrificados em função do direito de crédito (NUNES, 2010, p. 398)".

Ora, sendo assim, "o interesse da coletividade que seja capaz de permitir a interrupção do serviço público essencial – garantido constitucionalmente – só pode ser a fraude praticada pelo usuário" (NUNES, 2018, p. 109).

A autorização judicial tem sido ventilada como uma condição justa a gerar a interrupção do serviço público. Assim, em programa de mestrado na Universidade Católica de Pernambuco, propõem as autoras que:

> o correto, portanto, é admitir o corte do fornecimento do serviço somente após autorização judicial, quando demonstrado no feito que o usuário, tendo condições de efetuar o pagamento referente ao serviço prestado, não efetua, restando evidente sua má-fé. Exceto essa hipótese e dentro dessa condição, autorização judicial, a descontinuidade do serviço essencial é ilegal, pois desrespeita o Código de Defesa do Consumidor, o qual é claro, taxativo e não abre exceções no que concerne ao dever de continuidade na prestação dos serviços públicos essenciais (GOMES; OLIVEIRA, 2010. p. 19).

Esta tese de inconstitucionalidade da interrupção do fornecimento de serviço público por falta de pagamento é defendida com base na alegada violação do art. 1º, inc. III, da Constituição Federal.

Com base nela, o legislador, ao editar os dispositivos previstos nas Leis 8.987/95 e 11.445/2007, teria contrariado, além da dignidade humana, os princípios norteadores da República Brasileira, especialmente no que se refere aos seus objetivos fundamentais de erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais, que estão previstos no art. 3º da Constituição.

Além de violar a dignidade humana e o princípio da continuidade do serviço público, tal prática é vedada pelo art. 42 do CDC, já que o "consumidor não pode ser compelido a pagar as contas devidas com base na ameaça ou constrangimento que caracteriza o corte da prestação deste serviço" (MARQUES, 2010, p. 545).

No mesmo sentido, o professor da Universidade Federal Fluminense:

> Com efeito, o direito do consumidor possui o status de direito constitucional e, como tal, não pode o legislador ordinário fazer regredir o 'grau de garantia constitucional'. A lei da concessão do serviço público (Lei 8.987/ 95), ao afirmar que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção 'por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade' (art. 6º, § 3º, II) na realidade está praticando o autêntico retrocesso ao direito do consumidor, haja vista que o art. 22 do CDC afirma que os fornecedores de serviço essencial são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e 'contínuos' (MARTINS, 2000, p. 108- 109).

À luz desses preceitos constitucionais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidava a impossibilidade de interrupção dos serviços públicos essenciais em razão de inadimplemento do usuário, devendo o prestador do serviço utilizar meios menos onerosos de cobrança dos valores devidos:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA. ESTADO INADIMPLENTE. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR PROCEDENTE. – O corte no fornecimento de água em prédios do Estado atinge não somente aquele ente da Federação, mas o próprio cidadão, porquanto a inviabilidade da utilização do prédio e a conseqüente deficiência na prestação dos serviços decorrentes atingem diretamente todos os munícipes. – O corte, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito. – Precedentes. – Medida cautelar procedente (MC 2.543/AC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/03/2001, DJ 11/06/2001, p. 94).

Na perspectiva contrária, Matos (2017) é partidário à tese de que o corte de fornecimento de serviços essenciais no caso de inadimplemento estaria calcado no direito de crédito. Como o Poder Público poderia ser obrigado a prestar um serviço público ininterrupto se não foi feito o pagamento da taxa ou tarifa?

Ocorre, todavia, que é impossível atribuir a tarifa ou a taxa a mesma sistemática atinente ao preço pago pelo consumidor para comprar um sapato, por exemplo. Na tarifa e na taxa, o consumidor é escravo da utilização do serviço público. Como viver sem ele? Tal explanação é abaixo detalhada:

> Serviço público é bem indisponível, sendo prestado pelo Estado e seus agentes por força de lei. Tais agentes não podem dispor do serviço público: são obrigados a prestá-lo para atingir o interesse público irrenunciável. Assim, ainda que remunerado por meio de preço (tarifa), é claro que este há de cercar-se de características especiais, já que nesta seara não há que se falar em negociação ou decisão entre as partes contratantes, nem em disponibilidade do objeto do negócio. Não se pode, por isso, confundir o preço que o consumidor paga ao adquirir roupas numa loja com o preço que o usuário de um serviço público, essencial e indisponível paga a uma concessionária (NUNES, 2018, p. 114).

A bem da verdade, a Constituição Federal fez uma determinação de garantia da dignidade, vida sadia, meio ambiente, equilibrado, educação, saúde e tantos outros valores jurídicos importantes para o desenvolvimento do ser humano.

É um direito inexpugnável a favor do cidadão a prestação de serviços públicos adequados, eficientes e, quanto aos essenciais, contínuos.

O direito à vida e à dignidade é o bem maior, não podendo ser sacrificado em função de um bem menor, qual seja o direito de crédito, por óbvio. Ademais, é bom que se diga que há milhares de cidadãos isentos de pagamento de taxas e tributos sem que isso implique na interrupção dos serviços públicos.

Ora, assim como existe a figura da isenção e da imunidade tributária que conduzem ao não surgimento da obrigação tributária, sem com isso configurar interrupção da atuação estatal, no mesmo sentido, sob pena de se configurar flagrante incoerência constitucional, não pode haver

tal interrupção do serviço estatal se não for alimentado os cofres públicos mediante taxa ou tarifa.

Aliás, a professora da PUC-SP e ministra do STJ pontua que as isenções técnicas para o pagamento do tributo são reconhecidas diante da ausência de capacidade contributiva para a preservação do mínimo vital, ou seja, o mínimo de riqueza para sustentar a si e sua família com dignidade ou para pessoa jurídica desenvolver as suas atividades. As sanções punitivas tributárias, em caso de falta de pagamento do tributo, ademais, sujeitam-se a vários princípios como: razoabilidade, presunção de inocência, irretroatividade da lei e proporcionalidade, ao passo que as sanções políticas (indevidas restrições impostas ao exercício de direitos do contribuinte de modo a compeli-lo a pagar os tributos, como a recusa de autorização para emitir notas fiscais) foram rechaçadas pela jurisprudência diante da sua evidente desproporcionalidade (COSTA, 2018).

Basta ver a Súmula 70 do STF que prescreve ser inadmissível a interdição do estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo ou a Súmula 232 do STF que diz que é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para cobrança de tributo ou, ainda, a Súmula 547 do STF que diz que não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Ora, sendo assim, como pode uma relação regida pelo CDC ser mais gravosa ao consumidor que aquela relação tributária entre o contribuinte e o Fisco, sendo esta fundada na supremacia do interesse público sobre o particular, com a finalidade única de proteção ao patrimônio público?

4.1 O princípio da continuidade e a possibilidade de interrupção do serviço público ante a inadimplência de seu usuário

Busca a doutrina e a jurisprudência responder a indagação se o art. 6º, §3º da lei 8.987 não seria inconstitucional. Tal discussão, não obstante ser antiga, ainda não obteve consenso entre os estudiosos do tema. Barroso (2016) sabe que o legislador constitucional sempre é mais progressista que o legislador ordinário. Dessa forma, resta saber se a legislação infraconstitucional não afrontaria a proporcionalidade, a razoabilidade, o devido processo legal e a legalidade em sentido estrito.

O STJ já adotou a linha de pensamento que vangloria a aplicação do CDC ao entender ser defeso à concessionária de energia elétrica interromper o suprimento de força, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento de tarifa em atraso, pois, se assim o fosse, haveria a consagração do exercício arbitrário das próprias razões substituindo a ação de cobrança. Veja:

> A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. Os arts. 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa extrapola os limites da legalidade. Não há que se prestigiar atuação da Justiça Privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar quem deles se utiliza. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RMS 8915/MA. Rel. José Delgado. Julgamento em 12/05/1998).

O contraditório e a ampla defesa também são, frontalmente, desrespeitados quando da interrupção unilateral do serviço público. O art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal afirma que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988).

A garantia do contraditório e a plenitude do direito de defesa englobam a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais. A interrupção do fornecimento de energia elétrica por motivo de inadimplência do consumidor constitui, também, infração ao devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna. Segundo tal dispositivo: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (BRASIL, 1988).

Dessa forma, as concessionárias de energia elétrica não podem privar o usuário inadimplente de bem essencial "energia elétrica" sem que ocorra o devido processo legal.

Assim também já entendeu o STJ:

> Configurada prática comercial abusiva a produção de laudo pericial unilateral, cuja confecção se deu em desobediência aos argumentos vigentes, que identifica fraude no medidor de energia elétrica e coage o consumidor ao pagamento de valores sob ameaça de suspensão do fornecimento de energia elétrica, que é considerada essencial e de prestação contínua. A jurisprudência desta Corte firmou-se no mesmo sentido da tese esposada pelo Tribunal de origem de que é ilegítimo o corte no fornecimento de energia elétrica se o débito decorrer de suposta fraude no medidor de consumo de energia elétrica apurada unilateralmente pela concessionária de serviço público. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Ag: 1383921. Rel. Ministro César Asfor Rocha. Julgamento em 17/03/2011).

O Poder Constituinte Originário ainda estatuiu no art. 5º, inciso XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988). Logo, a interrupção do fornecimento de serviço público deverá passar pelas mãos do Estado-juiz.

As concessionárias de energia elétrica, por exemplo, ao interromper o fornecimento de tal serviço, sem anuência do juiz no curso de um processo judicial, acabam por instituir Tribunal de Exceção.

Não obstante a argumentação trabalhada, fato é que a orientação que prevalece no Superior Tribunal de Justiça é que a suspensão do serviço público ante o inadimplemento do consumidor precisa respeitar duas condições essenciais: (1) necessidade de aviso prévio; (2) suspensão precisa decorrer de débitos atuais, e não pretéritos, haja vista que estes precisam passar pelas vias ordinárias:

> Resta cediço que a 'suspensão no fornecimento de energia elétrica somente é permitida quando se tratar de inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, restando incabível tal conduta quando for relativa a débitos antigos não-pagos, em que há os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: AgRg no Ag 633.173⁄RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 02⁄05⁄05.' (REsp 772.486⁄RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 06.03.2006). Concernente a débitos antigos não-pagos, há à concessionária os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42, do Código de Defesa do Consumir. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 756.591⁄DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Data do Julgamento 4.5.2006, DJ 18.5.2006).

Como no julgado acima, fica claro constatar que, apesar da mitigação pelo STJ da continuidade e universalização do serviço público essencial trazido pelo CDC, ao menos a Corte Cidadã respeitou o princípio da não surpresa, exigindo que haja prévia comunicação, por escrito, ao consumidor, até mesmo para que lhe oportunize o pagamento da dívida e purgação da mora.

Conquanto a inadimplência do usuário por prestações atuais possibilite a interrupção no fornecimento de energia elétrica, essa conduta constituirá exercício regular de direito somente se precedida de notificação formal do usuário, com prazo mínimo de 15 dias, nos termos do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, bem como arts. 173, I, a, e 174, ambos da Resolução 414/2010 da ANEEL.

Assim, ainda que não seja a melhor exegese, é possível constatar que os Tribunais adotaram entendimento "intermediário", conquanto ainda seja passível de críticas, pois, a bem da verdade, a prestação dos serviços públicos essenciais é para o homem viver dignamente e a inadimplência não deveria preponderar sobre demais interesses em jogo. Na esteira do entendimento do STJ, a interrupção no fornecimento de serviço público essencial, gerando sua descontinuidade, mesmo que legalmente autorizada, deve ser cercada de procedimento formal, rígido e sério, constituindo hipótese de reparação moral sua interrupção ilegal.

A despeito da adoção de entendimento "intermediário", a jurisprudência do STJ ainda comporta exceções à possibilidade de interrupção de serviços públicos essenciais. É o caso, por exemplo, da prestação de serviços indispensáveis à população, como no caso de instituições escolares e de saúde, sejam os titulares pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Esta exceção à interrupção reside nas chamadas "unidades públicas cuja paralisação é inadmissível", nas quais, a despeito do corte vir de encontro ao interesse lucrativo e protetivo da concessionária/permissionária, prejudicaria um bem maior, que é a necessidade coletiva (e não individual) de continuidade de funcionamento do serviço:

> ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CASA DE SAÚDE. SERVIÇO ESSENCIAL. SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ÁGUA. IMPOSSIBILIDADE. ENTIDADE PRIVADA COM FINS LUCRATIVOS. IRRELEVÂNCIA. VIDA E SAÚDE DOS PACIENTES INTERNADOS COMO BENS JURÍDICOS A SEREM TUTELADOS. CONDICIONAMENTO DA ORDEM ECONÔMICA À PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA. (…) 2. O corte do fornecimento de água está autorizado por lei sempre que resultar da falta injustificada de pagamento, e desde que não afete a prestação de serviços públicos essenciais, a exemplo de hospitais, postos de saúde, creches, escolas. 3. No caso dos autos, a suspensão da prestação do serviço afetaria uma casa de saúde e maternidade, motivo pelo qual não há como se deferir a pretensão da agravante, sob pena de se colocar em risco a vida e a saúde dos pacientes lá internados. 6. Admitir a suspensão do fornecimento de água a um hospital e colocar em risco a vida e a saúde dos internos, sob o argumento de que se vive em uma sociedade capitalista, é inverter a lógica das prioridades e valores consagrados em um sistema jurídico onde a ordem econômica está condicionada ao valor da dignidade humana. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1201283/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 30/09/2010).

A mesma proteção se estende aos casos em que a interrupção possa afetar a saúde e a integridade física do usuário, conforme se observa do julgado abaixo:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVIABILIDADE DE SUSPENSÃO DO ABASTECIMENTO NA HIPÓTESE DE DÉBITO DE ANTIGO PROPRIETÁRIO. PORTADORA DO VÍRUS HIV. NECESSIDADE DE REFRIGERAÇÃO DOS MEDICAMENTOS. DIREITO À SAÚDE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos de antigo proprietário. 2. A interrupção da prestação, ainda que decorrente de inadimplemento, só é legítima se não afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário. Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física do consumidor. Precedente do STJ. 3. Recurso Especial provido. (REsp 1245812/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/09/2011).

Outra exceção abarcada pelo STJ contempla hipótese de miserabilidade comprovada do usuário do serviço, o que denotaria sua impossibilidade de pagar dado um estado de carência geral, sobrepujante mesmo ao mínimo necessário para uma sobrevivência digna (REsp 647.853/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2004, DJ 06/06/2005 p. 194).

Interpretação diversa poderia não apenas ocasionar danos irreparáveis aos usuários, mas também desvirtuaria a proteção de direitos fundamentais em prol do direito de crédito. Priorizam-se, dessa forma, os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, ainda que em uma acepção limitada e restritiva.

Há, contudo, quem acredite que o princípio da permanência do serviço público protege exclusivamente aqueles que se encontram em situação juridicamente protegida e que o consumidor inadimplente não se encontraria nessa situação, inclusive pelo princípio da igualdade dos usuários. Seria, pois, uma situação de isonomia, em que não se permite que o inadimplente continue com o serviço operante, para que isso não lhe pareça um prêmio nem se traduza em um sentimento de impunidade (LAZARI; RAZABONI JÚNIOR, 2018)

Defender, dessa forma, a vedação irrestrita à possibilidade de interrupção pode, de fato, deslegitimar o concessionário/permissionário como ente representativo e colaborador de funções que originalmente caberiam ao Estado. Isso pode até mesmo afugentá-lo da candidatura a prestador, dada a excessiva proteção do consumidor.

Em suma, o contexto atual e as lacunas enfrentadas pela jurisprudência pátria levam à reflexão acerca da necessidade de positivação de normas menos abusivas de cobrança pela prestação dos serviços públicos essenciais, resguardado o equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços e a proteção do consumidor.

Convém pontuar a necessidade de o Poder Judiciário posicionar-se pela impossibilidade de interrupção, ao menos, em casos de serviço de impossível paralisação (ex.: instituições hospitalares), na hipótese de miserabilidade comprovada ou ainda quando não comprovada a inadimplência por má-fé (a boa-fé objetiva seria elemento central para balizar um posicionamento intermediário e ponderado).

Tais balizas - ainda que não ricamente sistematizadas - indubitavelmente, equacionam a controvérsia de forma mais justa, sem criar uma fórmula fria e estática, garantindo-se a dignidade

da pessoa humana. Deixa-se consignado que não há o propósito de exaurir o debate, até porque trata-se de tema longe de petrificar-se.

Toda a interrupção de serviço público, em maior ou menor grau, por inadimplência do consumidor, faz violar algum tipo de direito constitucionalmente assegurado, como vida ou saúde.

Assim, espera-se que os Tribunais Brasileiros saibam fazer verdadeira ponderação principiológica, onde o sistema constitucional brasileiro tenha por fim sempre assegurar a todos uma existência digna, pois a propriedade privada, a livre iniciativa, a função social da empresa e as demais regras do sistema capitalista são apenas meios cuja finalidade é prover a dignidade da pessoa humana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os serviços públicos essenciais poderiam ser resumidos como tudo aquilo que compete ao Estado fornecer, direta ou indiretamente, dentro de uma filosofia de bem-estar social, e que a população não pode prescindir, ainda que parcialmente, por importar perda de qualidade de vida, sobretudo em analisando os direitos e garantias constitucionais fundamentais, explícitos e implícitos.

Os serviços públicos essenciais devem ser fornecidos de forma contínua visando atender as necessidades dos usuários e administrados, não se justificando a interrupção como forma de coação ao consumidor para o pagamento da dívida, pois tal relação jurídica é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, a atitude do Poder Público de interromper a prestação do serviço público para consumidores inadimplentes constitui justiça privada. É impossível, portanto, a cessação do fornecimento de serviço público por falta de pagamento, pois não se pode colocar acima do interesse da população um interesse meramente econômico.

Como já foi explanado, os serviços públicos são prestados não só em benefício do particular, mas sim em proveito de toda a comunidade, constituindo lesão ao bem comum sua negação a um só dos seus membros, membro este que é consumidor e, diante da sistemática constitucional, a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica.

Sinteticamente, consoante tal posicionamento aqui adotado, a previsão, no Código de Defesa do Consumidor, pela continuidade dos serviços essenciais deve prevalecer sobre a Lei nº 8.987/95. Também, o Princípio Constitucional da Dignidade Humana (e suas implicações na vida, na saúde e na segurança) é norte a ser observado antes mesmo de se pensar no direito da concessionária ao crédito.

O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor impõe aos prestadores de serviços públicos a obrigação de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quando essenciais, contínuos, sob pena de responderem pelos danos que venham a causar aos usuários. A falha na prestação do serviço evidenciada pela interrupção desarrazoada e indevida da prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral.

Por fim, entende-se que há outros meios legais e hábeis de cobrança que recaem sobre o patrimônio do devedor sem afetar sua sobrevivência ou a de sua família, ou mesmo se traduzir em

cobrança vexatória (art. 42, do CDC, neste último caso).

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Administrativo Esquematizado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Edições Almedinas, 2018.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. Concessão de serviço público. Reestruturação do sistema tarifário. Equilíbrio econômico-financeiro. Obrigação de indenizar. *Revisa trimestral de direito público*, nº 38. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BARROSO, Luis Roberto**.** *Mandado de Segurança nº 27.875* – Memorial do Extraditando Cesare Battisti, 2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/dl/ms-memorial-battisti.pdf. Acesso em: 25 nov. de 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.* Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.* Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.* Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20s obre%20o%20regime%20de,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A Ancias.. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*, 1ª Turma. RMS 8915/MA. Rel. José Delgado. Julgamento em 12/05/1998. Brasília, DF, 12 abr. 2002. DJ de 17.08.1998.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*, 1ª Turma. REsp 756.591/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Data do Julgamento 4.5.2006, DJ 18.5.2006.

CARDOSO, Elaine. *Serviços públicos e relação de consumo*. 3º ed. Curitiba: Juará Editora, 2008.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade; SCATOLINO, Gustavo. *Manual de Direito Administrativo.* 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário.* 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**.** *Direito administrativo.* 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão comum de serviço público.* São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas relações de consumo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* O Novo Regime das Relações Contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES. Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Corte de energia elétrica por falta de pagamento:* prática abusiva: Código do Consumidor. Revista dos Tribunais. n. 778. São Paulo: RT, 2000.

MATOS, Eduardo de Lima**.** *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado.* 18ª ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado atualizado até 2006.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Nara Fonseca de Santa Cruz; GOMES, Ana Cecília de Barros. *Análise da interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplência do usuário.* Revista Pública de Direito. Pernambuco. 20--. Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab4218e42fbe3ef7. Acesso em 24 nov. 2022.

VEDEL, George. *Droit administratif*. 6. ed. Paris: Pressses Universitaires de France, 1976.

Recebido em: 20.03.2023
Aprovado em: 05.03.2024
Última versão dos autores: 08.03.2024

Informações adicionais e declarações do autor (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmaram que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): Souza, Adriano Stanley Rocha Souza; Assis, Lucas Câmara de. Reflexões acerca da interrupção do fornecimento de serviço público diante da tutela do consumidor como direito fundamental. *JURIS - Revista da Faculdade De Direito, 3*3(2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.15265. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/15265/version/19370. Acesso em: 28 mai. 2024

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

O início de prova material como integrante da causa de pedir para fins de definição da coisa julgada na lide previdenciária

Melquiades Peixoto Soares Neto [1]
Universidade Federal do Rio Grande do Norte,
UFRN, Natal/RN, Brasil
E-mail: melquiades.psn@gmail.com

Resumo: O início de prova material é um dos requisitos mais importantes quando se trata da análise do direito ao recebimento de benefícios de natureza rural, ou mesmo a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão, nas situações de dependência por relação jurídica de união estável. Essa exigência, caso não atendida, provoca o próprio indeferimento de mérito do requerimento do segurado. O presente trabalho busca relacionar essa característica do início de prova material com a sua posição na análise da coisa julgada, de forma a apresentar a sua caracterização como elemento da causa de pedir, por se tratar propriamente de um requisito concessório do benefício. Assim, a sua variação no comparativo entre as duas demandas, para a apreciação da ocorrência ou não de coisa julgada, causa a distinção entre causas de pedir e, consequentemente, a não identidade entre as ações. Para tanto, se apresenta essa análise a partir da natureza distinta do processo previdenciário e da forma em que o início de prova material é aduzido pela legislação na análise e concessão dos benefícios.

Palavras-chave: Início de prova material. Coisa julgada. Processo Judicial Previdenciário..

The initiation of material evidence as part of the cause of action for the purposes of defining res judicata in the social security dispute

Abstract: The initiation of material proof is one of the most important requirements when it comes to the analysis of the right to receive benefits of a rural nature, or even the granting of pension for death or incarceration aid, in situations of dependence by legal relationship of stable union. This requirement, if not met, causes the very rejection of the merits of the insured's application. The present work seeks to relate this characteristic of the beginning of material evidence with its position in the analysis of res judicata, in order to present its characterization as an element of the cause of action, because it is properly a concessionary requirement of the benefit. Thus, its variation in the comparison between the two demands, for the assessment of the occurrence or not of res judicata, causes the distinction between causes of action and, consequently, the non-identity between the actions. Therefore, this analysis is presented from the distinct nature of the

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2019). Graduado em Direito pela Universidade Potiguar (2011). Advogado. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6057567848081290. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3322-9373. E-mail: melquiades.psn@gmail.com

social security process and the way in which the beginning of material evidence is adduced by the legislation in the analysis and granting of benefits.

Keywords: Beginning of material proof. Res judicata. Social Security Judicial Process.

1. INTRODUÇÃO

Além dos requisitos concessórios exigidos pela legislação, alguns benefícios previdenciários, como aposentadoria, pensão por morte e auxílio reclusão, baseados esses dois últimos na relação de dependência econômica presumida, decorrente da relação de união estável, exigem a constituição de início de prova material.

A inexistência do início de prova pode conduzir a uma decisão administrativa em que se deixa de apreciar o mérito e, caso ajuizada a respectiva ação judicial, impugnando esse ato de indeferimento, uma decisão judicial terminativa, com base na falta de interesse de agir.

Embora um elemento relacionado à atividade probatória do segurado, o início de prova material é um verdadeiro requisito para a concessão dos benefícios que o exigem, sendo, por exigência legal, fundamental para uma decisão administrativa de mérito e para que ocorra o interesse de agir como condição da ação judicial.

A jurisprudência brasileira, por meio de diversos entendimentos vinculantes fixados, em especial pelo regime dos recursos repetitivos, se direciona para o reconhecimento do início de prova material como requisito concessório das prestações previdenciárias onde a lei exige a sua ocorrência.

Por essa razão, a existência ou não desse elemento, pode conduzir a uma variação fática entre duas ações aparentemente idênticas, mas que possuem causas de pedir diversas, já que o início de prova material pode estar presente na segunda demanda, mas não na paradigma.

Assim, o início de prova se caracteriza como um condutor do temperamento da aplicação da coisa julgada no processo judicial previdenciário, que já demanda um entendimento diferenciado em face do processo civil comum, na medida em que se firma sobre uma relação jurídica material desigual, que demanda o tratamento da hipossuficiência para que seja preservada de forma justa.

Em demandas, de forma comparativa, onde há a variação do fundamento da existência ou não de início de prova material, com a apresentação de novos elementos de prova para a sua constituição, ou mesmo a construção de novos fundamentos capazes de afastar o entendimento exposto administrativamente, ao menos em uma análise superficial e presuntiva, pela aplicação da teoria da asserção, não deve ser reconhecida a coisa julgada.

Nos tópicos seguintes essa será a ideia desenvolvida, de forma a correlacionar o estudo do início de prova material de forma relacionada com a coisa julgada no processo judicial previdenciário, buscando demonstrar que quando a discussão versar sobre a existência ou não desse requisito dos benefícios previdenciários, deve-se privilegiar o aprofundamento da discussão, em detrimento de uma decisão terminativa em que se reconhece a coisa julgada.

Em um primeiro momento será analisada a posição do início de prova material no processo judicial previdenciário e a sua exigência na análise e concessão de alguns benefícios, de forma a

demonstra a sua indispensabilidade em algumas situações exigidas pela lei.

Posteriormente, a coisa julgada será o objeto de estudo, de forma a posicionar esse pressuposto processual negativo em um local diferenciado em relação ao processo judicial previdenciário, demonstrando-se que a análise comparativa para a verificação da coisa julgada, nesse tipo de demanda, deve ser mais aprofundada e distinta daquela realizada em um processo cível comum.

Por fim, o início de prova material será relacionado à coisa julgada, como forma de motivar a conclusão de que esse elemento, por se tratar de um requisito concessório do benefício, por exigência legal, é um condutor relevante na análise da coisa julgada no processo judicial previdenciário, em especial pela comparação entre causas de pedir na ação paradigma e na ação posterior.

2. INÍCIO DE PROVA MATERIAL NO PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO

O processo civil brasileiro, no que se refere à fase instrutória, se desenvolver a partir da ampla abertura da conduta probatória no processo, de forma a se admitir qualquer meio de prova, desde que seja moralmente legítimo e não ofensa a lei e a CF, nos termos do art. 369 do CPC.

A previsão legal de possibilidade de utilização de todos os meios de prova decorre do devido processo legal, no sentido de conferir maior legitimidade e efetividade à solução conferida pela decisão judicial resultante do processo (art. 5°, LIV e LV, da CF) (MARINONI, 2021, p. 338).

Essa abertura permite que as partes e o juízo não se prendam unicamente aos meios de provas expressamente regulamentados por meio da lei, sendo permitida a utilização de outras espécies probatórias não previstas expressamente na legislação, obedecidos os limites estabelecidos.

A possibilidade de exploração de outros meios de prova, nos termos apresentados, tem especial importância frente à evolução tecnológica enfrentada pelo mundo nos últimos tempos, o que acaba – como não poderia deixar de ser – por influir decisivamente no Direito, pelo seu caráter de ciência social, lidando com os conflitos advindos das relações entre os indivíduos e instituições que integram a sociedade (RIBEIRO, 2023, p. 180).

Se a influência deságua diretamente no aspecto material do Direito, por via lógica, influi diretamente no seu principal instrumento de tratamento e solução de conflitos, que é o processo, em que se estabelece o contraditório como mecanismo de construção de uma relação probatória direcionada à verdade mais próxima da realidade, ainda que não seja a verdade real (MARINONI, 2021, p. 338).

Inobstante a ampla abertura instrumental de uso da prova, no que se refere ao processo judicial previdenciário, o legislador foi um pouco mais restritivo, limitando a comprovação de determinada relação jurídica, para fins de reconhecimento do direito decorrente da relação previdenciária, a apresentação de prova documental, tida como requisito mínimo para que, aliado a outros meios de prova, possa garantir a certificação administrativa ou judicial do que se pleiteia. Em suma, esse requisito mínimo, nessas relações, é o que decide o conflito (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 344).

O início de prova material, nesse sentido, seria algum elemento contemporâneo ao fato que

se pretende comprovar, para fins de reconhecimento de direito dele decorrente.

Nesse sentido, o art. 16, §5°, da Lei 8.213/1991, que trata dos dependentes do segurado, para fins de proteção previdenciária, ao se referir à união estável, exige, para a sua comprovação "início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado" e, limitando ainda mais o uso de tal elemento "não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento".

O dispositivo citado, portanto, limita material e temporalmente a prova para fins de reconhecimento da relação jurídica de união estável, como elemento crucial para o reconhecimento da dependência e fruição de direitos advindos dessa posição.

O §6° do mesmo dispositivo limita ainda mais a hipótese de comprovação da união estável, ao estabelecer que, para permitir o recebimento da pensão por morte na condição de união estável com o(a) instituidor(a), na forma do art. 70, §2°, V, da mesma lei, por mais de 04 meses, será necessária a comprovação de mais de dois anos de convivência afetiva, determinado que o(a) pretenso(a) companheiro(a) "deverá ser apresentado, ainda, início de prova material que comprove união estável por pelo menos 2 (dois) anos antes do óbito do segurado."

Assim, os dispositivos mencionados exigem, para o reconhecimento da união estável e a possibilidade de fruição do direito à pensão por morte, decorrente dessa relação, a apresentação de prova contemporânea aos fatos advindos dessa relação, que abranjam pelo menos 2 anos de convivência e não tenham mais de 24 meses de antiguidade.

A dicção dos dispositivos, em especial do §5°, direciona o entendimento de que o elemento probatório exigido é de natureza documental, pois a referida norma aduz em sua redação a expressão "não admitida a prova exclusivamente testemunhal", o que acaba por limitar expressamente a amplitude de aplicação do art. 319 do CPC.

A mesma limitação se aplica na comprovação do tempo de serviço/contribuição para fins de reconhecimento do direito à aposentadoria, conforme art. 55, §3°, da Lei 8.213/1991, inclusive vedando o uso da prova exclusivamente testemunhal.

As limitações acima elencadas possuem ampla aceitação e aplicação pela jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, não sendo o art. 319 do CPC um impedimento para a exigência do elemento probatório.

A súmula 419 da citada Corte é enfática ao definir que "a prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário", aplicando de forma plena a determinação do art. 55, §3°, da Lei 8.213/1991.

O Tribunal vem desenhando cada vez mais uma flexibilização desse entendimento, de forma a amenizar o ônus do segurado, admitindo a expansão da eficácia probatória do início de prova material, desde que produzida prova de outra espécie, capaz de certificar temporalmente os fatos objeto da comprovação por via documental.

Nesse sentido, o STJ, no julgamento do Tema Repetitivo n° 638 fixou a seguinte tese: "Mostra-se *possível o reconhecimento de tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo*, desde que amparado por convincente prova testemunhal, colhida sob contraditório".

A flexibilização também é visualizada no entendimento expresso no Tema Repetitivo n° 554:

> "Aplica-se a Súmula 149/STJ ('A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário') aos trabalhadores rurais denominados 'boias-frias', *sendo imprescindível a apresentação de início de prova material*. Por outro lado, *considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campesino, a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ*, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal".

O STJ, no estabelecimento dos limites do uso do início de prova material, entende pela possibilidade de utilização desse início de prova, para a comprovação da atividade de segurado especial, relacionado a outra pessoa, integrante do mesmo grupo familiar, mas limita a utilização no caso de exercício de atividade urbana. Nesse sentido o Tema Repetitivo n° 532:

> "O trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os demais integrantes como segurados especiais, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar, incumbência esta das instâncias ordinárias (Súmula 7/STJ). Em exceção à regra geral (...), a extensão de prova material em nome de um integrante do núcleo familiar a outro não é possível quando aquele passa a exercer trabalho incompatível com o labor rurícola, como o de natureza urbana".

O entendimento evidencia que é exigível um mínimo de prova documental para que seja permitida a expansão da eficácia probatória desse elemento através da produção de prova testemunhal, não havendo possibilidade de comprovação com o uso unicamente desse meio de prova, desacompanhado de alguma prova documental.

Pelos julgados do STJ apresentados, percebe-se que a jurisprudência aplica a limitação desenhada pela Lei 8.213/1991, em face do art. 319 do CPC, mas vem lapidando a aplicação dessa limitação a partir das características próprias da relação jurídica previdenciária, em especial no que se refere à hipossuficiência do segurado frente à Fazenda.

O início de prova material, portanto, é a exigência da produção de prova documental mínima, contemporânea aos fatos pretendidos de comprovação, para reconhecimento e certificação de direitos decorrentes da relação construída por esses fatos (GENEROSO COSTA, 2018, p. 2).

É correto dizer, portanto, que o início de prova material, embora seja um elemento de natureza processual, se liga diretamente ao direito material envolvido, já que a sua ausência não pode ser suprida e inviabiliza o exercício do direito propriamente dito.

Como elemento intrincado ao direito material, conforme será tratado a partir de agora, a sua ausência ou não, ou mesmo a sua alteração, pode influenciar diretamente na causa de pedir, e sendo tal instituto um dos elementos da ação, essa influência pode causar a distinção, de forma a afastar eventual aplicação da coisa julgada.

3. RELATIVIZAÇÃO E INEXISTÊNCIA DA COISA JULGADA NA LIDE PREVIDENCIÁRIA

O tratamento do processo judicial previdenciário deve ser diferenciado em relação ao processo cível comum, na medida em que existe fatores, como o próprio início de prova material,

que são peculiares aquela espécie de processo, demandando, portanto, entendimento distinto (SAVARIS, 2021, p. 468).

A coisa julgada é um dos pontos que merece maior atenção quando se trata de processo judicial previdenciário.

Acerca do conceito de coisa julgada, como bem define Fredie Didier, trata-se de uma "autoridade", isto é, uma situação jurídica que qualifica e torna a decisão obrigatória e definitiva. Dessa situação jurídica incide o efeito de definitividade e obrigatoriedade sobre um fato jurídico (DIDIER, 2015, p. 513).

O mesmo autor estabelece que essa situação jurídica ocorre em duas dimensões: a primeira delas é um impedimento de rediscussão da mesma questão já analisada anteriormente, ocasionando um "efeito negativo", sendo que se uma nova ação é ajuizada, com a mesma questão já julgada, haverá um impedimento de análise, a ser levantada por meio da defesa do demandado, nos termos do art. 337, VII, do CPC (DIDIER, 2015, p. 514).

A segunda dimensão determina que a coisa julgada "deva ser observada, quando utilizada como fundamento de uma demanda", gerando, portanto, um "efeito positivo", determinando que quando alegada em uma posterior ação, como fundamento incidental, deva ser observada a mesma solução dada quando da ação que gerou a coisa julgada, vinculando o julgador (DIDIER, 2015, p. 514).

Contudo, a concepção de coisa julgada material no processo civil brasileiro se apega a ideário *hobbesiano* de que a decisão judicial, que determina a norma do caso concreto, é válida por ter partido de um poder soberano, estatal, mas não por ser justa. Essa ideia, apesar de ainda aplicada secamente na prática processual, especialmente por questões de eficiência judicial, não é por completa adotada em nosso Código de Processo Civil, inclusive em sua redação anterior, já que a própria lei admite hipóteses de relativização da coisa julgada (MARINONI *in* DIDIER, 2008, p. 264).

A jurisprudência brasileira, não de agora, vem aplicando o entendimento, em determinadas situações, em que a coisa julgada não se verifica no processo previdenciário, situações essas que se verificadas em um processo civil comum, certamente não afastariam os efeitos da definitividade da decisão do processo paradigma SAVARIS, 2021, p. 194).

Basicamente a coisa julgada ocorre quando há identidade de ações, sendo uma delas já julgada, com trânsito em julgado. Essa identidade ocorre a partir da análise dos elementos das duas ações envolvidas na relação comparativa, quais sejam: partes, pedido e causa de pedir.

As partes e o pedido são elementos em que a análise perpassa por uma aferição mais superficial, pois a sua compreensão ocorre quase que de plano, através da análise mais rasa da relação processual. De forma ordinária, a análise das partes e do pedido não implica maior aprofundamento para fins de verificação da coisa julgada.

Situação diferente ocorre em relação à causa de pedir, que é o elemento da ação que caracteriza a essência da relação jurídica posta sob análise, abrangendo tanto os fatos que integram tal relação, como os fundamentos que a tornam interessante ao direito, isto é, jurídica

(DINAMARCO; CARRILHO LOPES, 2017, p. 172).

Nesse sentido, a doutrina desenvolve o conceito de causa de pedir a partir da análise de dois planos, um plano mais próximo da relação jurídica (causa de pedir próxima) e outro mais distante (causa de pedir remoto). Observadas as variações de entendimento doutrinário, algumas meramente terminológicas, a causa de pedir, para que haja a sua dissecação, perpassa pela verificação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que a integram (DINAMARCO; CARRILHO LOPES, 2017, p. 120).

A identidade de causas de pedir, portanto, para fins de verificação da ocorrência ou não de coisa julgada, se estabelece do comparativo dos fatos e fundamentos jurídicos entre os dois elementos. Havendo variação em qualquer deles, não há coisa julgada.

No processo previdenciário, a capacidade de distinção elementar entre fatos e fundamentos jurídicos, na relação comparativa para a definição da coisa julgada, ganha um olhar mais sensível, pois a relação processual, nessa matéria, trata de um direito decorrente de relação social pura, com variabilidade fática patente.

A variação factual é elemento determinante na distinção entre causas de pedir, tanto é assim que o próprio CPC, no art. 505, I, estabelece que o juiz poderá decidir novamente questões já decididas, relativas a mesma lide, "se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença".

Portanto, a coisa julgada, diante da característica peculiar da relação jurídica material previdenciária, que desemboca na relação processual respectiva, tem uma aplicação diferenciar no âmbito previdenciário processual.

A jurisprudência brasileira é permeada de precedentes que afastam a ocorrência de coisa julgada em ações previdenciárias onde se discute o mesmo objeto já discutido em lide anterior. O próprio STJ já firmou precedente vinculante no sentido de que a ausência de prova constitutiva do direito, em lides previdenciárias, permite a extinção do processo sem julgamento do mérito, afastando a possibilidade de configuração de coisa julgada no caso de ajuizamento de nova ação, quando reunidas as provas inexistentes na primeira (Tema 629):

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO No. 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO. 1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários. 2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais

> se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado. 3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas. 4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e a inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social. 5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa. 6. Recurso Especial do INSS desprovido. (REsp 1352721/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Corte Especial, j. 16.12.2015, DJe 28.04.2016)

O interessante desse entendimento é que o STJ reconhece que essa aplicação decorre da peculiaridade do processo judicial previdenciário, que mesmo se utilizando do processo civil comum, como base, possui características próprias, que permitem o desenvolvimento da ideia de extinção do processo sem resolução do mérito por falta de prova constitutiva do direito.

Assim, pela aplicação do Tema 629, sendo o julgamento de improcedência baseado em ausência de prova, deve ser interpretado como sem julgamento do mérito, não obstando a propositura de nova ação sob o fundamento de coisa julgada.

Esse temperamento permite concluir que se trata de uma coisa julgada *secundum eventum probationis*, a qual é desenvolvida a partir do exaurimento da cognição pelos elementos probatórios elencados nos autos (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 1524).

O entendimento do STJ privilegia a hipossuficiência probatória inerente á relação processual previdenciária, bem como à função social desse direito, garantindo que o segurado tenha considerada essa carência de forma a não ser interpretada a sua atividade probatória de forma a atribuir a ele um ônus desproporcional e contrário à natureza desigual da relação.

Em termos práticos, pode-se utilizar o exemplo de demandas em que se discute o direito ao recebimento de benefício de aposentadoria por idade rural de segurado especial, em que é necessária a comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, pelo período mínimo de carência, que é de 180 meses, nos termos do art. 39, I, da Lei 8.213/1991.

Em processos dessa natureza, é muito comum, pela pouca instrução do jurisdicionado, ou mesmo por não possuir recursos materiais, que o segurado não consiga ter acesso aos elementos de prova, de natureza documental, que possam fundamentar o seu direito, ou mesmo não tenha se municiado, durante a sua vida, de elementos probatórios capazes de instruir a sua pretensão.

Nesse sentido, não é incomum segurados especiais que não tenham filiação no Sindicato de Trabalhadores Rurais de sua localidade, que não possuam fotografias, inscrições em cadastros públicos ou outros documentos que possuam a informação do desenvolvimento da atividade campesina, inobstante materialmente essa atividade seja desenvolvida.

É comum, portanto, processos em que se discute o mencionado direito, onde sequer se

forma início de prova material, na forma exigida pela lei.

Em situações assim, atribuir coisa julgada a decisão que julga improcedente a pretensão do segurado, por ausência de prova da sua atividade rural, seria penalizar o próprio segurado pela sua hipossuficiência, o que acaba por ofender o próprio acesso à Justiça, pois impediria a rediscussão do conflito em razão de uma insuficiência momentânea da prova.

Neste ponto, cabe destaque para a superação da ideia de que o processo civil brasileiro se baseia na busca da "verdade formal", em detrimento de uma verdade real. Houve superação desse fundamento, prevalecendo na fase atual do direito processual, a busca da verdade no processo, dando ênfase a instrumentos que evitem injustiças praticadas por puro formalismo probatório ou argumentativo. Exemplo dessa superação, ainda sob a ótica do CPC anterior, em seu art. 320, II, é a não aplicação dos efeitos materiais da revelia em situações em que a fundamentação autoral, tanto fática como jurídica, não se coaduna com os elementos probatórios incursos nos autos (FARIAS *in* DIDIER, 2008, p. 73).

Esse entendimento ganha ainda mais relevância quando se determina na relação processual a análise de direitos indisponíveis, é o que a jurisprudência vem aplicando, por exemplo, em situações que envolvem a investigação de paternidade, com a possibilidade de relativização da coisa julgada pelo manejo de prova científica capaz de aclarar a verdade, inicialmente formalizada em uma primeira ação (exame de DNA):

> "na fase atual da evolução do Direito de Família é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça." REsp.4987/RJ (publicado no DOU 28.10.91)

Ademais, é preciso estabelecer um limite ao que seria "insuficiência de provas" ou mesmo "ausência de início de prova material", para que não se configure um "cheque em branco" para que o jurisdicionado rediscuta quantas vezes quiser a mesma lide, sem que sejam apresentados novos elementos capazes de suprir a insuficiência anteriormente reconhecida.

Além disso, a insuficiência de provas, por si só, não deve caracterizar um impedimento para a resolução do mérito, mas o que deve definir o caráter exauriente ou não da análise é a capacidade de aprofundamento sob tais elementos. É que se o jurisdicionado, inobstante tenha aduzido elementos documentais e produzido provas orais no processo, não tenha convencido o juízo, de forma motivada, a reconhecer a procedência da sua pretensão, o fato desse juízo fundamentar sua decisão de improcedência no motivo da ausência de comprovação dos fatos, isso, por si só, não pode representar uma autorização para o ajuizamento de nova ação, idêntica a esta, ainda que com o fundamento de novas provas.

A insuficiência de provas, para impedir a resolução do mérito, nos termos do Tema 629, deve ser profunda, caracterizando a ausência de elemento constitutivo do próprio direito do jurisdicionado, alegado na petição inicial.

Nesse ponto ganha relevância, como visto no tópico anterior, o instituto do "início de prova material", como um elemento mínimo, atrelado ao próprio direito material, para o reconhecimento da procedência do objeto aduzido na ação.

Assim, quando a lei delimita a necessidade do início de prova material para proceder com o reconhecimento do direito, está a definir qual o elemento de prova mínimo necessário para que o mérito seja efetivamente apreciado, de forma a afastar a alegação de coisa julgada na hipótese em que, promovida uma nova demanda, esse elemento é apresentado.

Essa será a temática tratada no tópico seguinte.

4. O INÍCIO DE PROVA MATERIAL COMO TEMPERAMENTO DA EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA NO PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO

Até agora o tema objeto do presente trabalho foi tratado de forma a analisar o início de prova material e a coisa julgada aplicada ao processo previdenciário, demonstrando a diferenciação em face do processo cível comum.

Cabe agora analisar o início de prova material como ponto de temperamento da aplicação da coisa julgada em lides previdenciárias, evidenciando que esse elemento faz parte da própria causa de pedir, sendo que a sua existência ou não no processo, é fundamental para que fique caracterizada a resolução do mérito, assim como a sua alteração entre uma lide e outra, é capaz de distinguir as duas ações, não caracterizando coisa julgada, ainda que idênticas as partes e os pedidos.

Como visto anteriormente, a Lei 8.213/1991 ao tratar do início de prova material, o correlaciona com o reconhecimento do próprio direito, sendo correto afirmar que se trata de um requisito propriamente dito.

Assim, como na hipótese de alguém que pleiteia uma aposentadoria judicialmente, e no processo tem sua pretensão julgada improcedente por falta de tempo de contribuição, tendo o juízo reconhecido restar apenas 01 ano de tempo para perfazer o necessário, e 01 ano depois, em que permanece trabalhando, o segurado promove nova ação, há distinções entre as ações, mesmo se verifica em se tratando de ações que variam sobre a existência ou não de início de prova material, pois a alteração, embora abstrata, é similar à alteração fática.

Isso pelo fato de tratar-se de um requisito para a concessão do benefício, o qual, se inexistente, culmina no não reconhecimento do direito, embora por meio de uma análise superficial, sem aprofundamento.

A Portaria DIRBEN/INSS n° 993, de 28 de março de 2022, no art. 79 estabelece o que seria início de prova material e qual seria a sua finalidade:

> Art. 79. Para que seja autorizado o processamento de Justificação Administrativa para fins de comprovação de tempo de serviço ou de contribuição, dependência econômica, união estável, identidade e relação de parentesco, é necessário que o Processo Administrativo contenha ao menos um documento contemporâneo, que possa ser considerado como início de prova do fato a ser comprovado.
> § 1º O documento apresentado serve como início de prova quando demonstra a plausibilidade do que se pretende comprovar, devendo estar em nome do interessado e ter sido emitido na época do acontecimento do ato ou fato a ser comprovado.

Nesse sentido, o entendimento expresso na IN 128/2022 é o de que o tempo de serviço, a

dependência econômica, a união estável ou outra relação não passível de comprovação em registro público, necessita de início de prova material contemporânea aos fatos (art. 568), o que demonstra a integração do início de prova material aos requisitos da aposentadoria (tempo de serviço) e pensão por morte/auxílio-reclusão (dependência econômica e união estável), de forma que esses elementos não serão reconhecidos se inexistente o início de prova.

Só é dispensável o início de prova material nas hipóteses de força maior ou caso fortuito (art. 568, §2°, da IN 128/2022).

Assim, o início de prova material é indissociável do direito ao benefício, sendo sua existência elemento essencial para que o direito seja adquirido, sendo mais que um elemento probatório comum, que pode ser substituído ou associado a outro de forma a supri-lo, mas sim um requisito integrante do próprio reconhecimento do direito.

Além disso a Portaria DIRBEN/INSS n° 993, de 28 de março de 2022, estabelece a possibilidade de o próprio INSS suprir a carência de início de prova material para fins de contagem de tempo de contribuição ou consideração de salários de contribuição no período básico de cálculo (art. 62)[2].

Esse entendimento permite aferir a importância do início de prova material para a formação da causa de pedir em um ambiente processual, de forma a diferenciar a ação e, consequentemente, afastar a ocorrência de coisa julgada.

Ainda que o julgamento do processo paradigma mencione a aplicação do julgamento com resolução do mérito, por improcedência, é preciso sempre analisar os fundamentos da *decisium* para aferir se a motivação partiu da ausência de início de prova material.

No comparativo da decisão de improcedência – leia-se pseudoimprocedência – há de se considerar a existência de elemento probatório em nova ação, com as mesmas partes e pedido, alegando os mesmos fatos, capaz de formar início de prova material, ausente na primeira ação, o que seria capaz de afastar eventual entendimento sobre a ocorrência de coisa julgada.

Esse exame comparativo deve observar a teoria da asserção na análise inicial, considerando o juízo, em um primeiro momento, verdadeira a alegação na exordial de que foram apresentados novos elementos capazes de integras início de prova material, e que esse requisito resta presente, diferentemente do primeiro processo. Essa consideração leva em conta a presunção de veracidade das alegações da parte, ao menos para a aferição das condições da ação e pressupostos processuais (TEIXEIRA; OLIVEIRA, 2014, p. 14).

Por óbvio, se em momento posterior for identificado o não preenchimento do início de prova material a partir dos elementos e alegações apresentados, os quais foram considerados verídicos em análise inicial, em face da asserção, o reconhecimento da coisa julgada é imperioso.

Portanto, pouco importa se o processo paradigma julga a pretensão com ou sem a resolução do mérito, o que será determinante para o reconhecimento da coisa julgada, em se tratando

2 Art. 62. Os dados constantes do CNIS relativos a atividade, vínculos, remunerações e contribuições valem, a qualquer tempo, como prova de filiação à Previdência Social, tempo de contribuição e salários de contribuição. (...) § 2º Quando os documentos apresentados não forem suficientes para o acerto do CNIS, mas constituírem início de prova material, ou caso haja dúvida quanto à veracidade ou contemporaneidade dos documentos apresentados, o INSS poderá realizar as diligências cabíveis, tais como: I - consulta aos bancos de dados oficiais colocados à disposição do INSS; II - emissão de ofício a empresas ou órgãos; III - Justificação Administrativa; e IV - Pesquisa Externa.

de motivação baseada na (in)existência de início de prova material, é se essa motivação foi determinante ou não para a conclusão do juízo prevento.

Isso porque há uma alteração na causa de pedir, que não tem ordem fática – os fatos estão lá, imutáveis, prontos para comprovação – mas processual, que a lei decidiu dar um tratamento fático, erigindo esse elemento ao rol de elementos necessários para o reconhecimento do próprio direito.

Esse entendimento permite conciliar o princípio da atipicidade dos meios de prova, previsto no art. 369 do CPC, que dá abertura ampla aos integrantes da relação processual, para buscar meios de comprovar os fatos que aludem ao seu direito, com a exigência da lei previdenciária do início de prova material contemporânea aos fatos, para o reconhecimento do direito ao benefício.

Se o início de prova material for entendido como um elemento de prova exigido pela lei previdenciária, sem que seja propriamente um requisito para a concessão do benefício, haverá um contrassenso entre a amplitude da prova, definida no art. 369 do CPC, e o caráter protetivo do processo previdenciário, que visa equilibrar a relação entre a Fazenda e o segurado, parte hipossuficiente da relação processual.

A construção do início de prova material, portanto, deve ser lida a partir da atipicidade e amplitude da atividade probatória, permitindo que o segurado se municie de todos os meios legais e moralmente legítimos, ainda que atípicos, para construir o início de prova material exigido pelo legislador para a aquisição do direito.

Acaso o segurado não consiga, a partir da sua atividade probatória, construir o início de prova material, não há que se falar coisa julgada material, caso o jurisdicionado apresente novos elementos em demanda posterior, ainda que com as mesmas partes e mesmo pedido, pois haverá distinção de causa de pedir, baseada na existência, na nova ação, de início de prova material.

Portanto, o início de prova material é o elemento determinante para definir, nos casos em que é exigido como requisito para a percepção do benefício previdenciário, a identidade de ações em que se varia a produção probatória, e efetivar a análise da ocorrência ou não de coisa julgada.

E não há como entender de outra forma, partindo do pressuposto de que a exigência do início de prova material é uma condicionante até mesmo da aquisição do direito, o que se revela efetivamente como um requisito concessório.

Nesse sentido, a ausência em palco administrativo do início de prova material, embora não possa gerar um cancelamento do requerimento, já que a documentação incompleta não pode conduzir a recusa do requerimento (art. 176 do Decreto n° 3.048/199 e art. 552 da IN n° 128/2022), pode acabar por influir diretamente sobre o interesse de agir no caso da propositura de eventual ação discutindo o ato de indeferimento administrativo.

Seria o caso, por exemplo, de indeferimento de requerimento de aposentadoria por idade rural de segurado especial, com base na alegação de ausência de início de prova material, em que o INSS conduz à conclusão do pleito administrativo, uma análise sem resolução do mérito,

já que tanto o Decreto n° 3.048/1999, como a IN n° 128/2022, nos arts. 176, §1°[3], e 552, §1°[4], respectivamente, preveem a essa possibilidade. Ingressando o segurado com ação judicial visando impugnar o ato de indeferimento, fundado na ausência de início de prova material, sem apresentar novos elementos, na via judicial, que possam caracterizar o esse elemento, ou mesmo não apresentando fundamentação que demonstre que houve rejeição, pelo INSS, de elementos capazes de conduzir ao início de prova, não restará preenchido sequer o interesse de agir, já que o segurado, em tese, não preenche um dos requisitos concessórios da aposentadoria. Seria hipótese similar, por exemplo, a de um segurado do sexo masculino, que pleiteia uma aposentadoria rural com menos de 60 anos de idade.

Em ambos os casos apresentados, falta ao segurado, quando do requerimento e apreciação administrativa do INSS, um requisito concessório do benefício pretendido, de forma que a ausência desse requisito conduz a uma inviabilidade do aprofundamento da decisão ao mérito, já que nem mesmo se analisará o não preenchimento com base nos elementos apresentados, mas a impossibilidade de concessão do benefício já é constatada de plano.

Conduzir à apreciação judicial essa decisão de indeferimento, levará o juízo competente a reconhecer a ausência de interesse de agir, com base no entendimento consolidado e vinculante do STF, estabelecido no Tema em Repercussão Geral nº 350, que reconheceu a necessidade de prévio requerimento administrativo para que seja reconhecido o interesse de agir em lides previdenciárias.

Obviamente esse entendimento ora estudado, deve ser temperado com base nas exceções apresentadas pelo próprio STF no tema n° 350, mas, de um modo geral, a ausência do início de prova material, como requisito concessório do benefício, na via administrativa, se não devidamente afastada a conclusão do INSS já em sede inicial, pode conduzir à extinção do processo sem resolução do mérito, com base na falta de interesse de agir.

O mesmo efeito – em seus fundamentos, mas não em suas consequências – diz respeito a fixação do termo inicial dos efeitos financeiros de eventual condenação do INSS em ação judicial, quando verificado o início de prova material somente por ocasião do processo judicial, mas não em sede administrativa.

A jurisprudência é pacífica e possui entendimento vinculante nesse sentido (Tema Repetitivo n° 995 do STJ)[5], de reconhecer a possibilidade de reafirmação da DER quando verificado o preenchimento dos requisitos somente por ocasião de momento futuro, mas não no momento em que foi efetivamente formulado o requerimento administrativo. O próprio INSS abaliza esse entendimento no âmbito do processo administrativo, como se depreende do art. 577 da IN n°

3 Art. 176. A apresentação de documentação incompleta não constitui, por si só, motivo para recusa do requerimento de benefício ou serviço, ainda que seja possível identificar previamente que o segurado não faça jus ao benefício ou serviço pretendido. (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020) § 1º Na hipótese de que trata o caput, o INSS deverá proferir decisão administrativa, com ou sem análise de mérito, em todos os pedidos administrativos formulados, e, quando for o caso, emitirá carta de exigência prévia ao requerente. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

4 Redação idêntica ao art. 176, §1°, do Decreto 3.048/1999.

5 É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.

128/2022[6] e art. 52 do Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS)[7].

Esse entendimento tem base justamente na situação de hipossuficiência do segurado que, muitas vezes, sem o conhecimento técnico adequado, formula o requerimento de maneira equivocada ou mesmo sem apresentar algum elemento que a legislação reputa essencial para a concessão do benefício.

A ausência de início de prova material na via administrativa, com a posterior apresentação de elementos de prova que constituam esse requisito, na via judicial, pode conduzir à conclusão do julgador no sentido de que a DER deve ser reafirmada, já que somente no momento da propositura da ação é que o requisito do início de prova material ficou caracterizado, não podendo o INSS ser condenado a pagar as parcelas do benefício devidas desde a DER, já que nesta data faltava um dos requisitos para a concessão do benefício e, por via de consequência, o indeferimento foi correto.

Mais uma vez alerta-se sempre para a necessidade de temperamentos, diante das circunstâncias do caso concreto, bem como da hipossuficiência técnica da parte requerente.

Por fim, outro entendimento que serve como fundamento para reconhecer o início de prova material como efetivo requisito concessório dos benefícios que o exigem, capaz, portanto, de influir na coisa julgada pela diferenciação da causa de pedir, é a aplicação do prazo decadencial para a revisão do benefício, mesmo na hipótese de matéria não apreciada pelo INSS quando da análise do requerimento administrativo, seja pela não apresentação de documento pertinente, seja pela não alusão a fundamento aplicável à pretensão

Nesse sentido o Tema Repetitivo n° 975 do STJ:

> Aplica-se o prazo decadencial de dez anos estabelecido no art. 103, caput, da Lei 8.213/1991 às hipóteses em que a questão controvertida não foi apreciada no ato administrativo de análise de concessão de benefício previdenciário.

O entendimento afasta a alegação de que não incidiria o prazo extintivo decadencial para revisão da concessão de benefício, no caso de questão controvertida não apreciada pelo INSS no âmbito administrativo. Esse entendimento se aplicaria no caso, por exemplo, do segurado que tem o seu direito à aposentadoria reconhecido somente no momento da decisão administrativa, em prejuízo à DER, sob o fundamento de que somente no momento da decisão foi constatado o início de prova material.

Ora, se posteriormente o segurado pretende revisar esse ato concessório, após 10 anos, consumado o prazo legal, alegando que não houve apreciação dos elementos apresentados

6 Art. 577. Por ocasião da decisão, em se tratando de requerimento de benefício, deverá o INSS: (…) II – verificar se, não satisfeito os requisitos para o reconhecimento do direito na data de entrada do requerimento do benefício, se estes foram implementados em momento posterior, antes da decisão do INSS, caso em que o requerimento poderá ser reafirmado para a data em que satisfizer os requisitos, exigindo-se, para tanto, a concordância formal do interessado, admitida a sua manifestação de vontade por meio eletrônico.

7 Art. 52. As decisões das Unidades Julgadoras serão lavradas pelo relator do processo, redigidas na forma de acórdão, e deverão conter linguagem discursiva, simples, precisa e objetiva, evitando-se o uso de expressões vagas, códigos, siglas e referências a instruções internas que dificultem a compreensão do julgamento, devendo haver utilização de glossário, se for o caso, com o objetivo de atender à clientela social. (…) § 4º As decisões serão líquidas, não podendo ficar condicionadas a evento futuro ou incerto, salvo quando implementados os requisitos para o reconhecimento do direito em momento posterior ao requerimento administrativo, hipótese em que a Data de Entrada do Requerimento (DER) poderá ser reafirmada até a data do cumprimento da decisão do CRPS ou pelo INSS.

posteriormente para caracterizar o início de prova material desde a DER, ainda assim terá ocorrido decadência.

O entendimento do STJ tem sua razão de ser justamente no fato de que o início de prova material se refere a requisito efetivo do benefício, e a pretensa revisão, na realidade, não se desdobra sobre elemento apreciado ou não pelo INSS, mas sim em face de requisito não preenchido do benefício, que ao ser ignorado pelo INSS na DER, na realidade, foi rejeitado, só sendo reconhecido por ocasião da decisão administrativa.

Em face de tudo que foi apresentado, é firme o entendimento de que o início de prova material, por ser um verdadeiro requisito concessório dos benefícios que o exigem, tanto pela lei, como pelas normas regulamentares do INSS, e que pode efetivamente alterar a causa de pedir quando (in)existente em variação entre duas ações, com as mesmas partes e o mesmo pedido, influencia na caracterização ou não da coisa julgada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo apresentado, se verifica que a legislação previdenciária, em algumas situações, de forma específica à ampla produção probatória, reconhecida pela processualística brasileira, faz a exigência de apresentação de início de prova material, para que seja reconhecido o direito ao recebimento de determinada prestação previdenciária.

Frente a essa exigência, a produção probatória nesses casos não pode ser compreendida apenas sob um aspecto formal e abstrato, mas como um elemento de ordem material, que se integra ao próprio direito ao benefício, como um requisito para a sua concessão.

Por ser requisito concessório, assim como os fatos que circundam a relação processual posta em análise quando da propositura da ação, essa exigência se insere na própria causa de pedir, de forma que a sua alteração entre duas demandas, ocasiona a distinção entre elas, não caracterizando, ao menos em tese, coisa julgada.

Essa compreensão perpassa, ainda, pela natureza distinta do processo judicial previdenciário, que não se assemelha *in totum* ao processo civil comum, que embora compreenda o direito à prova como um direito fundamental, conferem amplitude probatória como regra à atividade de instrução das partes, e faz incidir de forma mais presente a preclusão sobre essa atividade.

Compreender dessa forma o início de prova material é fundamental para construir um parâmetro objetivo de análise da coisa julgada em casos que envolvem demandas previdenciárias, de forma a considerar afastada a ocorrência de tal pressuposto processual – negativo – nas hipóteses de variação entre as demandas, do início de prova material.

Esse entendimento, além de se coadunar com a natureza do processo judicial previdenciário, evita a construção de decisões judiciais que não se aprofundam efetivamente ao mérito, e acabam por produzir injustiças no julgamento, sem observar de forma coerente a hipossuficiência na relação processual entre o segurado e a Administração Previdenciária.

Junte-se a isso o fato de que a maioria das demandas judiciais previdenciárias são processadas e julgadas através do procedimento do Juizado Especial Federal, o qual, em regra, não admite recurso inominado em face de sentença terminativa, o que inclui a extinção sem resolução

do mérito por ocorrência de coisa julgada.

Afora a natureza diferenciada do processo judicial previdenciária, o instituto da coisa julgada vem sofrendo uma releitura pela compreensão atual, defendida em geral pela doutrina contemporânea, de que a verdade formal não pode se sobrepor à justeza da decisão, o que implica na finalidade do processo voltada para a busca da verdade, sem ceder a formalismos e objetivações baseadas em mecanismos de encerramento ou aceleração do processo, visando a celeridade através da preclusão e perda de poderes processuais.

A própria legislação, em especial o Código de Processo Civil, possui diversas situações em que o formalismo se submete à verdade dos fatos, como na hipótese da não aplicação dos efeitos materiais da revelia, além da desconstituição da exigibilidade de título executivo judicial inquinado de inconstitucionalidade, o que denota a releitura referida.

Portanto, a junção do caráter específico do processo judicial previdenciário com essa releitura da processualística contemporânea, acolhe a ideia de que o chamado início de prova material, quando não verificado em uma relação processual, não poderá gerar uma decisão que produza coisa julgada material, impedindo o indivíduo que, a partir da constituição desse requisito – o início de prova – possa promover uma nova demanda, sem a aplicação de pressuposto processual negativo, isto é, sem aplicação da coisa julgada material.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988*. DF: 05 de outubro de 1988.

BRASIL. *Instrução Normativa PRES/INSS n° 128, de 28 de março de 2022*, Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário. DF: DOU 28 de março de 2022. Disponível em: https://www.gov.br/inss/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/normas-interativas-2/normas-interativas. Acesso em: 28 mai. 2024

BRASIL. *Lei 8.213/1991, 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. DF: DOU de 25 de julho de 1991.

BRASIL. *Portaria DIRBEN/INSS n° 991, de 28 de março de 2022*. Normas Procedimentais em Matéria de Benefícios. DF: DOU 28 de março de 2022. Disponível em: https://www.gov.br/inss/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/normas-interativas-2/normas-interativas. Acesso em: 28 mai. 2024

BRASIL. *Portaria DIRBEN/INSS n° 993, de 28 de março de 2022*. Normas Procedimentais em Matéria de Benefícios. DF: DOU 28 de março de 2022. Disponível em: https://www.gov.br/inss/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/normas-interativas-2/normas-interativas. Acesso em: 28 mai. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema repetitivo 532*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 10/10/2012, Primeira Seção. Data de Publicação: DJe 19/12/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=532&cod_tema_final=532. Acesso em: 28 mai. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema repetitivo 554*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 10/10/2012, Primeira Seção. Data de Publicação: DJe 19/12/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=554&cod_tema_final=554. Acesso em: 28 mai. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema repetitivo 638*. Relator: Ministro Arnaldo

Esteves de Lima, Data de Julgamento: 28/08/2013, Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 05/12/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1348633. Acesso em: 28 mai. 2024

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil:* direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. V. 2, 10ª Ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. - São Paulo: Malheiros, 2017.

GENEROSO COSTA, C. H. O Início de Prova Material Para o Segurado Especial na Fusão de Horizontes de Sentido de Hans Georg-Gadamer. *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 102–107, 2018. Disponível em: https://revistajuridicas.pgsscogna.com.br/juridicas/article/view/6285. Acesso em: 22 mai. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil comentado* [livro eletrônico], 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança jurídica dos atos processuais: a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie. *Relativização da coisa julgada:* Relativização. 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

RIBEIRO, Marcelo. *Processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 9. ed. rev. atual. ampl. Alteridade Editora. Curitiba. 2021.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. As condições da ação e o projeto de novo código de processo civil brasileiro. *Revista Derecho y Cambio Social*, Año 11, Nº. 35, 2014. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472792, Acesso em: 22 mai. 2023.

Recebido em: 09.06.2023
Aprovado em: 05.03.2024
Última versão dos autores: 07.03.2024

Informações adicionais e declarações dos autores (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirmou que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):
SOARES NETO, M. P. O início de prova material como integrante da causa de pedir para fins de definição da coisa julgada na lide previdenciária. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, 33 (2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.15558. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/15558/version/19663. Acesso em: 31 mai. 2024.

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Manifestações do Mundo Vuca no contexto pandêmico e as consequências físicas e mentais em teletrabalhadores do setor privado

Jane Lúcia Wilhelm Berwanger [1]
Faculdade CERS, Recife/PE, Brasil
E-mail: janeberwanger@cers.com.br

Oton Albuquerque de Vasconcelos Filho [2]
Faculdade CERS, Recife/PE, Brasil
E-mail: otonvasconcelosfilho@cers.com.br

Lahys de Lima Camelo [3]
Faculdade CERS, Recife/PE, Brasil
E-mail: lahysdelimacamelo@gmail.com

Resumo: O presente artigo objetiva analisar de que maneira o adoecimento de teletrabalhadores do setor privado durante a pandemia de Covid-19 se relaciona com aspectos característicos do Mundo VUCA. A partir de discussões que apontam a volatilidade, a incerteza, a complexidade e a ambiguidade como características da pós-modernidade, procura lançar um olhar crítico sobre a expansão do teletrabalho enquanto modalidade laboral, em especial durante o período pandêmico. O conteúdo dados coletados, de natureza bibliográfica, foram analisados qualitativamente e sistematizados em torno de duas categorias centrais às reflexões propostas: aspectos econômicos, sendo aqueles relacionados aos efeitos diretos e indiretos da pandemia na economia global; e aspectos socioculturais e pessoais, vinculada aos efeitos não- econômicos, mas que aprofundaram as características do Mundo VUCA no contexto do teletrabalho. Os resultados alcançados apontam para a necessidade de se pensar estratégias de cuidado físico e mental dos teletrabalhadores e situam a importância dos profissionais do Direito na garantia dos direitos da categoria, bem como na minimização dos riscos de adoecimento.

1 Pós-doutoranda pelo POSCHR - Observatório de Direitos Humanos para os Países de Língua Oficial Portuguesa, Coimbra, Portugal. Doutora em Direito Previdenciário pela PUC-SP (2013). Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2005). Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (1998). Presidente (2012 a 2018) e atual Diretora Científica do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP). Advogada. Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado Profissional em Direito da Faculdade CERS. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1036-4209. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0639219966970906. E-mail: janeberwanger@cers.com.br

2 Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Olinda (AESO). Professor do Corpo Permanente do Programa de Mestrado em Gestão Local e Desenvolvimento Sustentável da UPE. Professor do Curso de Direito do Campus Benfica/FCAP. Professor do Corpo Permanente do Mestrado Profissional em Direito, Mercado, Compliance e Segurança Humana da Faculdade CERS. Advogado. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9389896835316686. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5043-286X. E-mail: otonvasconcelosfilho@cers.com.br.

3 Mestranda em Direito, Mercado, Compliance e Segurança Humana - Faculdade do Complexo de Ensino Renato Saraiva (Faculdade CERS). Especialista em Direito Processual Civil - Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Bacharela em Direito - Centro Universitário Tabosa de Almeida. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito e os Conflitos Oriundos da Pós-Modernidade (UPE/CNPq). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2409760205701850. ORCID: https://orcid.org/0009-0006-3096-171X. E-mail: lahysdelimacamelo@gmail.com

Palavras-chave: Mundo VUCA, setor privado, Covid-19, adoecimento do teletrabalhador.

Manifestations of the vuca world in the pandemic context and the physical and mental consequences in private sector teleworkers

Abstract: This article aims to analyze how the illness of teleworkers in the private sector during the Covid-19 pandemic relates to characteristic aspects of the VUCA World. Based on discussions that point to volatility, uncertainty, complexity and ambiguity as characteristics of postmodernity, it seeks to cast a critical eye on the expansion of telework as a labor modality, especially during the pandemic period. The collected data, of bibliographical nature, were qualitatively analyzed and systematized around two categories central to the proposed reflections: economic aspects, being those related to the direct and indirect effects of the pandemic on the global economy; and sociocultural and personal aspects, linked to non-economic effects, but that deepened the characteristics of the VUCA World in the context of telework. The results achieved point to the need to think about strategies for physical and mental care of teleworkers and situate the importance of legal professionals in guaranteeing the rights of the category, as well as minimizing the risks of illness.

Keyword: VUCA World, private sector, Covid-19, teleworker illness.

1. INTRODUÇÃO

A globalização, fenômeno característico da pós-modernidade, produziu efeitosnão apenas nas relações comerciais, mas passou a atravessar todas as formas de relação travadas no âmbito societal. O aumento da dependência tecnológica para a realização das atividades cotidianas, o imediatismo das informações e a hiperconexãodos cidadãos são manifestações crescentes desse atravessamento.

O Mundo VUCA, acrônimo que significa volatilidade, incerteza, complexidade e ambiguidade, criado pela comunidade de inteligência do exército dos Estados Unidosno início dos anos 90, pode ser utilizado para expressar a complexidade da sociedadecontemporânea, marcada por mudanças muito rápidas e imprevisíveis em várias instâncias da vida.

No que tange às relações comerciais, esta fase de informatização da sociedade está revolucionando os meios e formas de se gerir e produzir riquezas, fazendo surgirnovos tipos de negócios, novas profissões, como também propiciando transformaçõesnas formas laborais que já existiam. Neste turbilhão de novidades, tem-se a crescenteexpansão da prestação de serviços pelos trabalhadores na modalidade de teletrabalho, no qual o empregado presta seus serviços em local diferente do espaçofísico da empresa ao qual é vinculado.

Com a chegada da pandemia de Covid-19, referida modalidade laboral se impôs às empresas. Muitas delas, que até entãonão cogitavam essa possibilidade como prática intensiva, passaram a depender exclusivamente do trabalho remoto. A hiperconectividade e a facilidade de acesso aos recursos tecnológicos necessários para o desempenho dos serviços se tornou cenáriopropício para

uma crescente política de metas, realidade que leva a questionamentosquanto aos efeitos na saúde dos teletrabalhadores.O objetivo do presente estudo é analisar de que maneira o adoecimento de teletrabalhadores do setor privado durante a pandemia de Covid-19 se relaciona com aspectos característicos do Mundo VUCA. Como forma de alcançar o objetivo proposto, a discussão será pautada pelos seguintes objetivos específicos: discutir o Mundo VUCA enquanto característica da pós-modernidade globalizada; compreenderos aspectos do Mundo VUCA no setor corporativista privado e os reflexos na saúde do teletrabalhador; e refletir sobre as transformações ocasionadas no setor corporativista privado pelo cenário pandêmico.

No que tange aos aspectos metodológicos, o método utilizado no presente trabalho foi o dialético, visto que considerou a busca dos nexos constitutivos da realidade, captando contradições acerca do objeto ao longo do tempo e como isso impacta no processo investigativo e culmina no que se observa na realidade (LAKATOS, MARCONI, 2019). A abordagem escolhida foi a qualitativa, através da qual realizou-se a análise dos aspectos substanciais do material escolhido, não havendo interesse em produção de dados numéricos (CRESWELL, 2010). Esta pesquisa se classifica como bibliográfica-exploratória, uma vez que visou realizar uma primeira análise a respeito dos fenômenos envolvidos, através da articulação de perspectivas teóricas desenvolvidas no âmbito do estudo.

Os dados coletados foram analisados a partir da técnica de análise de conteúdo, desenvolvida por Bardin (2011), mediante sistematização das informaçõesnas seguintes categorias: ***aspectos econômicos***, formada pelas unidades de registro*instantaneidade do cenário modificador*, *desestabilização dos índices de natureza econômica* e *conflitos entre os espaços públicos e privados*; e ***aspectos socioculturais e pessoais***, cujas unidades de registro foram nomeadas de *reajustamento das relações sociais*, *hiperconectividade e acesso constante ao conteúdo midiático* e *contato próximo com experiências desestabilizadoras*.

Este artigo se justifica porque busca contribuir para que as partes envolvidas em relações trabalhistas compreendam a dimensão do Mundo VUCA e os seus efeitos. No que tange às contribuições acadêmicas, parte da inexistência de trabalhos que reflitam, de maneira articulada, os aspectos relacionados ao Mundo VUCA e ao adoecimento do teletrabalhador, em especial no contexto pandêmico.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O mundo VUCA e a pós-modernidade

Para compreender o Mundo VUCA é necessário tecer breves considerações sobre as profundas transformações sociais que o mundo vem passando nas últimas décadas, as quais têm sido objeto de investigação de intelectuais de várias áreas, principalmente da Sociologia e da Filosofia. Essas investigações têm possibilitado a apreensão cada vez mais acurada da realidade característica do novo milênio.

Por conta de interesses e formação intelectual variados, autores dão diferentes nomes de batismo a esse mesmo conjunto de transformações, tais como: revolução das tecnologias de

informação (CASTELLS, 2000), pós-modernidade ou pós- modernismo (JAMESON, 1991) e modernidade líquida (BAUMAN, 2014). Neste trabalho, será utilizada a expressão pós-modernidade.

O período pós-moderno, diferentemente da modernidade – onde prevalecia a ordem, o progresso, a verdade, a razão, a objetividade, as teorias universalistas, as fronteiras, as barreiras, as instituições sólidas -, é caracterizado pela globalização, pelas comunicações eletrônicas, pela relativização, pelo curto prazo, pelo imediatismo, pela imprevisibilidade, pelo consumo etc.

Tais características ensejam uma certa liquidez cultural e social, uma vez que nada é feito para durar. O termo líquido procura suscitar as condições voláteis e instáveis que caracterizam as relações pós-modernas, uma vez que fluidos não são estáticos e imóveis (MACHADO, 2020). Segundo Bauman (2014) vivemos em tempos líquidos, nos quais as relações, os trabalhos, as organizações são líquidas e necessitam de políticas de desenvolvimento adequadas.

Dentre os aspectos que caracterizam a pós-modernidade, destaca-se o notável desenvolvimento tecnológico, iniciado com a implementação da Tecnologia da Informação (TI) nas fábricas durante a terceira fase da Revolução Industrial e aprofundado, enquanto Indústria 4.0, em sua quarta fase. Os conceitos de robótica, de realidade virtual, de internet das coisas servem para dar nome à junção do saber físico e mental (MELLO *et al.* 2020), vivenciada após esses processos. A internet se estabelece como ferramenta imprescindível ao caminhar da própria sociedade, estando imbricada em todos os setores, acompanhando o indivíduo e as organizações produtivas continuamente.

O desenvolvimento tecnológico impulsionou o advento do fenômeno da globalização, outra característica marcante da pós-modernidade. Gimenez *et at.* (2017) descrevem o contexto globalizado a partir da existência de uma cultura de massa, produzida pela ampla circulação de bens de consumo, híbrida quanto à cultura e aos costumes em razão da dissolução dos limites de tempo e de espaço.

Com base nesses aspectos surge o conceito de Mundo VUCA. Criado pelo exército americano, se refere aos eixos da volatilidade (*volatility*), da incerteza (*uncertainty*), da complexidade (*complexity*) e da ambiguidade (*ambiguity*). A referida sigla foi utilizada inicialmente pelos militares, no final da década de 90, para definir umambiente agressivo e desafiador. Atualmente, é utilizada para indicar características semelhantes percebidas nas relações sociais (TRIGO, 2020).

A volatilidade pode ser entendida como a velocidade das mudanças no mundo.A incerteza diz respeito à falta de previsibilidade dos resultados e das ações futuras. A complexidade revela a conectividade e interdependência das relações e a ambiguidade importa na possibilidade de interpretação dúbia e falta de clareza quantoaos fenômenos (LEITE *et al.* 2022).

Esse mundo volátil, incerto, complexo e ambíguo está presente em todas as áreas da vida, inclusive no âmbito laboral. Desafios importantes são impostos às organizações empresariais, por cobrar decisões rápidas, eficazes e capazes de se adaptarem às constantes mudanças do mercado, com fim de sobreviverem, levando em conta todos os seus recursos, sejam humanos, físicos e digitais.

2.2 A presença da tecnologia nas modalidades laborais: reflexões sobre o teletrabalho

As experiências atuais revelam novas formas de interação entre as pessoas e de consumo. Com o advento de outras modalidades de empregos, a utilização de recursos da inteligência artificial como substituição à mão-de-obra humana se mostra cada vez mais comum (ROCHA, LIMA, WALDMAN, 2020). As transformações são profundas no ambiente laboral e o foco do consumo atualmente acontece no setor dosserviços, com base no uso do trabalho intelectual em detrimento do trabalho físico. Pode-se ressaltar a terceirização, o trabalho intermitente e o teletrabalho como modalidades laborais de destaque nesta atual fase da conhecida Revolução 4.0[4].

No presente estudo, enfoca-se o teletrabalho[5], "novo modelo de prestação de trabalho atípico, a distância, descentralizado, externalizado e flexível, com o uso de instrumentos da telemática" (CALVO, 2020, p. 42). Essa modalidade laboral é atípicapor não ser a primeira forma de trabalho, visto que somente surgiu com o desenvolvimento da tecnologia na área de informática e comunicação; à distância, porque é executada fora das dependências da empresa, geralmente na residência docolaborador; descentralizada, cujo controle sobre as atividades do trabalhador é realizado de forma indireta, através de recursos informáticos e audiovisuais; flexível não limitado a um horário de trabalho rígido; e externalizado, porque desconhece fronteiras físicas na prestação do serviço e o ambiente do trabalho passa a ser todo equalquer lugar onde o trabalhador possa se conectar (ROCHA, LIMA, WALDMAN, 2020).

> A modalidade de teletrabalho configura-se quando o método de serviço utilizado pelo empregador e empregado é de mecanismos digitais (softwares), eletrônicos (computadores) e de comunicação (como smartphones, telefone, fax, Skype, laptop...) (BALD; TESSMANN, 2016, p. 153).

No direito brasileiro, o conceito de teletrabalho somente foi positivado por ocasião da Lei n° 13.467/2017, que inseriu no artigo 75 da Consolidação das Leis doTrabalho (CLT) as alíneas "a" a "e". No *caput* do referido artigo descreve-se que o teletrabalho consiste na "prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam com o trabalho externo" (BRASIL, 1943, p. 11). Esse marco regulatório estabeleceu um avanço legislativo, embora não se verifique proteção específica destinada a tais trabalhadores, a exemploda presunção de inexistência de submissão dos teletrabalhadores a controle de jornada, em conformidade com disposto no artigo 62, inciso III da mesma Consolidação[6].

As modificações trazidas pela reforma trabalhista de 2017 já havia previsto algumas

4 De acordo com Antunes (2020), consiste em proposta que nasceu na Alemanha em 2011, a fim de gerar um novo e profundo salto tecnológico no mundo produtivo (sentido amplo), estruturada a partir das tecnologias de informação e comunicação. Segundo o autor, sua expansão implicará na ampliação dos processos produtivos ainda mais automatizados e robotizados em toda a cadeia de valor, de forma que a logística empresarial será toda controlada digitalmente.

5 Em concordância com Sobrat (2020), é oportuno destacar que home office e teletrabalho não possuem o mesmo significado. O primeiro é espécie do qual o segundo é gênero. Ou seja, o home office é uma modalidade do teletrabalho, ocasião em que o trabalhador desempenha sua atividade laboral diretamente de sua residência.

6 "Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] III - os empregados em regime de teletrabalho" (BRASIL, 1943, 10).

disposições aplicáveis ao regime de teletrabalho, como a alteração promovida no parágrafo único do artigo 6º da CLT, passando a equiparar a subordinação direta àquela decorrente do controle à distância. No entanto, não se mostraram suficientes para garantir a segurança necessária ao teletrabalhador. Como forma de tentar suprir minimamente esse vácuo legislativo, foi editada a Medida Provisória n° 1.108/2022, convertida na Lei nº 14.442/2022, que promoveu algumas alterações consideráveis.

Em primeiro lugar, a referida Lei alterou o próprio conceito de teletrabalho previsto no art. 75-B da CLT, excluindo o termo preponderantemente e passou a admitir o comparecimento, sobretudo habitual,do empregado às dependências da empresa, sem que isso desnature o regime de teletrabalho ou trabalho remoto (BRASIL, 2022).

Em segundo lugar, trouxe a previsão de controle de jornada do teletrabalhador, além do pagamento de horas extras, caso seja ultrapassada a jornada regular. Entretanto, excluiu do controle de jornada a prestação de serviço por produção ou tarefa, já que, nesse caso, o teletrabalhador tem a liberdade de laborar no horário quedesejar (BRASIL, 2022).

Em terceiro lugar, passou a prever prioridade de vagas de teletrabalho ou trabalho remoto para os trabalhadores com deficiência ou com filhos de até quatro anos de idade, sendo obrigação do empregador viabilizar tal garantia (BRASIL, 2022). Isso indica que as empresas podem e devem, por responsabilidade social e pelos objetivos de cultura organizacional, investir em medidas capazes de diminuir os efeitos negativos do teletrabalho na vida dos seus empregados, em especial no que tange ao adoecimento físico e mental.

Os estudos apontam o quanto é importante, para uma organização equilibrada, valorar o tema de felicidade no trabalho, pois quando este é conseguido pelos trabalhadores são gerados benefícios para a empresa, tais como: um ambiente mais saudável, que revela tranquilidade e motivação; uma maior produtividade e qualidade de atividades; a redução do absenteísmo do trabalho por doenças físicas e mentais; uma menor rotatividade dos trabalhadores; a redução de gastos e uma maior lucratividade; e a confiabilidade, que leva a um melhor desenvolvimento estratégico, com maior competitividade (LEITE *et al.* 2022).

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Nesta seção, será feita a análise do material teórico selecionado, com vistas a alcançar o objetivo pretendido. O desenvolvimento das reflexões seguirá as categorias de análise previamente definidas, na busca por contemplar os ***aspectos* econômicos** e os ***aspectos socioculturais e pessoais*** relacionados ao contexto pandêmico e que indicam o adoecimento dos teletrabalhadores. Durante a análise, será feita a articulação dos resultados alcançados com os aspectos teóricos já discutidos a respeito do Mundo VUCA como expressão da pós-modernidade.

3.1 Aspectos econômicos

Em março de 2020, fomos surpreendidos por um inimigo invisível a olho nu, o coronavírus SARS-CoV-2. Supostamente surgido no território chinês no final de 2019,o vírus rapidamente se

espalhou por todos os continentes, levando a Organização Mundial da Saúde (OMS), em pouco tempo, a reconhecer que se tratava de uma pandemia. O coronavírus se tornou responsável pelo crescimento exponencial de casos de infecções respiratórias agudas, nomeadas clinicamente de Covid-19.

O contexto pandêmico levou à imposição de medidas de contenção, como o isolamento social e a quarentena obrigatórias, no claro intuito de evitar a disseminação do coronavírus e proteger a saúde da coletividade. Tais medidas causaram grandes impactos nas relações de trabalho, principalmente subordinado, com o fechamento temporário de inúmeras atividades. Para manterem-se em funcionamento, as empresas se viram obrigadas a aderir, de maneira imediata, a meios alternativos, tendo a grande maioria optado pela migração do trabalho presencial para o remoto, através do qual os colaboradores passaram a laborar de suas residências (*home office*).

Conforme visto, os termos *home office* e teletrabalho são conceituados de maneira distinta (SOBRAT, 2020), não se confundindo teoricamente. No entanto, durante o ciclo pandêmico, a fusão entre os dois institutos foi potencializada, vez que a conjuntura impôs ao teletrabalhador desempenhar suas funções exclusivamente em seu domicílio (COSTA, 2020).

Antes do advento da pandemia de Covid-19, aproximadamente 7,9% dos trabalhadores do mundo laboravam em suas residências, o equivalente a 260 milhõesde pessoas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2021). No decorrer da pandemia, o regime de teletrabalho se intensificou em escala mundial.

Empresas adeptas ao teletrabalho, antes da pandemia ou não, precisaram se reorganizar rapidamente, tornando viável a execução das atividades laborais dos seus empregados por meio das Tecnologias da Informação e Comunicação - TICs, incorrendo num *boom* do teletrabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2020).

Diante desta nova realidade, algumas questões podem ser levantadas no sentido de analisar os benefícios e as desvantagens para o teletrabalhador. Questiona-se, frente ao processo de transformação profunda, como o ser humano passa a ser considerado, como ficam as relações sociais e familiares mantidas pela pessoa que se encontra por trás dos recursos tecnológicos.

Algumas vantagens podem ser enxergadas, como a extinção do demorado deslocamento dos trabalhadores em grandes centros urbanos aos seus locais de trabalho, geralmente causadores de cansaço ao trabalhador; bem como uma melhor administração do tempo para cumprimento das tarefas (FERRACIOLI; FERRACIOLI, 2020).

No entanto, não havendo a necessidade do teletrabalhador comparecer ao local físico de trabalho, como deve ser feito o controle de sua jornada? Em sendo possível a execução do trabalho em todos os locais e momentos, bastando ao empregado estar conectado, como fica a divisão do seu tempo entre a sua vida particular e profissional? De quem é a responsabilidade pela montagem e manutençãodo ambiente de trabalho do teletrabalhador, já que o mesmo se confunde com sua residência? Eis algumas questões emergentes.

É sabido que o processo de flexibilização das relações do trabalho adoece os trabalhadores, tendo em vista a confusão da vida pessoal e profissional destes (ANTUNES *apud* BOSCHINI, 2018). Atualmente, o cenário aponta para a crescente expansão de trabalhadores de aplicativos, que mantêm vínculos informais com os empregadores e recebem remuneração por metas atingidas,

não por horas trabalhadas. Isso leva-os a enfrentar jornadas laborais exaustivas, com remuneração cada vez menores e constantemente monitoradas mediante o uso da Tecnologia da Informação, através do sistema conhecido como "sistema de plataformas digitais" (OLIVEIRA *et al.* 2021).

A Tecnologia da Informação, usada como controle dos teletrabalhadores diante do estabelecimento de metas de produtividade - muitas vezes inatingíveis ou alcançadas apenas em situações de hiperconectividade -, contribui para a precarização do teletrabalho. É comum realidades de rotinas intensas, com longas jornadas, sem pausas para descansos e sem distinção entre o que se considera comovida dentro e fora do trabalho (ARRUDA, D'ANGELO, 2020). Em razão disso, ambiente laboral torna-se propício ao adoecimento[7].

No que tange às condições do ambiente de trabalho, ante a peculiaridade de oteletrabalhador passar a exercer suas funções unicamente em domicílio após a ascenção do contexto pandêmico, é notória a preocupação com acidentes de trabalholigados à ergonomia, como esforços repetitivos ante a inadequação dos componentesdo trabalho, iluminação, exposição a temperaturas inadequadas, fadiga ocular e ruídos, fatores causadores de danos a médio e longo prazos (WINTER, 2005).

Somado a isso, fatores emocionais desenvolvidos ou aprofundados pela precariedade das relações econômicas atualmente vivenciada tornaram ainda mais propício o surgimento de doenças provocadas pelo teletrabalho nos teletrabalhadores. A incidência da pandemia comprometeu ainda mais o funcionamento da economia, em especial no Brasil. Os governos viram-se frente à necessidade de implantação depolíticas públicas destinadas às mais variadas problemáticas, não apenas do campo da saúde.

No setor econômico, temas como o aumento do número de desempregados eo fechamento definitivo de empresas que não estavam preparadas para situações decrises foram centrais. Távora (2020) menciona que, ao longo da pandemia, o Brasil passou por diferentes choques, como demanda fraca do petróleo e paralisação econômica, decorrente das restrições de controle do vírus. Aspectos como esses implicaram na redução de consumo e, em simultâneo, afetaram a contratação de trabalhadores.

Segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, no primeiro trimestre completo da pandemia, a renda individual do trabalho do brasileiro - incluindosegmentos formais, informais e desocupados - apresentou queda média de 20.1%, enquanto a sua desigualdade, medida pelo índice de Gini, subiu 2.82%. Tanto o nívelcomo a variação das duas variáveis constituem recordes negativos nas respectivas séries históricas iniciadas em 2012 (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2020).

A renda trabalhista da metade mais pobre da distribuição caiu 27.9% contra 17.5% para os 10% mais ricos brasileiros. Os principais grupos sociais perdedores dacrise foram os indígenas (-28.6%), os analfabetos (-27.4%) e os jovens entre 20 e 24anos (-26%). Todas as Unidades da Federação e suas respectivas capitais pesquisadas apresentaram quedas de renda do trabalho. Pernambuco e Recife são as localidades mais afetadas pelas vias do mercado de trabalho. A queda de renda média de 20.1% teve como principal impulsionador a redução da jornada de trabalho média de 14.34%, enquanto a taxa de ocupação caiu 9.9% (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS,

7 Esse adoecimento é aprofundado pela falta de segurança jurídica desses trabalhadores, que até a edição da Medida Provisória n° 1.108/2022 – ainda não convertida em lei – não tinham o direito ao controle de jornada. Uma importante inovação trazida pela MP foi a previsão de controle da jornada do teletrabalhador, exceto nos casos em que houver prestação de serviços por produção ou tarefa (BRASIL, 2022).

2020).

Cumpre ressaltar, no entanto, que a emergência da pandemia de Covid-19 e os seus efeitos não foram decisivas e únicas determinantes para a precarização do teletrabalho. Tais aspectos já poderiam ser verificados antes da emergência do cenário pandêmico, embora neste tenham assumido outras facetas. Byung-Chul Han (2019) aponta que o século XXI traz consigo uma mudança no adoecimento de indivíduos, sendo marcado pelo que chama de doenças neuronais. O autor entende que este século é o cenário de doenças como "depressão, transtorno de déficit de atenção com síndrome de hiperatividade (TDAH), transtorno de personalidade limítrofe (TPL) ou a Síndrome de *Burnout* (SB)" (HAN, 2019, p. 6).

Em 2019, a Organização Mundial de Saúde - OMS reconheceu a Síndrome de*Burnout* - SB como fenômeno ocupacional, sendo considerado um marco significativona perspectiva de proteção à saúde do trabalhador, inserindo tal enfermidade na Classificação Internacional de Doenças - CID. A CID 11 reconhece o nexo causal entre o comprometimento da saúde do trabalhador e o clima organizacional (SOUZA *et al.*,2021).

No Brasil, cerca de 30% dos trabalhadores sofrem com a Síndrome de *Burnout,* também conhecida como síndrome do esgotamento profissional (INTERNATIONAL STRESS MANAGEMENT ASSOCIATION, 2020). A CID 11 conceitua a SB como o resultado de estresse crônico no ambiente laboral que não foi administrado com êxito. Os sintomas do *Burnout* podem ser psicossomáticos, psicológicos e comportamentais, produzindo aspectos negativos nos campos profissional, individual e social. Os trabalhadores acometidos passam a sofrer com exaustão, irritabilidade, ansiedade e tristeza, o que pode desencadear úlceras, insônia, dores de cabeça, hipertensão, abuso no uso de álcool e de medicamentos (CARDOSO *et al.*, 2017).

Fica bastante evidente que os aspectos característicos do Mundo VUCA são vivenciados diretamente nesse contexto. As mudanças têm ocorrido em uma velocidade cada vez maior e tem-se a sensação de que tudo está passando mais rápido do que o habitual. Atrelado a isso, a volatilidade provoca a sensação de iminência do risco, em razão da baixa ou nenhuma estabilidade, principalmente diantedas realidades do teletrabalho já expostas.

No que compete aos elementos da incerteza, a necessidade de adaptação das empresas nunca foi tão necessária. O mercado demonstrou precisar estar em constante adaptação, sob pena do fechamento definitivo de incontáveis empresas, conforme vivido na crise econômica associada à pandemia. O desemprego em massa,por um lado, e a constante busca por novos padrões por parte dos que se mantêm empregados, por outro, são manifestações dessa incerteza.

3.2 Aspectos socioculturais e pessoais

Se o adoecimento do trabalhador, pelo acometimento de transtornos mentais ede efeitos físicos direta ou indiretamente relacionados, já vinha sendo demonstrado no âmbito do teletrabalho, inclusive de maneira reconhecida pelas autoridades de saúde, o contexto propício advindo da pandemia de Covid-19 somente aprofundou tal realidade. O teletrabalhador passou a conviver com a continuidade do trabalho de maneira associada à necessária adaptação frente às inúmeras transformações ocorridas nos demais setores nos quais está inserido, não apenas econômicos.

Abaixo, serão destacados alguns aspectos de natureza sociocultural e pessoais que, frente a esse cenário, passaram a operar de maneira conjunta com as transformações laborais e de natureza econômica.

O primeiro aspecto a ser considerado foi a readequação das relações sociais, provocadas pelo necessário contexto de isolamento. Conforme mencionado, o *lockdown* (ou isolamento social forçado) consistiu na medida recorrentemente impostapelos governantes com a finalidade de reduzir a propagação do coronavírus. Para além das análises econômicas já feitas, é possível explorar outro efeito derivado dessamedida, qual seja a necessária mediação – geralmente feita pela utilização demeios e recursos tecnológicos de comunicação – das interações.

Em situações de epidemia, o número de pessoas psicologicamente afetadas costuma ser maior que o de pessoas acometidas pela infecção, sendo estimado que um terço a metade da população possa apresentar consequências psicológicas e psiquiátricas caso não recebam cuidados adequados (BRASIL, 2020). Estudos apontam para a alta prevalência, nesses contextos, de efeitos psicológicos negativos,especialmente humor rebaixado e irritabilidade, ao lado de raiva, medo e insônia, muitas vezes de longa duração (BROOKS *et al.*, 2020).

O confinamento imposto pela pandemia de Covid-19, já foi descrito como o "maior experimento psicológico do mundo" (HOOF, 2020, n. p.), vem colocando à prova a capacidade humana de extrair sentido do sofrimento e desafiando indivíduose sociedade, no Brasil e em todo o planeta, a promoverem formas de coesão que amorteçam o impacto de experiências-limite na vida mental.

Em segundo lugar, a utilização constante dos recursos de comunicação e tecnológicos para a realização de tarefas que, anteriormente, eram alcançadasatravés de outros meios levou ao aprofundamento da hiperconectividade que caracteriza o período pós-moderno. Como consequência, passou-se a ter acesso imediato a notícias, informes e índices atualizados em tempo real a respeito do avançoglobal dapandemia de Covid-19. Reportagens sobre o crescente número de mortos, de infecções, de ocupações de leitos, por exemplo, foram veiculadas constantementenas diversas plataformas midiáticas, podendo afetar diretamente a saúde mental.

Pesquisas anteriores já indicavam que a exposição indireta a trauma de massa - como a atual pandemia - através da mídia pode levar ao aumento das manifestaçõesiniciais de sintomas de transtorno de estresse pós-traumático (NERIA; SULLIVAN, 2011). Hoje, de maneira associada, alguns estudos têm indicado o aumento de riscosquanto ao desenvolvimento de transtornos de ansiedade e de depressão, principalmente em razão da exposição frequente às mídias sociais e a notícias sobrea Covid-19, a exemplo do de autoria de Gao *et al* (2020), realizado com a população chinesa.

Soma-se a essa discussão outra, relacionada à afirmação do diretor-geral da OMS que afirmou não estar o mundo enfrentando apenas uma pandemia, mas também uma "infodemia", indicando a exposição prolongada e excessiva a informações sobre um determinado problema (UNITED NATIONS, 2020). Disso resulta um cenário virtual propício para o espalhamento, durante uma emergência de saúde comoa ocasionada pelo coronavírus, de desinformações e rumores, o que pode dificultar uma resposta eficaz à saúde pública e criar confusão e desconfiança entre as pessoas.

Por fim, é preciso considerar que os indicadores saíram da esfera meramente estatística para tornarem-se experiências de perda e de iminência do perigo vivenciadas cotidianamente pelos trabalhadores. A sensação de insegurança constante que caracteriza o Mundo VUCA tomou proporções maiores, diretamente experienciada no medo da contaminação pelo coronavírus, na exposição prolongadaa fatores de risco em determinadas modalidades laborais, no luto derivado da morte de familiares e pessoas queridas. Não é possível desconsiderar tais experiências como essenciais na compreensão do adoecimento de teletrabalhadores durante esteperíodo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das reflexões propostas, pode-se dizer que a expressão Mundo VUCA caracteriza a sociedade pós-moderna. Globalizada e informatizada, porém caracterizada pelo ambiente de mudanças rápidas e desafiadoras, a pós-modernidade exige que as organizações e os cidadãos estejam preparados para a adaptação ao cenário hostil que somente se aprofunda. As sociedades pós-modernas, caracterizadas pela liquidez, experimentam novos hábitos de consumo, de comunicação, de relações sociais, além de uma mistura cultural proporcionada pela globalização.

Este cenário de mudanças e novos conceitos também se reflete nas relações de trabalho e nas novas formas laborais que vêm surgindo. Uma das características da chamada Sociedade 4.0, levantada pelos estudiosos, é a precarização e a flexibilização do trabalho, com predominância da informalidade, da terceirização e daintermitência, exigindo dos trabalhadores grandes jornadas e baixa remuneração. Emmeio a este contexto, fruto do uso da Tecnologia da Informação, surge o Teletrabalho.

Durante a pandemia de Covid-19, o teletrabalho se tornou a principal modalidade laboral. Ainda que tenha trazido benefícios quanto à desnecessidade de deslocamento ao trabalho nos caóticos sistemas de transporte dos grandes centrosurbanos, o adoecimento de teletrabalhadores é um tema de crescente interesse, emespecial quanto aos indicadores que apontam para a nocividade desta modalidade laboral. Neste trabalho, procurou-se compreender como os indicadores operaram frente à atipicidade do contexto pandêmico.

Os resultados alcançados foram sistematizados a partir de duas categorias deanálise, quais sejam *aspectos econômicos* e *aspectos socioculturais e pessoais*, e demonstraram que tais categorias expressaram-se conjuntamente quando no adoecimento de teletrabalhadores durante o período pandêmico. Na primeira categoria, foram desenvolvidas reflexões relacionadas a fatores como desemprego, transformações laborais impositivas, diminuição do poder aquisitivo e precariedade das relações trabalhistas na modalidade de teletrabalho. Por conseguinte, os resultados que compuseram a segunda categoria se debruçaram sobre questões relacionadas às experiências da perda e ao risco de adoecimento físico.

Por fim, cumpre ressaltar que a qualidade de vida é direito inerente ao trabalhador e somente pode ser alcançada com a aplicação do princípio da dignidadeda pessoa humana, corolário da nossa Constituição Federal, nas relações laborais, respeitando o meio ambiente equilibrado. Para tanto, o legislador e os demais operadores do direito têm papel crucial. O conceito de Sociedade 5.0 revela um norte importante quanto ao convívio da tecnologia com a sustentabilidade, elegendo

o indivíduo como centro das preocupações e destinatário das benesses que o desenvolvimento tecnológico pode trazer.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

ARRUDA, Maria Júlia Cabral de Vasconcelos; D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. Admirável escravo novo? A escravidão digital x o direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro e suas consequências para a sociedade do capitalismo cognitivo. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 4, p. 1-32, 2020.

BALD, Aline Graziela; TESSMANN, Cláudia. Direito à desconexão frente aos direitos e deveres do empregado no contrato de trabalho especificamente no teletrabalho. *Revista Destaques Acadêmicos*, v. 8, n. 2, p. 152-172, 2016.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida.* Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2014.

BOSCHINI, Fernanda Ferreira. O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital. *Impulso*, v. 28, n. 73, Piracicaba, p. 137-141, set./dez. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro-RJ, 1943.

BRASIL. *Medida Provisória nº 1.108, de 25 de março de 2022*. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943. Brasília-DF, 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde mental e atenção psicossocial na Pandemia COVID-19:* recomendações gerais. Brasília: Ministério da Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, 2020.

BROOKS, Samantha et al. The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence. *The Lancet*, v. 395, p. 912-920, 2020.

CALVO, Adriana. *Manual de Direito do Trabalho.* 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARDOSO, Hugo Ferrari, *et al.* Síndrome de burnout: análise da literatura nacional entre 2006 e 2015. *Revista Psicologia: Organizações e Trabalho,* v.17, n.2, p. 121-128, 2017.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. In: *A sociedade em rede.* São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CRESWELL, John. *Projeto de pesquisa:* métodos qualitativo, quantitativo e misto. 3 ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

COSTA, Renata Lázaro Alves da. Aspectos relevantes sobre teletrabalho e a sua ascensão. *Processo Judicial Eletrônico,* v. 90, p. 88-96, jul. 2020.

FERRACIOLI, Paulo; FERRACIOLI, Marilda. Teletrabalho e controle de jornada em época de Covid-19. In: FERRAZ, Miriam Olivia Knopik et al. *Os impactos da Covid-19 (coronavírus) nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Senso, 2020, p. 51-65.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Efeitos da pandemia sobre o mercado de trabalho brasileiro:* desigualdades, ingredientes trabalhistas e o papel da jornada. Disponível em: https://cps.fgv.br/

pesquisas/efeitos-da-pandemia-sobre-o-mercado- de-trabalho-brasileiro. Acesso em: 31 mai. 2023.

GAO, Junling et al. Mental health problems and social media exposure during COVID-19 outbreak. *PLoS ONE*, v. 15, n. 4, 2020.

GIMENEZ, Charlise Paulo Colet, et. al. Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, v. 37, n. 2, 2017.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço.* Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2019.

HOOF, Elke Van. *Lockdown is the world's biggest psychological experiment - and we will pay the price.* Disponível em: https://www.weforum.org/agenda/2020/04/this-is-the-psychological-side-of-the-covid- 19-pandemic-that-were-ignoring/. Acesso em: 31 mai. 2022.

INTERNATIONAL STRESS MANAGEMENT ASSOCIATION. *Tenho lido que burnout é uma doença ocupacional.* Isso é verdade? Disponível em: https://www.ismabrasil.com.br/?con=faq&idi=pt-br&obj=site&pag=15. Acesso em: 31 mai. 2023.

JAMESON, Fredric. *Pós-modernismo:* A lógica cultural do capitalismo tardio. São Paulo: Editora Ática, 1997.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. ***Metodologia científica.*** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LEITE, Eduardo Dias; *et al*. Produções científicas sobre a felicidade no trabalho: análise bibliométrica na Plataforma Spell, de 2005 a 2020. *Revista Livre de Sustentabilidade e Empreendedorismo*, v. 7, n. 2, p. 231-252, mar./abr. 2022.

MACHADO, Leonardo Brandalise. A reforma trabalhista e a liquidez das relações de trabalho. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 20, n. 38, p. 157-176, 2020.

MELLO, Cleyson de Moraes, *et al*. As aporias do Mundo VUCA e a Educação. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 18, n. 2, p. 140- 157, 2020.

NERIA, Yuval; SULLIVAN, Gregory. Understanding the Mental Health Effects of Indirect Exposure to Mass Trauma Through the Media. *JAMA*, v. 306, n. 12, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *OIT defende melhor proteção para trabalhadores em domicílio.* Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_766231/lang-- pt/index.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Teletrabalho durante e após a pandemia da COVID-19:* guia prático. Genebra: Bureau, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo- lisbon/documents/publication/wcms_771262.pdf. Acesso em: 20 abr. 2022.

OLIVEIRA, João Henrique Figueiredo de et al. *A precarização do trabalho ao seu encalço:* o futuro da docência nas plataformas digitais. Disponível em: https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/2356/4547. Acesso em: 23 jan. 2023.

ROCHA, Bruno Augusto Barros; LIMA, Fernando Rister de Sousa; WALDMAN, Ricardo Libel. Mudanças no papel do indivíduo pós-Revolução Industrial e o mercado de trabalho na sociedade da informação. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 14, n. 1, p. 298-318, 2020.

SOUZA, Allan Maia Andrade de *et al. Burnout e o clima organizacional*. Recife: Faculdade CERS, Universidade de Pernambuco, Liga Pernambucana de Direito Digital, 2021.

TÁVORA, Fernando Lagares. *Impactos do Novo Coronavírus (Covid-19) no Agronegócio Brasileiro.* Brasília-DF, 2020.

TRIGO, Ruth Yamada Lopes. Viver no mundo VUCA: o impacto da tecnologia e da inteligência artificial nos relacionamentos interpessoais dos trabalhadores. In: CRUZ, Myrt Thânia de Souza; BARROS NETO, João Pinheiro de. *Impactos da inteligência artificial na gestão de pessoas.* São Paulo: Tikibooks, 2020, p. 33-45.

UNITED NATION. *UN tackles 'infodemic' of misinformation and cybercrime in COVID-19 crisis.* Disponível em: https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/un-tackling-%E2%80%98infodemic%E2%80%99-misinformation-and-cybercrime-covid-19. Acesso em: 31 mai. 2023.

WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho:* uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005.

Recebido em: 26.07.2023
Aprovado em: 07.09.2023
Última versão dos autores: 07.09.2023

Informações adicionais e declarações dos autores (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmaram que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): Berwanger, J. L. W.; Vasconcelos Filho, O. A. de; Camelo, L. de L. Manifestações do Mundo Vuca no contexto pandêmico e as consequências físicas e mentais em teletrabalhadores do setor privado. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, *33* (2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.15783. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/15783/version/19888. Acesso em: 31 mai. 2024

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Uma carta liberal ou socialista? Uma análise do modelo constitucional brasileiro de desenvolvimento

Valerio Cesar Milani e Silva [1]
Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Itajaí/SC, Brasil
E-mail: valeriomilani.adv@gmail.com

Resumo: O constitucionalismo é um movimento que defende a centralidade e a supremacia da Constituição e reconhece no povo a motriz política de sua promulgação. O desenho das Cartas Políticas é dado pelo povo por meio de seus representantes eleitos, sob a influência de diversas linhas ideológicas e filosóficas, tais como o liberalismo e o socialismo. Partindo-se de um estudo exploratório qualitativo, em que utilizou-se do método indutivo para analisar as premissas e informações obtidas a partir do levantamento de dados provenientes de pesquisa bibliográfica, visou-se analisar o modelo de desenvolvimento adotado pela Constituição Federal e as influências do liberalismo e do socialismo em seus principais institutos jurídicos. Doutrinas clássicas que versam sobre a temática e a própria Constituição Federal, compuseram o referencial teórico. Os resultados demonstram que há certo antagonismo no texto constitucional que permite a visualização de um modelo nitidamente conciliatório de valores socialistas e liberais, com o propósito de construir um modelo no qual caminhem juntos a liberdade e a igualdade social.

Palavras-Chave: Constitucionalismo. Liberalismo. Socialismo. Desenvolvimento.

A liberal or socialist letter? An analysis of the brazilian constitucional development model

Abstract: Constitutionalism is a movement that defends the centrality and supremacy of the Constitution and recognizes in the people the political motive for its enactment. The design of the Political Letters is given by the people through their elected representatives, under the influence of different ideological and philosophical lines, such as liberalism and socialism. Starting with a qualitative exploratory study, in which the inductive method was used to analyze the premises and information obtained from the data collected through bibliographical research, the aim was to analyze the development model adopted by the Federal Constitution and the influences of liberalism and socialism on its main legal institutes. Classic doctrines on the subject and the Federal Constitution itself formed the theoretical framework. The results show that there is a certain antagonism in the constitutional text that allows us to see a model that clearly reconciles socialist and liberal values, with the aim of building a model in which freedom and social equality go hand in hand.

1 Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós-graduado em Direito Tributário e Direito Constitucional. Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Rondônia (2007). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/77677722. ORCID: https://orcid.org/0009-0000-2828-8024. E-mail: valeriomilani.adv@gmail.com.

Keywords: Constitutionalism. Liberalism. Socialism. Development.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada dentro de um contexto histórico de superação de um regime militar ditatorial por um regime democrático no âmbito nacional e de um mundo que ainda vivia a dicotomia entre nações socialistas e capitalistas. Tais vicissitudes políticas contribuíram para composição da estrutura normativa e hermenêutica, bem como os ideais constitucionais.

O liberalismo e socialismo, enquanto movimentos políticos, filosóficos e econômicos distintos exerciam importante influência sobre os mais variados segmentos da política brasileira que agrupou todos estes segmentos opostos para a elaboração de um texto Constitucional que deveria aglutinar esse conjunto de sentimentos, que por vezes se mostravam antagônicos.

O papel central da Constituição, fruto dos movimentos constitucionalistas, bem como o reconhecimento de que o povo era o titular deste poder, fez com que pessoas das mais variadas vertentes ideológicas e políticas se reunissem, formando uma assembleia constituinte com o fito de elaborar um novo texto constitucional. As referidas vertentes políticas e ideológicas distintas contribuíram para a formação da Constituição Federal de 1988 e de vários institutos jurídicos nela previstos, de modo que se objetiva abordar o fenômeno do constitucionalismo brasileiro e os impactos do liberalismo e do socialismo sobre o modelo de desenvolvimento econômico nela previsto.

Destarte, foram analisadas doutrinas clássicas que versam sobre socialismo, liberalismo, direito constitucional, política e justiça com o desiderato de constituir um diálogo dialético acerca das influências socialistas e liberalistas no texto constitucional.

Para tanto, foi realizado um estudo exploratório qualitativo, pautado no método indutivo no qual analisou-se o texto constitucional buscando compreender o viés ideológico empregado pelo constituinte originário, para assim compreender as contribuições liberais ou socialistas no modelo de desenvolvimento econômico. As informações provieram de pesquisa bibliográfica, que, para obtenção do aporte teórico, pautou-se na hipótese de que é possível visualizar uma conciliação entre os ideais liberalistas e socialistas no texto constitucional.

No primeiro capítulo será abordado o conceito de poder constituinte, algumas de suas características, os movimentos constitucionalistas e o reconhecimento da relevância política e jurídica das Constituições, sendo que a Constituição Federal de 1988 será analisada como fruto deste processo histórico.

O segundo capítulo, por sua vez, desenhará a estrutura orgânica e características básicas de duas filosofias políticas, econômicas e sociais importantes, o liberalismo e o socialismo, mediante a apresentação de conceitos, uma breve história e as contribuições legadas ao longo do tempo.

O capítulo derradeiro analisará o modelo de desenvolvimento econômico adotado pela Constituição Federal, os princípios regentes e sua estrutura básica, confrontando as escolhas dos constituintes brasileiros com especial enfoque nas possíveis influências do liberalismo e do socialismo sobre o desenho estabelecido no texto.

Neste contexto, é que se insere o presente artigo, que busca averiguar o constitucionalismo e o exercício do poder constituinte que culminou com a elaboração da Constituição Federal de 1988 e as influências do liberalismo e do socialismo sobre o modelo de desenvolvimento nacional previsto no texto.

2. CONSTITUCIONALISMO, PODER CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ao se instituir um Estado e suas respectivas normas há uma materialização do Poder com o desiderato de implementar objetivos, valores e sentimentos que reúnem aquela coletividade e deram base para a fundação daquela unidade nacional. As leis e normas jurídicas são fruto de decisões políticas (CRUZ, 2003). Neste sentido, o art. 1º, da Constituição Federal, em seu parágrafo único, enuncia que a República Federativa do Brasil é um estado constitucional sob o regime democrático, cujo povo é o titular do poder político e que este será exercido diretamente ou por meio de seus representantes, nos exatos termos da Constituição (BRASIL, 1988).

A Constituição, ao materializar uma série de direitos positivos e negativos, obrigações de abstenção estatal e até mesmo condutas que devem ser adotadas por vários entes e órgãos, traduz em seu texto uma série de aspirações do povo e os direitos que são fundamentais para a sociedade brasileira. Não obstante, o povo foi inserido no cerne da estrutura democrática, sendo a participação integral da coletividade na vida política um dos principais pilares constitucionais (MIRANDA, 2020).

O conjunto de ideologias surgidas após a eclosão da Revolução Francesa da independência americana teve como principal instrumento de materialização a constitucionalização dos estados, onde os valores, ideias e concepções políticas eram juridicamente consolidados (CRUZ, 2003).

O constitucionalismo, afirma Barroso, pode ser sintetizado da seguinte forma:

> Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita – o do Reino Unido – e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas (BARROSO, 2020, p.37).

Este processo criativo, de editar e promulgar uma Constituição, revestida de superioridade jurídica, na qual são incorporados direitos do cidadão, obrigações do Estado, regras de competência parece fruto de modelo de estrutura jurídica atemporal, porém, as balizas ali fixadas são frutos de um longo processo histórico que assentou o modelo de prevalência da Constituição e a titularidade do poder nas mãos do povo.

A ideia de que determinadas normas seriam revestidas de um grau de superioridade remonta à Grécia Antiga, porém, ganhou a feição moderna com a Revolução Gloriosa da Inglaterra, por meio da qual houve a imposição de limites ao regime monárquico e promoveu a proteção de direitos individuais e com o movimento de independência dos Estados Unidos. Com efeito, a

Revolução Francesa se tornou o grande símbolo do constitucionalismo, ao promover a extinção do absolutismo e assegurar a legalidade, a igualdade e fraternidade como valores que passaram a orientar o regime jurídico guiado por uma Constituição dotada de superioridade jurídica e fruto da soberania popular (BARCELLOS, 2018).

O Constitucionalismo é, por excelência, um modelo de estruturação jurídica da sociedade por meio do qual normas são estabelecidas com o objetivo de limitar o poder e estão alçadas num patamar mais elevado do que as demais leis, que estão sob o crivo de validade da Constituição. Destarte, nas palavras de Kildare Gonçalves Carvalho, o constitucionalismo,"em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado"(KILDARE, 2006, p. 211).

Acerca das origens filosóficas que moldaram o constitucionalismo moderno, Jorge Miranda ensina:

> As correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo – de que são expoentes doutrinais Locke (Segundo Tratado sobre o Governo), Montesquieu (Espírito das leis), Rousseau (Contrato Social), Kant (além de obras filosóficas fundamentais, Paz Perpétua) – e importantíssimos movimentos económicos, sociais e políticos conduzem ao constitucionalismo moderno sob a veste de Estado constitucional, representativo ou de Direito (MIRANDA, 2020, p. 185).

O constitucionalismo moderno, portanto, é fruto da aplicação de uma série de princípios filosóficos e políticos derivantes do contratualismo, do individualismo e do iluminismo e da aplicação de uma série de movimentos econômicos, sociais e políticos que moldaram sua feição hodierna, ou seja, trata-se da síntese de uma verdadeira dialética histórica, política e social.

Uma das principais características do movimento constitucionalista contemporâneo é o reconhecimento de que o poder é titularizado pelo povo, vejamos:

> O poder constituinte, titularizado pelo povo e exercido mediante um procedimento especial, elabora a Constituição. A Constituição institui os órgãos do poder constituído e impõe limites de forma e de conteúdo à sua atuação. O poder constituinte, como intuitivo, é superior ao poder constituído, assim como a Constituição desfruta de supremacia em relação à legislação ordinária (BARROSO, 2020, p. 145-146).

O poder constituinte, portanto, é um fenômeno político, fruto de um poder político, que se converte em uma norma jurídica, por meio da absorção pela Carta Política das aspirações do povo que nela são materializadas, ou seja, é a transmudação de um poder político em um poder jurídico decorrente de um processo de debate político (BARCELLOS, 2018).

Nas sociedades modernas há o reconhecimento de que o poder constituinte está concentrado nas mãos do povo e que é por meio dele que será instituída uma nova Constituição e promovidas as reformas constitucionais:

> O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade.

> Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.
> A ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte, distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo (MORAES, 2017, p. 42).

A atual Constituição da República Federativa do Brasil é oriunda de exercício de um fenômeno político de migração de um regime militar autoritário para um modelo democrático, cujo processo sofreu influência de inúmeros atores sociais, econômicos e de diversas ideologias divergentes. Sobre o processo de formação:

> A eleição, em 15 de novembro de 1986, de uma Assembleia Nacional Constituinte, encarregada de elaborar uma nova Carta Constitucional, marcava o reingresso do Brasil no rol dos países democráticos, depois de quase 12 anos de abertura "lenta, segura e gradual". Os deputados e senadores eleitos não seriam, todavia, apenas constituintes. O que se elegeu em novembro de 1986 foi, na verdade, um novo Congresso Nacional, que funcionaria temporariamente como Assembleia Nacional Constituinte. Tendo esta encerrado os seus trabalhos, os constituintes prosseguiriam na condição de congressistas até o final de seus mandatos (BARCELLOS. 2018. p. 113).

A Constituição Federal de 1988 tem sua gênese em progresso de transição democrática que sofreu forte influência de grupos ideológicos mais diversos, permitindo-se a visualização de influências do liberalismo, do socialismo e de diversas correntes e matizes filosóficas, políticas e econômicas dado o caráter plural do texto e sua preocupação com a maior representatividade possível da diversidade do povo brasileiro.

3. NOÇÕES DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO LIBERALISMO E DO SOCIALISMO E SEUS ARQUÉTIPOS BÁSICOS

O liberalismo emerge como uma corrente de pensamento derivada das revoluções burguesas, em resposta aos estados absolutistas, que defende uma potencialização da liberdade do indivíduo frente ao Estado mediante a garantia das liberdades individuais e uma atuação estatal mais restrita (CRUZ, 2003). Deste modo, o liberalismo possui nítida ligação com a ideia de liberdade e se trata de conquista deste modelo: "A ideia de liberdade tornou-se tão arraigada em todos nós que, por muito tempo, ninguém ousou colocá-la em questão. As pessoas se acostumaram a sempre falar de liberdade com a maior reverência. (...) Embora o fato seja frequentemente esquecido hoje em dia, tudo isto foi conquista do liberalismo (VON MISES, 2010, p. 50-51).

Há um amplo reconhecimento de que o liberalismo estabeleceu uma forte interconexão com os valores burgueses no período da Revolução Francesa e muitos de seus valores serviram como base política, econômica e moral necessária para o avanço do capitalismo. Todavia, esta visão de uma relação de interdependência entre o capitalismo e o liberalismo não é pacífica entre os estudiosos, em virtude do processo de formação do liberalismo e dos importantes valores humanos que este defende (CRUZ, 2003, p. 90). Em relação a esta visão de que o liberalismo é

um instrumento ideológico e político de interesse do capitalismo, há forte refutação de Von Mises:

> Os inimigos do liberalismo têm procurado estigmatizá-lo como o partido que promove os interesses especiais dos capitalistas. Isto é característico de sua mentalidade. Simplesmente, não são capazes de entender uma ideologia política como qualquer outra coisa, que não a defesa de certos privilégios especiais, opostos ao bem-estar (2010, p. 191-192).

A sociedade feudal tinha como características a existência de estamentos fixados e imobilismo social quase completo, composta por estados absolutos, e o liberalismo nasceu como movimento que se opunha a este sistema e que ganhou espaço diante do crescimento da burguesia e da incompatibilidade do sistema feudal com o modelo econômico que emergia (CRUZ, 2003). Acerca deste corte histórico do modelo liberal, o dicionário de política de Norberto Bobbio traz o seguinte:

> Num primeiro momento, é possível oferecer unicamente uma definição bastante genérica: o Liberalismo é um fenômeno histórico que se manifesta na Idade Moderna e que tem seu baricentro na Europa (ou na área atlântica), embora tenha exercido notável influência nos países que sentiram mais fortemente esta hegemonia cultural (Austrália, América Latina e, em parte, a Índia e o Japão). Com efeito, na era da descolonização, o Liberalismo é a menos exportada ou exportável entre as ideologias nascidas na Europa, como a democracia, o nacionalismo, o socialismo, o catolicismo social, que tiveram um enorme sucesso nos países do Terceiro Mundo (BOBBIO, 1998, p. 687).

Escorado na premissa de que a liberdade individual é um valor essencial, o liberalismo trata o homem como um ser autônomo, materialista e revestido de razão. Além disso, há uma repulsa aos privilégios feudais e há defesa da igualdade de todos os homens livres perante a lei. Destarte, na esfera privada, a liberdade do homem é plena, podendo este deliberar livremente sobre sua vida e firmar contratos, inclusive sobre seus bens ou força de trabalho, não sendo concebível nesta etapa do liberalismo a existência de limitações a liberdade individual, na medida em se trata de condição natural do homem (CRUZ, 2003).

> É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação de outro, é a autoproteção (MILL, 2011, p. 32).

A Inglaterra sofreu um processo gradativo de alterações econômicas e com a inserção da burguesia na economia e na política, assegurando-se assento a classe no Parlamento. Fruto do advento do pensamento liberal, na Inglaterra passou-se a proibir a prisão sem que houvesse a submissão a juízes, colocou-se nas mãos do parlamento a função de instituir e cobrar tributos e assegurou-se a inamovibilidade dos juízes e a liberdade de consciência e opinião (CRUZ, 2003).

Acerca da liberdade como valor fundamental:

> A única liberdade que merece o nome é a liberdade de procurar o nosso próprio bem à nossa própria maneira, desde que não tentemos privar os outros do seu bem, ou colocar obstáculos aos seus esforços para o alcançar. Cada qual é o justo guardião da sua própria saúde, tanto física, como mental e espiritual. As pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece

> bem aos outros (MILL, 2011, p. 36).

O Estado passou a ser visto como um ente destinado a proteção do cidadão e há a criação de diversos instrumentos de proteção contra o exercício arbitrário do poder, em claro contraste com o modelo de estado absoluto, este modelo cristalizado na Inglaterra, ficou conhecido como "Liberalismo Clássico ou Liberalismo Inglês" (CRUZ, 2003, p. 95).

Sob a perspectiva da concepção econômica do liberalismo, o maior expoente é o autor Adam Smith, cuja pensamento partia da premissa de que a economia seria regida por leis naturais com mecanismos próprios de regulação e quando maior a liberdade haveria uma ampliação da capacidade de enriquecimento e o Estado deveria evitar intervenção neste processo (CRUZ, 2003). Este conjunto de ideias que defendiam a liberdade como peça-chave da sociedade, também tinha seu espectro voltado para o modelo econômico, no qual se defendia que a liberdade de trabalhar, negociar o preço das mercadorias e serviços, buscar os melhores produtos seria capaz de produzir e distribuir riqueza:

> É a grande multiplicação das produções de todos os diversos ofícios multiplicação essa decorrente da divisão do trabalho que gera, em uma sociedade bem dirigida, aquela riqueza universal que se estende até as camadas mais baixas do povo (SMITH, 1988 p. 21).

Com a superação dos sistemas absolutistas e a ascensão da burguesia o liberalismo ocupa um relevante espaço no ocidente e juntamente com ele surge o crescimento das indústrias e a precarização das relações de trabalho, fato que originou um movimento ideológico, político e filosófico denominado socialismo, que também tinha como base a igualdade, porém, sob uma perspectiva diversa.

No que se refere ao socialismo, entende-se que é uma corrente ideológica que prega a igualdade entre os homens, reconhecendo-os como sócios na estrutura social e que preconiza a substituição da liberdade individual e propriedade privada pela comunidade solidária e pela coletivização dos meios de produção (CRUZ, 2003).

Acerca da definição de socialismo:

> O socialismo moderno é, em primeiro lugar, por seu conteúdo, fruto do reflexo na inteligência, de um lado dos antagonismos de classe que imperam na moderna sociedade entre possuidores e despossuidos, capitalistas e operários assalariados, e, de outro lado, da anarquia que reina na produção. Por sua forma teórica, porém, o socialismo começa apresentando-se como uma continuação, mais desenvolvida e mais conseqüente, dos princípios proclamados pelos grandes pensadores franceses do século XVIII. Como toda nova teoria, o socialismo, embora tivesse suas raízes nos fatos materiais econômicos, teve de ligar-se, ao nascer, às Idéias existentes (ENGELS, 2009, p. 16).

Para Marx e Engels inexistiria uma autenticidade nas manifestações do Estado que seriam fruto não de uma expressão política genuína, mas derivariam das relações econômicas que os homens estabelecem entre si para satisfação de seus próprios interesses (CRUZ, 2003). Neste limiar, o socialismo é uma teoria política e econômica que nasce dentro de um contexto de contrastes sociais entre proprietários e não proprietários, detentores do capital e trabalhadores

assalariados e que busca apresentar um modelo de sociedade no qual o Estado seja o detentor dos meios de produção para o estabelecimento de uma igualdade material (ENGELS, 2009).

Sobre o contexto histórico do surgimento do socialismo, Bobbio assevera o seguinte:

> (...) adquiriram seu sentido moderno nos programas de cooperação entre os operários e nos de gestão comum dos meios de produção propugnados pelos owenianos na segunda metade da década de 1820-1830.
> (...) Mas na década de 1840, as palavras "comunismo" e "Socialismo" acabaram, pelo menos em parte, por indicar variações diversas do movimento que denunciava as condições dos operários no desenvolvimento da sociedade industrial, se opunha ao liberalismo político e econômico e ao individualismo, apresentava um projeto de uma reconstrução da sociedade em bases comunitárias e promovia formas associativas de vário gênero (sindicais, políticas, experiências cooperativistas e comunitárias) para realizar as novas idéias (BOBBIO, 1998, p. 1197).

Desde o início da construção histórica, o socialismo surge em decorrência da observação das precárias condições de vida em que os operários das fábricas se encontravam naquele momento da história e como uma resposta, inicialmente utópica, para a reversão daquele quadro de profunda desigualdade e degradação social. Neste ponto, havia um forte contraponto do socialismo em relação ao modelo econômico e a estrutura de estado nascida e erigida sob os fundamentos liberais, especialmente da igualdade perante a lei, vejamos:

> Já sabemos, hoje, que esse império da razão não era mais que o império idealizado pela burguesia; que a justiça eterna tomou corpo na justiça burguesa; que a igualdade se reduziu à igualdade burguesa em face da lei; que como um dos direitos mais essenciais do homem foi proclamada a propriedade burguesa; e que o Estado da razão, o "contrato social" de Rousseau, pisou e somente podia pisar o terreno da realidade, convertido na república democrática burguesa (ENGELS, 2009, p. 3).

Dentre os conceitos de socialismo é possível visualizar que se trata de modelo que busca substituir o modelo liberal capitalista por um desenho de modelo social baseado na igualdade e que possua as seguintes características comuns:

> A base comum das múltiplas variantes do Socialismo pode ser identificada na transformação substancial do ordenamento jurídico e econômico fundado na propriedade privada dos meios de produção e troca, numa organização social na qual: a) o direito de propriedade seja fortemente limitado; b) os principais recursos econômicos estejam sob o controle das classes trabalhadoras; c) a sua gestão tenha por objetivo promover a igualdade social (e não somente jurídica ou política), através da intervenção dos poderes públicos (BOBBIO, 1998, p. 1196-1197).

Logo, trata-se de modelo que busca a superação de um modelo de propriedade privada dos meios de produção, por uma organização social em que a propriedade privada seja limitada, em que o controle dos recursos econômicos esteja sob poder da classe trabalhadora, com o objetivo de promover-se a igualdade social por meio da intervenção do Estado (BOBBIO, 1998).

Sob a ótica socialista a igualdade perante a lei reconhecida pelo modelo liberal deveria ser substituída por um modelo de igualdade real, no qual o tratamento igualitário se estenderia ao acesso de condições de vida para cada indivíduo, superando o modelo no qual existem classes

econômicas. O modelo de império da lei e de igualdade perante esta, com o reconhecimento do direito de propriedade como algo fundamental, não consagraria um modelo efetivamente republicano, mas atenderia tão somente aos anseios dos burgueses liberais (ENGELS, 2009).

Neste sentido:

> A reivindicação da igualdade não se limitava aos direitos políticos, mas se estendia às condições sociais de vida de cada indivíduo; já não se tratava de abolir os privilégios de classe, mas de destruir as próprias diferenças de classe (ENGELS, 2009, p. 3).

Karl Marx, por sua vez, traz uma série de críticas ao liberalismo, dentre os quais podemos citar o argumento de que alguns direitos e liberdades expressam egoísmo mútuo da sociedade capitalista e de que os direitos e liberdades são meramente formais (RAWLS, 2000).

O liberalismo e o socialismo são modelos que se desenvolveram dentro de contextos históricos distintos e que têm sido redesenhados ao longo do tempo, mas que, apesar da prevalência do capitalismo como modelo econômico, contribuem para um intenso debate acerca da atuação do Estado na economia e influído na elaboração de diversas Cartas Políticas.

4. MODELO DE DESENVOLVIMENTO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS CONEXÕES COM O LIBERALISMO E O SOCIALISMO

O processo de construção da Constituição Federal foi caracterizado pela participação de inúmeros atores políticos, que, a depender do grupo que integravam, tinham afinidades ideológicas com o liberalismo ou com o socialismo, portanto, é dentro deste contexto histórico, político e ideológico que se deu a formação da Carta Política.

Na análise da história, é possível afirmar que com o advento da Revolução Francesa e das ideias liberais, o Estado passou a ocupar um papel mais restrito na intervenção na economia e consequentemente no desenvolvimento econômico, na medida em que, sob a ótica então vigente, competia ao ente político tão somente proteger o cidadão da violência e da invasão, cabendo ao cidadão o papel de protagonismo econômico e social (MORAES, 2017).

A doutrina do liberalismo econômico passou a sofrer duros golpes, especialmente com a eclosão dos movimentos sociais, que apontavam as inconsistências e impropriedades do sistema, impulsionados pelo advento de novos teóricos sociais, capitaneados por Karl Marx, que buscavam a eliminação de classes e proteção do proletariado (CARVALHO FILHO, 2017). Assim, a Constituição Federal de 1988, espelhada nos acontecimentos históricos, instituiu uma economia descentralizada e de mercado, além disso, atribuiu ao Estado a função precípua de regular e atuar como agente normativo da economia, permitindo, ainda, que o estado explore diretamente atividade econômica, em situações constitucionalmente expressamente previstas (MORAES, 2017).

Sobre a atuação constitucional do Estado, Carvalho Filho:

> *Estado Regulador* é aquele que, através de regime interventivo, se incumbe de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social.
> *(...)*

> Como agente normativo, o Estado cria as regras jurídicas que se destinam à regulação da ordem econômica. Cabem-lhe três formas de atuar: a de *fiscalização*, a de *incentivo* e a de *planejamento*. A de fiscalização implica a verificação dos setores econômicos para o fim de serem evitadas formas abusivas de comportamento de alguns particulares, causando gravames a
> setores menos favorecidos, como os consumidores, os hipossuficientes etc. O incentivo representa o estímulo que o governo deve oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, fixando medidas como as isenções fiscais, o aumento de alíquotas para importação, a abertura de créditos especiais para o setor produtivo agrícola e outras do gênero (CARVALHO FILHO, 2017, p. 508).

Deste modo, a Constituição Federal conferiu ao Estado brasileiro a função precípua de disciplinar a atividade econômica, com o intuito de alinhá-la aos anseios de justiça social, justamente com o desiderato de dar cumprimento aos objetivos fundamentais elencados no art. 3º da Constituição Federal, dentre os quais se encontra garantir o desenvolvimento nacional. Neste mesmo diapasão, a Constituição Federal (art. 21, IX) confere atribuição para que a União Federal promova medidas de elaboração e execução de planos nacionais e regionais visando o desenvolvimento econômico e social (BRASIL, 1988).

A partir da Teoria do Liberalismo Clássico, de Adam Smith (2017, p. 6), a noção de desenvolvimento era tida como sinônimo de crescimento econômico e partia da premissa de que com o aumento da riqueza da nação haveria o incremento econômico da população, neste sentido:

> (...) que Adam Smith demonstra que a divisão do trabalho, na qual cada indivíduo faz o que lhe é específico, é a melhor maneira de aumentar a produtividade e riqueza de uma nação e se cada um puder seguir o seu próprio interesse esta é a melhor maneira para alcançar o bem-estar coletivo.

Na concepção clássica, o desenvolvimento está ligado ao crescimento econômico, maior produção de bens ou ativos, o que significa que o foco está no aumento de produção de riquezas por determinado ente político, sem necessariamente levar em consideração a distribuição de riquezas entre sua população, o acesso a bens essenciais ou mesmo o grau de desigualdade social do país. Por outro lado, há atualmente outras perspectivas acerca do conteúdo do termo desenvolvimento, que pode ser visto como "uma série infindável de modificações de ordem qualitativa e quantitativa, de tal maneira e conduzir a uma radical mudança de estrutura da economia e da própria sociedade" (NUSDEO, 2002, p. 353). Portanto, nesta ótica, o desenvolvimento não está ligado apenas ao crescimento econômico, mas também a mudanças na estrutura social.

O desenvolvimento não deve ser visto apenas sob a ótica do crescimento do produto interno bruto – PIB ou por meio da análise de indicadores de ordem estritamente econômica, mas também sob o ângulo da remoção de privações sociais de parcela da população. Neste sentido:

> O desenvolvimento requer que se renovam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos (SEN, 2000, p. 18).

Na mesma linha de direção, há a conclusão de que 'a ideia de desenvolvimento supõe

dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente" (GRAU, 2007, p. 216). Não basta para fins de aferir o desenvolvimento o crescimento dos índices exclusivamente econômicos, há necessidade de haja crescente ruptura da bolha da desigualdade social.

A Constituição Federal inaugura o seu texto afirmando que tem como fundamento a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho, em evidente conciliação de dois valores que marcaram o liberalismo e o socialismo, pois o primeiro tinha a liberdade como valor central ao passo que o segundo buscava uma reestruturação da organização social justamente por compreender que o trabalho (operário) não contava com qualquer valor no âmbito do capitalismo.

Nesta perspectiva de raciocínio, a Constituição Federal, em seu art. 6º, elencou uma série de direitos sociais, com o escopo de assegurar aos brasileiros um feixe mínimo de direitos, objetivando a instituição de um estado de bem-estar social e, portanto, assegurar o desenvolvimento nacional em sentido mais amplo do que o estritamente econômico.

Acerca da noção do estado de bem-estar social e sua correlação com o conceito de desenvolvimento:

> A noção de bem-estar social está ligada ao desenvolvimento, a partir da década de 30 do século XX, do *Welfare State* (Estado do bem-estar social), que se caracterizou, de forma simples, pelo abandono do liberalismo e pela intervenção na ordem econômica, sobretudo para a garantia de direitos trabalhistas e previdenciários, por meio dos quais se procurou superar o desemprego e a miséria e assegurar a existência de um mercado consumidor para a produção industrial (BARCELLOS, 2018, p. 160-161).

O desenvolvimento, portanto, não está isolado na análise exclusiva de indicadores econômicos, mas deve ser conjugado com a análise de indicadores sociais, pois há uma nítida interrelação entre estes dados, pois "a privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica (SEN, 2000, p. 23).

A Constituição Federal assentou o conceito de desenvolvimento baseado não só no crescimento econômico, mas buscou equilibrar valores como a propriedade privada, função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais, proteção ao pleno emprego e as empresas de pequeno porte como diretrizes a serem observadas pela atividade econômica (BRASIL, 1988). Dentro desta perspectiva de desenvolvimento, visto não apenas como o crescimento econômico, mas o acesso a um plexo de direitos fundamentais que irão assegurar o acesso a igualdade material, liberdades políticas, econômicas, direitos sociais e segurança jurídica, que deve ser visto o papel do Estado no desenvolvimento nacional (SEN, 2011).

A política de bem-estar social está vinculada a garantia de paradigmas mínimos de acesso a bens vitais ao ser humano, tais como a garantia de um salário-mínimo (art. 7º, IV), bem como dos direitos sociais à educação (art. 205), saúde (art.196), assistência social (art. 203), todos previstos na Constituição Federal (BARCELLOS, 2018). Por outro lado, ao tratar da ordem econômica, o legislador constituinte reafirmou que a ordem econômica seria baseada em alguns princípios dentre os quais a propriedade privada, porém, do inciso seguinte já estabelece que este direito não é absoluto, mas limitado pela função social da propriedade, evidenciando a tentativa de conciliação

do direito à propriedade sob a perspectiva liberal e socialista (BRASIL, 1988).

Ademais, o texto também ressalva expressamente que, como regra, o Estado não promoverá a exploração direta da atividade econômica, exceto nas hipóteses em que os imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo exigirem, revelando novamente a conciliação de modelos, ao permitir a atuação do Estado como agente econômico e assegurar a livre iniciativa como valor fundamental.

A Constituição Federal enfeixou em seu texto uma série de objetivos a serem perseguidos e, dentre estes, inseriu o desenvolvimento nacional, fato que obriga o Estado ao desenvolvimento de programas públicos para assegurar o alcance desta finalidade almejada pelo constituinte originário. Ao tratar da metodologia adotada pelo legislador constituinte originário, Moraes afirma o seguinte:

> O constituinte privilegia, portanto, o modelo capitalista, porém, não se pode esquecer da finalidade da ordem econômica, qual seja, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, afastando-se, assim, de um Estado absenteísta nos moldes do liberalismo.
> Pelo contrário, o texto admite a intervenção do Estado no domínio econômico (LENZA, 2019, p. 2.350).

Pode-se afirmar que a adoção do conceito de bem-estar foi realizada com o escopo de definir aquilo que é essencial para vida humana e não instrumental ou acessório, objetivando a atribuição do adequado quilate aos bens da vida que assegurem e produzam bem-estar aos seres humanos (DWORKIN, 2005, p. 7).

Assim sendo, o desenvolvimento nacional, na perspectiva constitucional, não está relacionado apenas ao crescimento econômico, na medida em que está alinhado com a ideia posta por Amartya Sen, de que "o desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos" (SEN, 2000, p. 28-29).

O conteúdo do texto constitucional revela um modelo de desenvolvimento conciliativo de valores liberais e socialistas, uma vez que a partir da análise dos diversos dos institutos nele previstos é possível verificar influência de estruturas de raciocínio pertencentes a estes modelos econômicos, sociais e filosóficos tão distintos, mas que tiveram abrigo na Constituição Federal brasileira.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal é um derivativo do modelo de estruturação jurídica do constitucionalismo moderno que reconhece o povo como titular do poder constituinte e que compete a este diretamente ou a seus representantes eleitos elaborar uma Carta Política para limitar poderes e definir os direitos básicos dos integrantes do estado que nasce.

Dentro deste cenário, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada e sua elaboração se desenvolveu em ambiente de forte contraste político e ideológico, em um congresso que aglutinou ampla diversidade representativa, fato que acarretou um texto plural onde é nítida a tentativa de conciliação de valores, por vezes, tidos como antagônicos.

O aparente antagonismo do texto pode ser visualizado a partir do art. 1º da Constituição,

uma vez que, ao dispor os fundamentos da República, afirma que o estado brasileiro se funda sob os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, evidenciando um modelo nitidamente conciliatório de valores socialistas e liberais, com o propósito de construir um modelo no qual caminhem juntos a liberdade e a igualdade social.

O liberalismo parte da premissa de que o Estado tem papel secundário no desenvolvimento, sendo o indivíduo a verdadeira força motriz da economia, e, desta forma o ente estatal não deve, como regra, promover intervenções. Por outro lado, o socialismo prega um modelo de Estado que detém os meios de produção e a propriedade privada é inexistente ou extremamente limitada.

O modelo de desenvolvimento previsto na Constituição Federal não está pautado apenas no crescimento econômico e sequer atribuiu ao Estado o papel de mero espectador do sistema econômico, pelo contrário, buscou equilibrar valores como a propriedade privada, função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais, proteção ao pleno emprego e as empresas de pequeno porte como diretrizes a serem observadas pela atividade econômica.

Ao mesmo tempo que acena para liberdade como valor fundamental e direciona a atividade econômica, a Constituição aponta as respectivas limitações ao livre mercado, a exemplo da limitação da propriedade privada, da vedação do exercício de atividade econômica pelo Estado, mas que é acompanhada de exceção que permitiu a abertura de milhares de empresas públicas ao longo dos últimos 30 (trinta) anos.

Por outro lado, o modelo de desenvolvimento não objetiva apenas alcançar o crescimento econômico, mas também a distribuição de uma série de direitos fundamentais com o intuito de assegurar não apenas a igualdade perante a lei (formal), mas sim uma igualdade material, mediante o acesso a liberdades políticas, econômicas, direitos sociais e segurança jurídica, que deve ser visto o papel do Estado no desenvolvimento nacional.

No que se refere a outro valor central do liberalismo, a Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica, afirma que esta seria baseada em alguns princípios, dentre os quais a propriedade privada. Porém, também estabelece que este direito não é absoluto, mas limitado pela função social, revelando a busca de conciliação de modelos liberais e socialistas deste direito.

Ao se analisar o modelo de desenvolvimento previsto na Constituição Federal é possível identificar a tentativa de serem conciliados em seu texto valores liberais e socialistas, pois em vários institutos como o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa, a atuação do estado na economia, é possível aferir que a outorga do direito de liberdade é sequencialmente acompanhada de um limitador representativo de valores tidos como socialistas.

Neste sentido, o texto da Constituição Federal acaba por despertar críticas de diversificadas matizes ideológicas, justamente por apontar um modelo de desenvolvimento conciliativo que busca agregar valores liberais e sociais, construindo institutos jurídicos que não podem ser classificados como exclusivamente liberais ou socialistas, mas que são fruto desta junção de valores aparentemente antagônicos, traduzindo o espírito democrático e plural de seu texto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal Brasileira*. Senado Federal: Brasília, DF. 1988.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política.* trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DWORKIN, Ronald. Igualdade e bem-estar. In: DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana:* a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELS, Friederich [1880]. *Do Socialismo Utópico ao Socialismo Cientifico***.** 2009. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/praxis/77/Do%20Socialismo%20Ut%C3%B3pico%20ao%20Socialismo%20Cientifico.doc?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 mar. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos.* O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Editora Revista dos Tribunais – 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988:* interpretação e crítica.12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

KILDARE, Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional:* teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 12. Ed. Imprenta: Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

LENZA, Pedro**.** *Direito constitucional esquematizado.* 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Universidade Católica Editora: 2020.

MILL, John Stuart. *Sobre A Liberdade.* Tradução Pedro Madeira. Edição Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento.* São Paulo: Malheiros, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *1968.* 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

RAWLS, Jonh. *Liberalismo Político.* São Paulo: Editora Ática, 2000.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais:* estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça.* São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações.* São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SMITH, Adam. *Liberalismo:* formação de preços e a mão invisível. Coleção Economia Política.

Lebooks Editora: 2017.

VON MISES, Ludwig. *Liberalismo:* segundo a tradição clássica. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

Recebido em: 19.10.2023
Aprovado em: 19.02.2024
Última versão dos autores: 13.03.2024

Informações adicionais e declarações dos autores (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirmou que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): Milani e Silva, V. C. Uma carta liberal ou socialista? Uma análise do modelo constitucional brasileiro de desenvolvimento. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito, 33* (2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.16155. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/16155/version/20260. Acesso em: 30 mai. 2024.

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Busca ativa e focalização do Benefício de Prestação Continuada (BPC) como forma de garantir o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 10 da Agenda 2030 – Redução das desigualdades

Renato Bernardi [1]
Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP, Brasil
E-mail: bernardi@uenp.edu.br

Carolina Silvestre [2]
Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP, Brasil
E-mail: ca.carolsilvestre@gmail.com

Resumo: A Agenda de 2030 da Organização das Nações Unidas-ONU é um plano de ação global que tem como objetivo atingir em naquele ano um mundo melhor para os povos e as nações. O plano destaca a erradicação da extrema pobreza e redução das desigualdades como os principais desafios globais. O Benefício de Prestação Continuada é um importante instrumento de materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, de justiça social, diminuição das desigualdades e de efetivação de direitos básicos. O presente artigo apresenta um dos principais desafios deste programa de distribuição de renda, qual seja, a identificação adequada e o alcance daqueles que se enquadram como potenciais beneficiários. A pesquisa tem como objetivo localizar e tornar visíveis os indivíduos vulneráveis que preenchem os requisitos do Benefício de Prestação Continuada, permitindo o acesso ao benefício, a fim de reduzir a desigualdade social em atendimento ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 10 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – Redução das Desigualdades. Para tanto, apresenta a proposta de criação de uma política pública capaz de alcançar os indivíduos que se enquadram nos critérios de elegibilidade e, consequentemente, minimizar erros de exclusão do benefício assistencial, por meio da realização de uma busca ativa a ser desempenhada em uma ação de verdadeiro Censo Assistencial Municipal. A pesquisa foi elaborada por meio do método hipotético-dedutivo com revisão de literatura, análise legislativa e doutrinária específicas sobre o tema.

Palavras-Chave: Agenda 2030; Benefício de Prestação Continuada; Censo Assistencial Municipal; Redução das Desigualdades.

1 Pós-doutorado no CESEG (Centro de Estudios de Seguridad) da Universidad de Santiago de Compostela, Espanha. Doutor em Direito do Estado (subárea Direito Tributário) - PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional - ITE-Bauru. Professor efetivo dos cursos de Bacharelado em Direito e do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas - Mestrado e Doutorado do CCSA, Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Professor Convidado do PPGD da Universidade de Marília - UNIMAR. Coordenador Pedagógico do PROJURIS Estudos Jurídicos Ltda. Procurador do Estado de São Paulo. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1770829313370872. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5938-5545. E-mail: bernardi@uenp.edu.br.

2 Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo PROJURIS, nas Faculdades Integradas de Ourinhos (2015). Pós-graduada em Direito Previdenciário e Prática Previdenciária na Faculdade Legale (2022). Graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2010). Advogada. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7731093316193018. ORCID: https://orcid.org/0009-0000-8080-038X. E-mail: ca.carolsilvestre@gmail.com.

Active search and focus on the BPC as a way to guarantee SDG no. 10 of the 2030 Agenda – Reduction of inequalities

Abstract: The United Nations-UN 2030 Agenda is a global action plan that aims to achieve a better world for people and nations in that year. The plan highlights the eradication of extreme poverty and reduction of inequalities as the main global challenges. The Continuous Payment Benefit is an important instrument for materializing the principle of human dignity, social justice, reducing inequalities and realizing basic rights. This article presents one of the main challenges of this income distribution program, namely, the adequate identification and reach of those who qualify as potential beneficiaries. The research aims to locate and make visible vulnerable individuals who meet the requirements of the Continuous Payment Benefit, allowing access to the benefit, in order to reduce social inequality in compliance with Sustainable Development Goal nº 10 of the 2030 Agenda of the Organization of United Nations – Reducing Inequalities. To this end, it presents the proposal to create a public policy capable of reaching individuals who meet the eligibility criteria and, consequently, minimizing errors of exclusion from the assistance benefit, by carrying out an active search to be carried out in an action of a true Municipal Assistance Census. The research was carried out using the hypothetical-deductive method with a literature review, specific legislative and doctrinal analysis on the topic.

Keywords: Agenda 2030; Continuous Payment Benefit; Municipal Assistance Census; Reduction of Inequalities.

Sumário: 1. Introdução. 2. Agenda 2030 da ONU e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de nº 10. 3. Assistência Social e o Benefício de Prestação Continuada. 4. Do Censo Assistencial Municipal e Ampliação de Acesso ao BPC; 4.1. Censo Municipal. 5. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas-ONU é um plano de ação global composta por 17 objetivos interconectados e tem como finalidade atingir em 2030 um mundo melhor para os povos e as nações. Os objetivos abordam os principais desafios de desenvolvimento enfrentados pelas pessoas no Brasil e no mundo.

Dentre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o de nº 10, que trata da Redução das Desigualdades, está relacionado ao objeto de estudo do presente trabalho, tendo em vista que o Benefício de Prestação Continuada é um instrumento de redução de desigualdade social.

Da mesma forma, está em consonância com o foco da Revista, que acolhe estudos sobre as relações entre Direito e Justiça Social que avaliem e promovam e adoção de políticas públicas compensatórias e de estímulo à sustentabilidade do desenvolvimento econômico e social.

O Benefício de Prestação Continuada integra a Proteção Social Básica do Sistema Único de Assistência Social-SUAS. A Assistência Social visa garantir ao cidadão, independentemente de

qualquer contraprestação financeira direta ao Estado, condições mínimas para o exercício de uma vida digna. Essa não contraprestação que o difere dos benefícios de caráter previdenciário.

O Benefício de Prestação Continuada está previsto no artigo 203 da Constituição Federal que, em seu inciso V, garante a percepção de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Os requisitos para a sua concessão estão previstos nos artigos 20 e 21 da Lei Orgânica da Assistência Social-LOAS, Lei nº 8.742/1993. Um dos critérios de enquadramento ao benefício é o de renda: é necessário que a renda por pessoa do grupo familiar seja igual ou menor do que 1/4 do salário-mínimo.

Trata-se, portanto, de benefício destinado à população em situação de extrema vulnerabilidade social e, por esse motivo, pode ser considerado um instrumento de materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, de inclusão social e de efetivação de direitos básicos.

Atualmente, o Benefício de Prestação Continuada é o maior programa brasileiro de transferência de renda em termos orçamentários. Na página da *internet* do portal da transparência da Controladoria Geral da União consta que o valor disponibilizado em setembro de 2023 aos beneficiários foi de aproximadamente 7 milhões de reais. Os dados estão atualizados até junho de 2023. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2023)

Apesar da importância do benefício como componente da proteção básica aos indivíduos considerados miseráveis, um dos principais desafios é a identificação adequada e o alcance daqueles que se enquadram como potenciais beneficiários.

Assim a presente pesquisa tem como objetivo localizar e tornar visíveis os indivíduos vulneráveis que preenchem os requisitos do Benefício de Prestação Continuada, possibilitando o acesso ao benefício.

Para isso, faz-se necessária a atuação positiva do Estado capaz de minimizar o erro de exclusão. Como alcançar o indivíduo que se enquadra nos critérios de elegibilidade do benefício, mas não o recebe?

Propõe-se, para tanto, uma política pública capaz de reduzir a desigualdade social em atendimento ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 10 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – Redução das Desigualdades.

A hipótese é a de criação de um Censo Assistencial Municipal, capaz de alcançar os indivíduos que se enquadram nos critérios de elegibilidade do Benefício de Prestação Continuada e, consequentemente, minimizar esses erros de exclusão.

A pesquisa foi elaborada por meio do método hipotético-dedutivo com revisão de literatura, análise legislativa e doutrinária específicas sobre o tema.

Na primeira parte do artigo é apresentada a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas e realizada a análise do destaque feito pelo plano de ação na redução das desigualdades e da pobreza. Em seguida, serão feitas considerações sobre os objetivos da Assistência Social e apresentado o Benefício de Prestação Continuada como instrumento de justiça social e redução da pobreza. Na terceira parte, são mencionados os problemas de alcance do benefício e apresentada a proposta de criação do Censo Assistencial Municipal, a fim de auxiliar na ampliação de acesso ao benefício.

2. AGENDA 2030 DA ONU E O OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DE Nº 10

A proposta da Agenda 2030 é ser "um plano de ação para pessoas, para o planeta e para a prosperidade" (ONU, 2015, p. 1), direcionando o mundo para um caminho sustentável.

O documento "Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável" direciona objetivos e metas em relação às pessoas da seguinte forma:

> Estamos determinados a acabar com a pobreza e a fome, em todas as suas formas e dimensões, e garantir que todos os seres humanos possam realizar o seu potencial em dignidade e igualdade, em um ambiente saudável. (2015, p. 03)

A agenda 2030 reúne 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas universais, criados com o objetivo de erradicar a pobreza e a fome, proteger o meio ambiente e o clima, promover sociedades pacíficas e inclusivas.

Os objetivos abordam os principais desafios de desenvolvimento enfrentados pelas pessoas no mundo. Além disso, são integrados e apresentam as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. O desenvolvimento sustentável é visto como uma maneira de evoluir atendendo às necessidades da presente geração, sem comprometer as gerações futuras.

Na Agenda estão previstas ações nas áreas de erradicação da pobreza, segurança alimentar, agricultura, saúde, educação, igualdade de gênero, redução das desigualdades. (ONU, 2015, p. 3)

Logo no primeiro parágrafo do preâmbulo do documento é reconhecida que a erradicação da pobreza é o maior desafio do plano de ação:

> Esta Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. Ela também busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. Reconhecemos que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. (2015, p. 1)

O documento destaca, ainda, o comprometimento e empenho em acabar com a pobreza em todas as suas formas e dimensões, a fim de que todas as pessoas desfrutem de um padrão básico de vida, inclusive por meio de sistemas de proteção social.

Nesse contexto, destaca-se o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 10, que trata da redução das desigualdades, dentro dos países e entre eles que está intimamente ligado à temática do artigo.

O Objetivo relaciona dez metas, que passam pela redução da desigualdade de renda, inclusão econômica, política e social de todos, facilitação da migração, além da adoção de políticas voltadas à promoção da igualdade dentro e entre os países. (ONU, 2015, p. 29)

No Brasil, dentre as metas desse objetivo, duas delas se relacionam com a solução que será apresentada ao final do trabalho, no item 4. São elas: 10.2, empoderar e promover a inclusão

social, econômica e política de todos, de forma a reduzir as desigualdades, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, nacionalidade, religião, condição econômica ou outra e, 10. 4, reduzir desigualdades por meio da adoção de políticas, especialmente fiscal, tributária, salarial e de proteção social.

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 3º, inciso III, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e, em seu artigo 6°, *caput*, como direito social, o dever de combate à pobreza e assistência aos desamparados.[3]

Uma das maneiras de reduzir a desigualdade é garantir renda para a população mais vulnerável.

No Brasil, um dos instrumentos de efetivação dos direitos sociais dos hipossuficientes e de redução das desigualdades é o Benefício de Prestação Continuada, previsto no artigo 203, V[4], da Constituição Federal e no artigo 2º, I, "e", da Lei 8.742/1993.

O benefício, que será explicado no próximo tópico, é a garantia do sustento básico aos idosos e pessoas com deficiência e a materialização dos direitos fundamentais, da garantia do mínimo existencial, da restauração ou preservação da dignidade e da justiça social.

3. ASSISTÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

A Assistência Social está disciplinada nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal e na Lei 8.742/1993 (LOAS- Lei Orgânica da Assistência Social).

Costa e Serau consideram que o artigo 203 da Constituição Federal carrega a perspectiva universalista vinculada à cidadania e à dignidade da pessoa humana presente na Assistência Social. (COSTA; SERAU, p. 18, 2023)

A LOAS, em seu artigo 1º, traz a definição de Assistência Social:

> Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Em sua obra, Amado traz o seguinte conceito:

> É possível definir assistência social como as medidas públicas (dever estatal) ou privadas a serem prestadas a quem delas precisar, para os atendimentos das necessidades humanas essenciais, de índole não contributiva direta, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social, quando este não puder ser aplicado ou se

3 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

4 Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

> mostrar insuficiente para a consecução da dignidade humana. (2020, p. 36)

Serau destaca que a Assistência Social como sendo a *ultima ratio* da proteção social:

> De natureza eminentemente não contributiva, esta, por seu turno, funciona como a *ultima ratio* da proteção social: caso o cidadão não consiga prover-se a si próprio, nem faça jus a algum tipo de benefício previdenciário (o que demanda contribuição), ao menos à assistência pública fará jus, restando preservada sua dignidade humana por conta de uma prestação pública independente de recolhimento de contribuições. (2023, p. 154)

Importante ressaltar que a Assistência Social compõe o tripé do sistema brasileiro da Seguridade Social, juntamente com a Saúde e a Previdência Social.

O artigo 2º da Lei 8.742/1993, da Lei Orgânica da Assistência Social- LOAS traz os objetivos da Assistência Social, que se encontram divididos em três grupos: proteção social; vigilância socioassistencial e defesa de direitos.[5]

A proteção social tem como objetivo a garantia à vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos. Marisa Santos, Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sua obra, enumera os destinatários dessa proteção:

> Note-se que a proteção social deve alcançar justamente os sujeitos mais frágeis das relações sociais: família, infância, adolescência, velhice e pessoas com deficiência. A proteção social é efetivada por meio das ações do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), conforme prevê o § 1º do art. 6º da LOAS. (2021, p. 188)

Afirma, ainda, que a lei exige, para a concessão da cobertura assistencial, o respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade. (2021, p. 191)

Um dos instrumentos de efetivação dos direitos sociais dos hipossuficientes é o Benefício de Prestação Continuada, previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal e no artigo 2º, I, "e", da Lei 8.742/1993.

O Benefício da Prestação Continuada possui natureza assistencial e, por este motivo, para a obtenção do benefício não é preciso que a pessoa tenha contribuído para o Instituto Nacional de Seguro Social, bastando que preencha os requisitos para concessão.

Neste sentido, Costa e Serau:

> A assistência social e seus diversos serviços e políticas são, portanto, direitos fundamentais dos cidadãos, independentemente de terem ou não recolhido contribuições para o custeio

5 Art. 2º A assistência social tem por objetivos:
I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:
a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;
c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;
d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;
II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos;
III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

> da Seguridade Social, podendo ser exigidos na via administrativa ou pleiteados na vida judicial (CF/1988, art. 5º, XXXV). (2023, p. 18)

A Constituição da República prevê a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família como meio de proteção social.

O benefício pode ser, portanto, de duas espécies: benefício de prestação continuada à pessoa idosa e benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência.

Para fazer jus ao benefício, o idoso ou pessoa com deficiência deverá comprovar o seu estado de miserabilidade. Pelo critério legal e objetivo, considera-se incapaz de prover a sua própria manutenção a pessoa com deficiência ou idosa em que a renda mensal *per capita* familiar seja igual ou inferior a ¼ do salário-mínimo.

Atualmente, o salário-mínimo mensal nacional é de R$1.412,00 (um mil, quatrocentos e doze reais) e, portanto, para se enquadrar no critério de renda do benefício, a renda mensal *per capita* familiar deve ser igual ou inferior a R$353,00 (trezentos e cinquenta e três reais).

Vê-se, portanto, que os destinatários do benefício são idosos ou pessoas com deficiência que se encontram em situação de miserabilidade. São aquelas pessoas que não têm acesso a direitos básicos, como alimentação, saúde e moradia. Neste último, encontram-se as pessoas idosas ou com deficiência em situação de rua.

Importante destacar que, ao prever a transferência de renda mensal de um salário-mínimo ao destinatário do benefício, na prática, não só ele acaba sendo beneficiado, como também toda sua família.

O Benefício de Prestação Continuada é a garantia do sustento básico dos seus beneficiários e instrumento de transformação social e de materialização do princípio da dignidade da pessoa humana. Promove a inclusão social e econômica da pessoa idosa ou com deficiência, em consonância com a meta 10.2 do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº10.

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e está previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. É ele quem dá suporte à Seguridade Social como direito fundamental material, impondo o atendimento das necessidades básicas das pessoas. (SERAU, 2023, p. 170)

Por ser fundamento basilar da República, cabe ao Estado assegurar ao cidadão proteção e promoção de medidas que lhe garantam uma vida digna.

Neste sentido, Marisa Santos dispõe:

> As prestações de assistência social devem promover a integração e a inclusão do assistido na vida comunitária, fazer com que, a partir do recebimento das prestações assistenciais, seja "menos desigual" e possa exercer atividades que lhe garantam a subsistência. (2021, p. 186)

Importante destacar que o órgão que administra o benefício é o Ministério da Cidadania, mas a operacionalização é feita pelo Instituto Nacional de Seguridade Social-INSS.

Cabe ao INSS receber os requerimentos, conceder, manter, revisar, suspender ou fazer

cessar o benefício, realizar avalição social da pessoa idosa e as avaliações médica e social da pessoa com deficiência, realizar os pagamentos do benefício, dentre outros.

4. DO CENSO ASSISTENCIAL MUNICIPAL E AMPLIAÇÃO DE ACESSO AO BPC

Um dos principais desafios do Benefício de Prestação Continuada, assim como dos demais programas de transferência de renda, é a identificação adequada do seu público-alvo.

Isso se deve ao fato da ausência de registros oficiais e atualizados que contenham todos os dados necessários para a focalização do benefício. Nenhuma das bases de dados do poder público contém, sozinha, o conjunto de informações necessárias para a construção dos indicadores de focalização e de cobertura do benefício.

Nesse contexto é que se fala em erros de exclusão, ou seja, quando o indivíduo se enquadra nos critérios de elegibilidade do benefício, mas não o recebe. Isso significa que aqueles que mais precisam não estão sendo atingidos.

O Departamento de Monitoramento da Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação (DM/SAGI), responsável pela Política de Monitoramento do Ministério da Cidadania, a pedido do Departamento de Benefícios Assistenciais da Secretaria Nacional de Assistência Social do Ministério da Cidadania (DBA/SNAS/SEDS/MC) elaborou o documento "Focalização e Cobertura do BPC: uma análise metodológica" com o objetivo de construção de indicadores do Benefício de Prestação Continuada. O documento elaborado traz a importância da monitoração da focalização do benefício:

> Esse estudo contribui para a discussão sobre métricas capazes de monitorar a cobertura e focalização do BPC, tendo em vista que o monitoramento do grau de focalização de programas de transferência de renda como o BPC é essencial para o gestor acompanhar a eficácia do programa, ou seja, se a política atinge os objetivos inicialmente planejados. (2020, p. 44)

Além dos problemas já citados acima, o estudo demonstra dificuldade de enquadramento das definições específicas utilizadas para o benefício:

> Uma dificuldade adicional para a construção dos indicadores do BPC relaciona-se com os conceitos utilizados pelas bases de dados e pela gestão do Programa. Por exemplo, a definição de família e de deficiência são bastante distintas quando se compara o que é entendido pelo BPC e o que é utilizado nas pesquisas estatísticas. (2020, p. 45)

Somado a isso, é preciso levar em conta que as composições familiares são bastante dinâmicas, mudam ao longo do tempo; os dados coletados devem ser atualizados com frequência.

Em conclusão, o estudo identificou limitações importantes que comprometem a validade dos indicadores apresentados:

> [...] este trabalho identificou limitações importantes nos dados existentes no Brasil sobre este tema e buscou jogar luz a esta questão com o intuito de estabelecer uma colaboração técnica mais intensa entre as equipes do Ministério da Cidadania e de especialistas no tema com vistas a desenvolver indicadores que sejam mais confiáveis e reflitam de fato o

> desempenho do BPC. (2020, p.2)

Faz-se necessária uma base de dados que contenha todas as informações indispensáveis para calcular os indicadores de focalização e de cobertura do Benefício de Prestação Continuada, tais como: idade, existência ou não de deficiência, composição familiar, rendimento familiar e recebimento de benefício por outra membro do grupo familiar.

Essa base de dados deve estar em consonância com as definições importantes que envolvem o benefício, como aqueles já mencionados acima.

Frise-se que, há omissão inconstitucional do governo federal, por insuficiência no cumprimento do dever constitucional de proteção social, considerando a deficiência atual dos programas estatais de combate à pobreza, como é o caso do Benefício de Prestação Continuada.

Essa falha na gestão dificulta o acesso de potenciais beneficiários a esse recurso, essencial para a promoção da inclusão social e para a própria sobrevivência.

A Assistência Social está submetida a princípios próprios, previstos no artigo 4º da Lei 8.742/1993, todos pautados pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.[6]

O princípio descrito no inciso V menciona a necessária divulgação dos serviços prestados à população que deles necessitam.

Para Frederico Amado, a publicidade dos programas sociais é indispensável para a inclusão social dos vulneráveis:

> Demais disso, em decorrência do Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento, busca o assistencialismo a inclusão social dos necessitados, através do maior alcance dos direitos sociais, o que poderá ser atingido através da publicidade das medidas a serem prestadas. (2021, p. 36)

No terceiro tópico do trabalho foram mencionados os objetivos da Assistência Social, presentes no artigo 2º, da Lei 8.742/1993 e, entres eles estão: a vigilância socioassistencial e a defesa de direitos.

O primeiro objetivo visa sistematizar, analisar e disseminar as informações das situações de vulnerabilidades e riscos sociais das famílias, bem como dos serviços ofertados pela Assistência Social.

Neste sentido, Marisa Santos:

> A vigilância socioassistencial cuida de analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos. Neste aspecto, a lei indica que a atividade administrativa de desenvolvimento de projetos

6 Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:
I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;
II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;
III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;
IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;
V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

> sociais deve ser fundada em levantamentos e estudos de bases territoriais, que propiciem o conhecimento das peculiaridades locais e das carências das respectivas comunidades. (2021, p. 188)

Por sua vez, a defesa de direitos deve garantir que as pessoas em situação de vulnerabilidade e miserabilidade tenham acesso às informações sobre os programas assistenciais existentes e, ainda mais, que sejam assistidas na defesa desses direitos.

Analisando de forma conjunta os princípios e objetivos da Assistência Social e o problema apresentado no presente trabalho, tem-se que, quando se trata de destinatários em situação de extrema vulnerabilidade, a publicidade não é suficiente para alcançar os potenciais beneficiários do Benefício de Prestação Continuada, tendo em vista que os objetivos descritos não são atingidos de forma plena ou, ao menos, satisfatória.

Atualmente, a grande maioria dos requerimentos do Benefício de Prestação Continuada é realizada pelo Centro de Referência de Assistência Social-CRAS, quando o cidadão o procura para realizar ou atualizar a sua inscrição no CadÚnico, que é o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal.

O CRAS é uma unidade pública de atendimento à população, mantida pelos Municípios e pela União, que tem como objetivo garantir acesso aos direitos sociais das famílias e indivíduos que estão em situação de vulnerabilidade ou risco social.

Desta forma, o cidadão que acredita que se enquadra em algum dos programas do governo ou mesmo que acredita que tem direito ao Benefício de Prestação Continuada é quem procura o CRAS, que verifica se a pessoa se enquadra nos requisitos e dá entrada no requerimento administrativo.

É certo que existem as visitas domiciliares realizadas pelos assistentes sociais e que permitem realizar o acompanhamento e encaminhamentos necessários aos programas do governo, porém, não são suficientes e não são direcionadas exclusivamente ao Benefício de Prestação Continuada. Além disso, a população em situação de rua não recebe referidas visitas.

Nesse contexto é que surge a necessidade de uma busca ativa pelo poder público, ou seja, a atuação positiva da Administração Pública capaz de minimizar o erro de exclusão do benefício, que pode ser feita por meio do Censo Municipal, que será abordado no tópico seguinte.

4.1 Censo Municipal

O censo é uma solução prática para identificar as pessoas que hoje estão invisíveis, por meio de uma busca ativa, resultando na ampliação da cobertura do benefício e na retirada do idoso ou deficiente da situação de extrema miserabilidade.

Ressalte-se que, como já explicado anteriormente, existem algumas bases de dados do poder público como por exemplo, o censo demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, porém, nenhuma delas disponibiliza todas as informações necessárias de forma conjunta para a construção dos indicadores de focalização e de cobertura do benefício.

O Censo Assistencial Municipal seria a atuação positiva da administração pública no

processo de identificação do público-alvo do Benefício de Prestação Continuada, aumentando assim, o seu alcance.

Para isso, o conjunto dos dados e das informações coletados pelo censo abrangeria especificamente os critérios de elegibilidade do benefício já mencionados anteriormente: idade; existência ou não de deficiência; composição familiar; rendimento familiar e recebimento do Benefício de Prestação Continuada por outro membro da família.

Além disso, o Censo Assistencial Municipal utilizaria as definições exatas desses critérios contidas na lei para fins de Benefício de Prestação Continuada, como por exemplo, a composição do grupo familiar e o que define a deficiência.

A política pública envolveria o recrutamento de pessoas que, à semelhança do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE, saíram às ruas, realizando, por meio de entrevista presencial, questionário específico para identificação dos potenciais beneficiários do Benefício de Prestação Continuada. Assim, não só seriam visitadas comunidades marginais, como também, seriam entrevistadas e devidamente identificadas pessoas em situação de rua.

Com isso, o censo conseguiria minimizar os erros de exclusão do benefício assistencial, por meio da realização de uma busca ativa, resultando na ampliação de sua cobertura. Essa atuação positiva do poder público permitiria saber, ainda, se o programa está cumprindo com os objetivos preestabelecidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 10 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas traz metas para a redução da desigualdade dentro dos países e entre eles.

O destaque dado à redução das desigualdades pela Agenda 2030 está alinhado à Constituição Federal, que estabelece como um dos objetivos do país o enfrentamento às desigualdades.

A Assistência Social exerce importante papel na proteção social dos cidadãos, oferendo suporte a indivíduos e famílias que se encontram em situações de vulnerabilidade, por meio de serviços, benefícios e programas. Os benefícios assistenciais fazem parte da política de Assistência Social e são um direito do cidadão e dever do Estado.

Dentre os benefícios assistenciais está a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Trata-se do Benefício de Prestação Continuada, que é um importante instrumento de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, de justiça social e de redução das desigualdades, visto que é capaz de retirar o beneficiário e sua família da extrema pobreza.

A transferência de renda mensal garante aos seus beneficiários o acesso a direitos básicos, como alimentação e moradia. Desta forma, o benefício colabora de maneira significativa para a redução da desigualdade social no Brasi

Ocorre que o Benefício de Prestação Continuada não alcança todos os indivíduos que se enquadram em seus critérios de elegibilidade.

Por estes motivos, faz-se necessária a criação de política pública capaz de minimizar erros

de exclusão, identificando os idosos e as pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade.

A proposta de solução apresentada no presente trabalho é a criação de um Censo Assistencial Municipal, voltado especificamente para a busca e a identificação de potenciais destinatários do Benefício de Prestação Continuada.

Essa busca ativa por intermédio do censo permitiria a ampliação de cobertura do benefício e da proteção social daqueles que mais necessitam.

Garantindo-se o acesso ao Benefício de Prestação Continuada, com a minimização dos erros de exclusão, por meio da criação de uma política pública consistente no Censo Assistencial Municipal, estar-se-ão cumprindo preceitos fundamentais, da Constituição Federal, quais sejam, erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 10.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário.* 13. ed., rev., atual., e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. Decreto n. 11.016/2022. *Regulamenta o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, instituído pelo art. 6º-F da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11016.htm#art15. Acesso em: 05 nov. 2023.

BRASIL. Decreto n. 6.214/2007. *Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei n o 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto n° 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acesso em: 06 nov. 2023.

BRASIL. Lei 8.742/1993. *Lei da assistência social*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.html. Acesso em: 06 nov. 2023.

COSTA, José Ricardo Caetano; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Comentários à Lei Orgânica de Assistência Social- LOAS: Lei 8.472, de 7 de dezembro de 1993*. 4. ed., rev., atual. Curitiba: Juruá, 2023.

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO DA SECRETARIA DE AVALIAÇÃO E GESTÃO DA INFORMAÇÃO (DM/SAGI). *Focalização e Cobertura do BPC: uma Análise Metodológica*. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/sagi/De_olho_na_cidadania_N__1_Focalizacao_do_BPC.pdf. Acesso em: 05 nov. 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. *10. Redução das Desigualdades*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ods/ods10.html. Acesso em: 15 nov. 2023.

LAZZARI, João Batista [*et al*]. *Prática Processual Previdenciária: administrativa e judicial*. 13. ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs. Acesso em: 10 de nov. de 2023.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/

agenda2030-pt-br.pdf. 2015. Acesso em: 08 nov. 2023.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA PREVIDENCIÁRIA. Disponível em: https://www.gov.br/inss/pt-br/portal-de-transparencia. Acesso em: 08 nov. 2023.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA PREVIDENCIÁRIA. *Detalhamentos dos benefícios ao cidadão*. Disponível em: https://portaldatransparencia.gov.br/beneficios/consulta?tipoBeneficio=5&ordenarPor=mesAno&direcao=desc. Acesso em: 08 nov. 2023.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário – Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza*. - 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Seguridade Social e direitos fundamentais*. 5. ed. rev. ampl. atual. Curitiba: Juruá, 2023.

Recebido em: 29.11.2023
Aprovado em: 22.02.2024
Última versão dos autores: 25.03.2024

Informações adicionais e declarações dos autores (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):
BERNARDI, R.; SILVESTRE, C. Busca ativa e focalização do Benefício de Prestação Continuada (BPC) como forma de garantir o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 10 da Agenda 2030 – Redução das desigualdades. *JURIS - Revista Da Faculdade De Direito*, *33* (2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.16384. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/16384/version/20489. Acesso em: 30 mai. 2024.

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Educação superior e cidadania democrática: os desafios e possibilidades de uma educação pela e para tolerância

Leandro José de Souza Martins [1]
Instituto Federal Minas Gerais, IFMG, Brasil
E-mail: leandro.martins@ifmg.edu.br

Resumo: O objetivo desse texto é defender a importância de resgatar a educação – especialmente a Educação Superior – como processo preparo para o exercício da cidadania e o estímulo para conhecer os problemas do mundo presente. Para isso, defende que em todas as graduações, sobretudo da Área STEM (Ciência, Tecnologia, Engenharias e Matemáticas, conforme acrônimo em inglês), a Educação Superior não só se faça com preparação para o mundo do trabalho mas também oportunidade de estudos e pesquisas de cunho mais político, ético ou filosófico, realizando o que a legislação educacional sintetiza como preparo para o exercício da cidadania e enfrentamento dos problemas do mundo atual. Para tanto, o texto argumenta que os processos educacionais devem se realizar como uma prática democrática, como uma educação em torno de valores e posturas republicanas, com ênfase na tolerância. Como indicado na conclusão, considera-se que a tolerância não só desempenhe o papel de um objetivo, mas também seja um elemento constitutivo da Educação. A educação pela e para tolerância articular-se-ia como um passo fundamental para realizar o escopo da Educação Superior, conforme preconizado pela legislação vigente e para superar todo tipo de objeção ou insensibilidade dos estudantes que, ainda nos primeiros anos da graduação, perdem o interesse ou entendem como inúteis discussões acerca da ética, da política e de outras questões sociais. A metodologia adotada é, primordialmente, descritiva-analítica, mediante uma revisão bibliográfica que venha servir como fundamentação de futuras abordagens empíricas. Autores clássicos, cotejados dentro do possível com pesquisadores contemporâneos, formam o referencial teórico aferido pela pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-Chave: Educação Superior; Tolerância; Diretrizes Curriculares; Cidadania; Democracia.

Higher education and democratic citizenship: the challenges and possibilities of education for and through toleration

Abstract: The objective of this text is to defend the importance of rescuing education – especially Higher Education – as a preparation process for the exercise of citizenship and the stimulus to understand the problems of the present world. To this end, he argues that in all degrees, especially in the STEM area (Science, Technology, Engineering and Mathematics), Higher Education not only

1 Doutorando em Teoria do Direito e Justiça pela PUC-Minas; Mestre em Filosofia pela UFOP. Professor no IFMG, Campus Ouro Branco. Membro do Grupo de Pesquisa Núcleo Justiça e Democracia do CNPq e da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito (ABRAFI). *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/8239895889023815. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7366-1430. Endereço eletrônico: leandro.martins@ifmg.edu.br. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

provides preparation for the world of work but also provides opportunities for studies and research of a more political nature, ethical or philosophical, carrying out what educational legislation summarizes as preparation for exercising citizenship and facing the problems of today's world. To this end, the text argues that educational processes must be carried out as a democratic practice, as an education based on republican values and stances, with an emphasis on tolerance. As indicated in the conclusion, tolerance is considered not only to play the role of an objective, but also to be a constitutive element of Education. Education through and for tolerance would be articulated as a fundamental step towards realizing the scope of Higher Education, as recommended by current legislation and to overcome all types of objections or insensitivity of students who, even in the first years of graduation, lose the interest or consider discussions about ethics, politics and other social issues to be useless. The methodology adopted is, primarily, descriptive-analytical, through a bibliographical review that will serve as a basis for future empirical approaches. Classic authors, compared as far as possible with contemporary researchers, form the theoretical framework assessed by bibliographic and documentary research.

Keywords: Higher Education; Toleration; Curricula; Citizenship; Democracy.

1. INTRODUÇÃO

No contexto das democracias constitucionais, a educação é um dos pilares mais importantes, sobretudo no que diz respeito à consolidação de uma sociedade que reconheça o devido espaço para as mais diversas concepções de mundo e de vida boa. Por conseguinte, a tolerância acaba surgindo concomitantemente, em vista desse pluralismo que caracteriza as democracias contemporâneas [Rawls, (1971), 2016]. Embora não seja tão instantânea ou até mesmo necessária, a relação educação-tolerância se torna, também, um tema em destaque nas democracias contemporâneas, seja porque a educação é um meio propício para o desenvolvimento da tolerância, seja colocando a tolerância como um dos objetivos da educação enquanto preocupada com a consolidação de valores democráticos.

Ademais, a relação educação-tolerância pode contribuir para que o pluralismo não seja relegado a mera proposta intelectiva, um conceito que diz muito, mas com pouca ou difícil incidência na sociedade. Na aplicação de metodologias educativas, seja pelo conhecimento de teorias essenciais, seja pelo exercício proveniente do processo de socialização que a escola permite, a educação pela e para a tolerância é, decerto, um meio pelo qual há de se garantir o respeito e a oportunidade aos mais diferentes projetos de vida. Na relação democracia-educação-tolerância, potencialmente está um mecanismo para que se efetive uma educação para a cidadania, em todos os seus desdobramentos necessários para a realidade atual, sobretudo brasileira.

Ao processo educacional, especialmente desenvolvido a nível de graduação – Ensino/ Educação Superior –, dá-se uma grande responsabilidade: a formação de uma pessoa tanto para a cultura e para o mundo do trabalho, quanto para o compromisso com a tolerância e outros valores que levam em conta o pluralismo e a diversidade da democracia contemporânea. Em outros termos, a educação – ressalte-se, novamente, com especial destaque à Educação Superior

–, visa o pleno desenvolvimento de saberes, competência e habilidades, em um processo de ensino-aprendizagem, no qual também se desenvolvem os valores pessoais, sociais e políticos, centralizados na consolidação da personalidade humana e de sua dignidade e nos compromissos republicanos. Dentre esses valores, sem dúvida, têm primazia aqueles que desenvolvem os ideais republicanos e democráticos, marcados, como já apontamos, pelo pluralismo e diversidade, exigindo, com notoriedade, a tolerância, o respeito e o reconhecimento.

O que se espera, portanto, de todo processo educacional, é que ele possa dar aos que dele participam meios suficientemente bons para o desenvolvimento de competências e habilidades que considerem o humano integralmente, não apenas em sua capacidade intelectiva ou profissional. Um processo educacional eficiente e desejado por todos os que levam em conta a consolidação da dignidade pessoal e dos valores sociais da democracia requer uma formação ampla, supõe, por isso, uma dedicada atenção a processos formativos que deem oportunidade, especialmente aos estudantes, de entenderem a realidade a seu redor com espírito crítico e colaborativo, respeitoso e tolerante. A Educação, sobretudo a Superior, deve se desenvolver tanto como preparo para a intelectualidade e para a técnica profissionalizante, quanto para o exercício da cidadania e o estímulo para conhecer os problemas do mundo presente.

Concorrem para esse escopo muitas legislações, sobretudo Tratados Internacionais que tratam sobre a Educação. Especificamente no Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), reconheceram a educação enquanto um direito fundamental social (art. 6º, com especificações legislativas entre os art. 205 a 211 da CF), um meio de promoção do desenvolvimento humano, para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, uma responsabilidade conjunta de família e de toda sociedade (art. 205 da CF c/c art. 1º da LDB). No que diz respeito à Educação Superior, reconhecem-na ainda como como via de importância estratégica para além da promoção de aptidões e capacidades pessoais mediante oferta de mecanismos e atividade que visem à formação integral para a cidadania, para corresponsabilidade social e para a ética (cf. Sifuentes, 2009).

Ocorre, entretanto, uma realidade diferente quando se observa, sobretudo, Graduações nas áreas de Ciências, Tecnologia, Engenharia, Matemáticas, ditas STEM – (acrônimo do inglês para *Science, Technology, Engineering and Mathematics*). Embora novas diretrizes nacionais vislumbrem uma formação holística e humanística nas engenharias, ainda em currículos de muitos cursos dessa Área do Conhecimento há reduzido espaço para disciplinas e discussões de cunho mais político, sociológico ou filosófico. Tal realidade não é diferente em cursos das Ciências Humanas e Sociais, como Direito, Administração e Economia: temas sobre a cidadania, ética e valores – com destaque à tolerância – parecem alijados para segundo plano ante a visão cada mais tecnicista e mecanizada que envolve, ultimamente, a oferta de tais ciências pelas Instituições de Educação Superior.

Segundo Cenci e Fávero (2008), são muitas as razões que determinam uma perda da dimensão humanística na formação dos cursos de graduação atualmente. Além das demandas de uma formação mais breve e "objetiva" dos estudantes, promove-se uma "formação estritamente técnica dos profissionais que atuam nas instituições" e "a mentalidade imediatista que reina no cenário econômico e social e que penetrou fortemente nas instituições de ensino". Trata-se de

um procedimento pautado na "reprodução do mecanicismo e engessamento que é incapaz de incutir nos graduandos qualquer possibilidade de formação pensada como 'humanista'", como bem sintetiza Ferreira Baptista (2017, p. 108). Uma das consequências desse quadro é a relativa especialização dos saberes, uma fragmentação superficial e uma incapacidade de observar linhas de raciocínio mais abrangentes e multidisciplinares.

Nesse artigo, pretende-se descrever um pouco sobre a "perda" que ocorre no interior dos cursos de graduação, sobretudo na dificuldade de aplicar, concretamente, o que as leis referentes à educação estabelecem como mínimo esperado. Em contrapartida, apresenta-se como seria importante o resgate de uma educação em torno de valores e posturas republicanas, com ênfase na tolerância, sobre a qual também apresento algumas definições. A tolerância seria, em suma, a capacidade de afirmar a diferença como um valor, uma virtude que se adquire mediante um verdadeiro processo educacional (Zarka, 2013, p. 41).

Enfim, o objetivo do trabalho é, após apresentar um breve exame sobre a legislação educacional, sobretudo nas graduações, defender a importância da educação como processo de tolerância e de cidadania, temas principais para uma educação democrática. O processo educacional necessita apresentar assuntos referentes à prática da tolerância, da justiça, da ética e da cidadania superando a preocupação tecnicista que a educação vem tomando nos últimos tempos. A proposição de disciplinas, metodologias ou projetos de extensão e pesquisa sobre temas de formação humanística – com ênfase nos cursos STEM e de Direito – discutindo-os por meio dos acontecimentos que, de certo modo, influenciam na vida dos estudantes, não só realizaria o papel normativo que cabe à Educação Superior, como poderia despertar um senso de pertença e cidadania verdadeiramente democráticos

O método utilizado para a realização do trabalho será descritivo-analítico, com fins de fazer uma revisão bibliográfica sobre o objeto pesquisado. Por tal método, procura-se acentuar os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica, instruída pela análise de textos legislativos e outros questionamentos provenientes da experiência dos autores como docentes. Seu referencial é marcado por obras mais clássicas, sobretudo no que se refere ao conceito tolerância e sua interpretação, pela razão de trabalhar conceitos e definições centrais. Ademais, também demonstra que, na atualidade, a maior parte das publicações, embora sejam ricas de pesquisas empíricas e análise qualiquantitativas, parecem pouco preocupadas com a apresentação conceptual, para a qual as obras mais clássicas têm indizível valor.

O texto tem um viés mais teórico. Não se preocupa, nesse primeiro instante, com pesquisas mais empíricas, embora as discussões aqui revisitadas bibliograficamente sirvam de fundamento para resultados com pesquisas qualitativas e quantitativas. Por fim, pretende oferecer ao leitor um panorama para repensar tanto a crise quanto a possibilidade da educação nas virtudes e nos problemas sociopolíticos. As traduções de textos estrangeiros são todas de responsabilidade do autor.

2. DA EDUCAÇÃO (SUPERIOR) E DA TOLERÂNCIA COMO MEIO EDUCACIONAL: UM PANORAMA NORMATIVO

Uma das grandes conquistas da Constituição Federal de 1988 foi determinar o direito à Educação como um direito social e um direito público subjetivo (Duarte, 2007)[2]. Com isso, o constituinte fez que tudo que se relacionasse à Educação em território brasileiro assumisse sua devida importância enquanto meio eficaz tanto para a concretização dos valores tutelados pela própria Constituição quanto para a efetivação dos ideais e meio político-jurídicos em prol da dignidade pessoal (Cury, 2013).

De acordo com os ditames da Constituição Federal, portanto, a educação é um direito social dotado de fundamentalidade, como prescrito no art. 6º; sua realização permite a plena fruição dos demais direitos (Masson, 2020; Mendes, Branco, 2021) e, como um direito público subjetivo, consubstancia a "prerrogativa de exigir o cumprimento integral das normas que veiculam direito à educação e, na omissão executiva, legitima, extraordinariamente, o Poder Judiciário para a sindicância, individual ou coletiva, do direito educacional" (Göttems, 2012, p. 60).

Conforme descreve Cury (2008), a educação é um verdadeiro direito por possuir "um recorte universalista próprio de uma cidadania ampliada e ansiosa por encontros e reencontros com uma democracia civil, social, política e cultural". Não foi sem razão, portanto, que o Constituinte quis entender a Educação como uma realidade "erigida em bem público, de caráter próprio, por ser ela em si cidadã" (Cury, 2008, p. 295; 296), ou, em outros termos, um dos fundamentos da cidadania e da promoção da pessoa humana em toda sua dignidade. Mais que um convite ao saber teórico e conceitual, a educação deverá proporcionar uma formação integral da pessoa; o conteúdo técnico e teórico alia-se à formação quanto aos direitos humanos e pelo respeito ao pluralismo ideológico e liberdades fundamentais.

Por força do art. 205 da Constituição Federal, entende-se que os objetivos maiores da Educação devem levar em conta o pleno desenvolvimento da pessoa, que, nesse particular, concretiza-se pela capacitação ao exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho. A Educação é direito de todos e dever do Estado e da família: toda sociedade deve envidar os devidos esforços para assegurar a efetividade de tal direito social fundamental (cf. Piovesan, 2010, p. 385, que defende a indissociabilidade entre direitos fundamentais e direitos sociais).

Ainda em torno do texto constitucional, o artigo 206 elenca os princípios constitucionais que devem nortear o ensino no Brasil. Dentre eles, destacam-se a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas. Ao artigo 206, liga-se a inteligência do art. 208, IV, que assegura a educação com qualidade e com fins de promoção pessoal e social a todas as etapas da vida de uma pessoa, desde a infância (em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos), à criação de vagas em escolas, sobretudo no Educação Superior, para os que são econômica ou socialmente vulneráveis.

O que a Constituição estabeleceu para a Educação foi corroborado e fortalecido pela adesão do Brasil a Tratados Internacionais. Por meio deles, cabe aos Estados-parte assegurarem a

2 Em relação a tal características, destaque-se os art. 208, §1º da CF/88, c/c art. 5º, §§ 3º, 4º e 5º da LDB art. 54 §§1º, 2º e 3º do ECA (mais detalhes também em Duarte, 2004);

Educação como prioridade em seus planos de governo, criando um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, com fins ao aprendizado ao longo de toda a vida, pautado nos valores da democracia e na defesa dos direitos humanos, liberdades fundamentais e pluralismo. Destacam-se dois Tratados que não só fomentam o Direito à Educação, como descrevem ao longo de seus artigos o que se espera com a efetivação de um pleno processo educacional: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o "Protocolo de São Salvador".

No Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[3], a educação é reconhecida como direito de toda pessoa e ela deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, do sentido de sua dignidade e para fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. O Pacto ainda assevera sobre a importância de desenvolver meios para que as pessoas se sintam sujeitos corresponsáveis na construção de uma sociedade livre, pela qual haveria tanto o exercício da compreensão, da amizade e da tolerância entre as nações e entre os grupos raciais, étnicos ou religiosos. Preceitua, também, o quanto a promoção e defesa da Educação corresponderiam ao alcance das atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Por fim, em seu artigo art. 10, o Pacto normatiza que os Estados reconheçam a família como "a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos", uma vez que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade.

Outro Tratado é o "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988[4]. No art. 13, que trata sobre o Direito à Educação, há uma prescrição muito semelhante à do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Com efeito, tomando o texto do Protocolo, claramente se estabelece a Educação como um conjunto de atividade e projetos que visam o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Para tal, o Protocolo enfatiza a importância de subscrever políticas que fomentem o sentido da dignidade pessoal e que fortaleçam o "o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz".

Esses valores parecem ser o foco mais importante do processo educacional proposto pelo Protocolo, dando a impressão de não contemplar uma formação técnica, mais conceptual e pautado por conteúdos intelectuais por meio de outras competências e habilidades. De fato, o texto sublinha um caráter "mais idealista" da educação, tendo como escopo o que seria comum a todos os Estados-parte e permitindo maior discricionariedade a cada um deles naquilo que for mais específico (a fim de se levar em conta as peculiaridades contextuais de cada Estado).

Entretanto, é possível subentender no texto a necessidade de formação intelectual e conceptual: o desenvolvimento de competências e habilidades, bem como o preparo intelectual para o conhecimento de teorias e dados científicos estão intrinsecamente associados aos processos mais básicos da Educação, independente de contextos temporais e espaciais. O processo formativo – aqui entendido pelo clássico modelo de aulas e outras metodologias de ensino-aprendizagem de

3 Adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil apenas em 6 de julho de 1992.

4 Trata-se do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador e ratificado pelo Brasil pelo Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

conteúdo específico – deve ser disposto de tal maneira a corroborar a reflexão e prática de atitudes morais e valorativas, próprias de uma sociedade democrática e pluralista, como a compreensão, a tolerância e o respeito.

Além da Constituição Federal e dos Instrumentos de Direito Internacional, há, no Brasil, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9394/96). A LDB ecoa os preceitos constitucionais, além de determinar com maior precisão mecanismos e outros fins do processo educacional brasileiro. Em seu artigo 1º, há a definição de educação, ou seja, um conjunto de "processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais". Assim, o conjunto de Constituição (art. 205, caput), Tratados Internacionais e LDB (art. 43, VI) oferecem uma ampla conceituação e finalidade para a Educação, entendendo-a tanto como preparo intelectual e profissionalizante quanto preparo para o exercício da cidadania e o estímulo para conhecer os problemas do mundo presente.

Assim, não se deveria dissociar o conteúdo ensinado do mundo vivido e partilhado, condição a priori e necessária para qualquer tipo de relação, inclusive, educacional. Com efeito, como um dos pontos mais importantes a ser discutido em qualquer processo verdadeiramente educador, encontra-se o que se liga à discussão ética, política, econômica: em suma, discussões que remontam à complexidade do humano nas suas mais diversas relações. Um processo educacional que não se percebe nessa ambientação, não só não enfrenta como dissemina um amplo e diversificado processo de crise (Martins; Rodrigues-Silva, 2022).

O que fazer ante essa realidade, portanto? Obviamente, não serão nas poucas linhas desse texto que se conseguirá enfrentar a contento um problema de tamanha complexidade. Entretanto, a maneira mais adequada é tomar consciência de que a Educação necessita, para seus próprios fins e não apenas para satisfazer exigências legais, aprimorar as oportunidades de disciplinas, trabalhos, práticas e metodologias ativas que provoquem uma educação aos valores da cidadania e das exigências relativas ao bem-estar social e compromisso com a democracia. Dentre os grandes temas humanísticos que corresponderiam a esse tipo de abordagem estariam as práticas educacionais e mecanismos didáticos que visem habilidades e competências em torno do estudo, reflexão e prática da tolerância.

De fato, como Costandius e Rosochacki (2012, p. 19)[5] afirmam, se se entende por democracia "como uma forma de organização social que acomoda diferenças e gere conflitos, em vez de uma forma que requer condições de homogeneidade social", a tolerância terá um destaque especial, a ponto de ela se tornar necessidade de primeiro gênero nas instituições de ensino, sobretudo na graduação. Nesse aspecto, a tolerância, associada ao transformador papel que a educação pode desempenhar na vida de pessoas e sociedades, permitirá a ascensão de visões de mundo e ideais que protejam e fomentem interações mútuas e oportunidade de comunicar opiniões, crenças e valores, mesmo que sejam divergentes.

Em outros termos, tudo o que se prescreveu sobre Educação no Direito pátrio ou internacional

5 No original: *"(...) democracy as a form of social organisation which accommodates difference and manages conflict rather than one which requires conditions of social homogeneity. The role that education might play in the strengthening of this kind of social organisation is in "establishing a social morality 'that enables shared practices and mutual intelligible interactions while communicating divergent opinions, beliefs and values'"* (Tradução nossa).

considera como fundamental um tipo de educação ampla, que forme a integralidade do sujeito como capaz de intervir no mundo no qual ele se constitui e que por ele pode ser constituído. Assumindo que esse contexto democrático se caracteriza por um grande pluralismo, a tolerância exercerá um grande impacto nas estruturas educacionais e em um processo que podemos denominar "educação pela e para a tolerância", para a qual a Educação Superior apresenta-se como um devido espaço de possibilidades.

3. DA EDUCAÇÃO SUPERIOR COMO FORMAÇÃO INTEGRAL: POTENCIALIDADES X REALIDADE

Antes de tratar a educação pela e para a tolerância, é oportuno apresentar algumas considerações complementares sobre a Educação Superior, sobretudo para justificar a afirmação anterior de ser ela um espaço de possibilidades para uma educação centradas em valores democráticos, com ênfase na tolerância. Pela complexidade de tais temas, há de se exigir dos participantes e de todos os que indiretamente se envolvem certa maturidade e preparo para seu devido enfrentamento.

Presumivelmente, na Educação Superior, encontram-se sujeitos mais maduros e aptos e, como se depreende de uma primeira leitura dos textos legislativos citados, a Educação Superior corresponderia a uma "educação avançada" para trabalhar e produzir no campo da ciência e dos valores conhecimentos e atitudes, aperfeiçoando competências para a realidade laboral e transformando a realidade em nome de um desenvolvimento sustentável (Carneiro, 2018, p. 534). Ou seja, na Educação Superior, oferecem-se os processos formativos específicos dos saberes e competências de tantos ramos do conhecimento, bem como metodologias que apresentem para estudo e debate questões da ética social e profissional, além de outros fundamentos próprios do *ethos* republicano e democrático.

Especificamente para a Educação Superior brasileira, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional apresenta, no Capítulo IV, (art. 43 a 57, com destaque ao art. 43, inc. I, III e V), que a metodologia da Educação Superior, deverá alcançar três grandes objetivos: a) estimular a criação cultural, o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo; b) suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional, mediante o ensino, publicações ou outras formas de comunicação e, por fim, c) possibilitar a correspondente concretização da cultura e do saber pela integração de conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração.

Assim, a Educação Superior conseguirá outra grande finalidade: a lado da preparação intelectual e para o mundo do trabalho, a ela cabe "estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade" (art. 43, VI). A Educação Superior não pode ser um refinamento de metodologias de ensino ou uma mera especialização no âmbito da vida intelectual e/ou profissional. Ou seja, é uma Educação exigente, com responsabilidade tanto pessoal quanto social (pela coisa pública) e à defesa dos grandes vetores que apontam para a efetivação dos ideais democráticos.

Porque a Educação Superior deverá oferecer o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, fortalecendo o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Não deve ter como escopo apenas a diplomação dos estudantes, embora seja uma de suas finalidades. Em verdade, ao lado dessa legítima preocupação e tendo em vista o contexto da democracia, a Educação Superior deve se esforçar para oferecer meios de priorização da tolerância, justamente porque ela impediria que a fragmentação de ideias e concepções de vida e valores impedissem a vida em sociedade.

Isso leva a duas considerações. A primeira considera o papel relevante que o corpo decente tem nesse processo de formação democrática, ao lado das instituições com suas legislações e mecanismos específicos. Há uma grande responsabilidade por parte do professorado no sentido de disponibilizar para os estudante meios de um "bom ensino" (Jonathan, 2014, p. 326; Galuppo, 2022, p. 68ss), pelos quais eles reconheçam a necessidade de pensar valores morais e políticos como a tolerância e o reconhecimento do pluralismo, seja por textos, por debates, por metodologias ativas e transdisciplinares. Por mais técnico que seja o conteúdo ensinado, cada docente precisa recordar que sua ação implica a formação de um futuro profissional como um sujeito integral, que consiga demonstrar competências e habilidades específicas sem prescindir da construção de uma sociedade justa e democrática, A ética profissional não pode se limitar a uma disciplina específica. Como sintetiza Carrillo-Velarde (2020, p. 1115):

> Definitivamente el profesorado universitario es parte fundamental y se constituye como el motor dinamizador de los Institutos de Educación Superior (IES), en efecto, ellos son los encargados de conducir al estudiantado por el camino del desarrollo ético y moral, pretendiendo con esto formar seres humanos íntegros y con criterios sólidos.

Outra consideração reforça o que se designa por esse texto como "educação pela e para a tolerância" para a Educação Superior: uma educação que propicie a todos seus sujeitos concentrarem-se em teorias e práticas efetivas capazes de alcançar o respeito e o devido reconhecimento aos diversos modos de vida e concepções de mundo e que determinam o pluralismo fortemente característico das democracias contemporâneas. Ou, minimamente, uma educação que impeça o recrudescimento de formas claras de intolerância "um dos objetivos mais centrais que os sistemas escolares das democracias liberais podem alcançar" (Drerup. *in:* Sardoč, 2022, p. 929). Para que isso se realize, as Instituições de Educação/Ensino Superior precisam desenvolver atividades que visem uma formação básica em torno de todos esses temas, metodologias e projetos educacionais que busquem uma reflexão "mais humanística" e, portanto, mais integral e segundo os preceitos estabelecidos por tantas legislações.

Entretanto, muitos cursos de Educação Superior têm se distanciado dessa realidade, sobretudo após o trágico período de crise sanitária pelo qual passamos há pouco e pela crescente influência das corporações profissionais e ideologia de mercado sobre os currículos dos cursos de graduação, levando ao que Nunes e De Carvalho (2007, p. 193) denominam "matriz profissionalizante da educação superior brasileira", como decorrência. Um dos efeitos desse distanciamento é o alheamento de estudantes a questões éticas, sociais e políticas, com graves implicações para as relações ocorridas especialmente no âmbito de trabalho.

Essa realidade, embora comum em todas as áreas de conhecimento, destaca-se em cursos de exatas ou no campo das Engenharias. Com efeito, em Cursos de Graduação nas áreas de Ciências, Tecnologia, Engenharia, Matemáticas, denominada atualmente de área STEM. Nesse contexto, há reduzido espaço para disciplinas e discussões de cunho mais político, sociológico ou filosófico, mediante temas como liberdade, participação política, tolerância, entre outros. Questões relativas à conjugação entre Ciência, Tecnologia e Sociedade não integram o corpo das preocupações da área STEM e a ausência de trabalhos e propostas curriculares que considerem temas "humanísticos" em uma graduação tem um alto risco de "devolver à sociedade" profissionais desmotivados a entenderem a correlação de suas atividades com todo o mundo que está em redor, com seus problemas e complexidades (Martins; Rodrigues-Silva, 2022[6]).

As consequências ante tal contexto podem levar a uma neutralidade e indiferença ante problemas da sociedade, além de um certo conformismo ou insensibilidade. O desengajamento dos profissionais ante considerações de bem-estar público tem potencial para perpetuar estruturas e práticas de injustiça, preconceito e intolerância. Ademais, as perigosas consequências que uma "neutralidade" e indiferença ante problemas da sociedade aferidas dentro de um processo educacional, deveriam preocupar a todos que trabalhamos diretamente na área da Educação, justamente porque não se deveria permitir que surgissem, ainda no processo educativo, muitas das razões permitem o recrudescimento da violência, da desigualdade e da exclusão, bem como a ascensão ou retomada ao poder de grupos e ideias que vão de encontro às instituições e aos ideais democráticos.

Mas por que a Educação Superior seria uma "educação pela e para a tolerância"? Ora, é consenso amplamente difundido, expresso em alguns documentos internacionais de direitos humanos (ONU, 1948; UNESCO 1995), que a educação deve cultivar e promover a tolerância como uma virtude e um princípio político-jurídico. Tomando como um modelo a Declaração de Princípios sobre a Tolerância (1995, p. 15), nela se estabelece que a educação é o "meio mais eficaz de prevenir a intolerância". No âmbito da Educação Superior, as iniciativas em torno da tolerância são extremamente necessárias pela adoção de práticas de ensino multi e interdisciplinares que levem em conta o tema da tolerância. Não sem desafios, torna-se possível o alcance de toda dimensão educacional (conforme vimos nas prescrições legais) e que tem, dentre seus maiores fins, a plena cidadania.

Citando outro importante documento, a Declaração da Unesco, Lima (2020, p. 6), sintetiza:

> A conceituação básica da educação para a tolerância consiste nos direitos e nas liberdades dos estudantes, para assegurar seu respeito e estimular a vontade de proteger direitos e liberdades dos outros. A raiz está na própria definição de cidadania, como exercício de direitos e deveres: por extensão, a tolerância abarca o direito de ser tolerado e o dever de tolerar. O objetivo educacional, nesse caso, é o desenvolvimento de juízo autônomo, reflexão crítica e pensamento ético. Os métodos precisam estar conscientes das fontes

6 Nesse texto, destacam-se duas pesquisas elaboradas especificamente no campo da Engenharia: de Erin Cech (2003) e de Byron Newberry (2004). Os resultados de ambas as pesquisas se equivalem na aferição de os estudantes entenderem que temas relativos à sociedade, à justiça, à ética são desnecessários. Tal desinteresse, incrivelmente, aumenta à medida que o estudante avança nos períodos de sua graduação: conforme descreve Newberry, a maior parte dos estudantes entendem que "a ética é irrelevante, ou que é apenas bom senso, ou que o estudo dela desperdiçou tempo e esforço que poderia ter sido mais bem aproveitado para aprender e fazer mais conteúdo de engenharia, ou que o motivo pelo qual entraram na engenharia foi para evitar a preocupação com tais coisas". (Newberry, 2004, p. 346).

> culturais, sociais, econômicas, políticas e religiosas da intolerância, que levam ao medo, à exclusão e à violência.

Em outros termos, a Educação como um todo, mas sobretudo a Educação Superior é preconizada legal e normativamente como um processo de formação cidadã, voltado para os grandes ideais da democracia e que expresse a primazia da tolerância nas mais diversas relações. Por isso, é fundamental que a Educação Superior volte a ser um espaço crítico, abrangente e transformador para a construção do conhecimento e da realidade, retomando os temas de formação humanística e os discutindo por meio dos acontecimentos que, de certo modo, em muito influenciam na vida dos estudantes. Isso não só demonstraria a eles o quanto que questões éticas, políticas e sociais são importantes, mas o quanto é fundamental ter bons argumentos para enfrentá-las, a fim de não cair nas armadilhas da polarização extremista que vemos amiúde atingir esse contexto. Uma iniciativa seria, portanto, reconsiderar o espaço de atividades e metodologias que ponderem, com prioridade, o tema da tolerância nas práticas educacionais. É o que se espera desenvolver na última seção desse trabalho.

4. DA EDUCAÇÃO PARA/PELA TOLERÂNCIA E O "RESGATE" DA EDUCAÇÃO SUPERIOR

A tolerância deveria ser considerada, independente dos contextos específicos de tempo e lugar (mas com completa propriedade nos contextos de estados democráticos), como um objetivo central da educação. Com efeito, essa seria uma conclusão natural caso entendamos a educação, além de tudo que já expressamos, como um meio central para, ao menos, capacitar os cidadãos de um estado a combaterem todo tipo de intolerância. Seriam diversificados os meios para que efetivas a educação como um meio para a tolerância, bem como muitas abordagens possíveis para cotejar a tolerância como objeto das práticas educacionais. E procurar, com isso, que formas ilegítimas de intolerância sejam evitadas.

Dentre os valores e princípios a serem exigidos nos últimos tempos para a educação em sociedades democráticas, cabe especial lugar para a tolerância: mesmo que para alguns ela já não seja uma prática suficiente (Balint, 2017; Galeotti, *in:* Sardoč. 2022). Ela continua como virtude ou prática pessoal e institucional de primeira grandeza. Não está isenta de desafios e circunstâncias de conflito ou embate. Entretanto, a realização pedagógica da tolerância como objetivo da educação democrática é de fundamental importância para que a educação alcance suas grandes finalidades e a Educação Superior, sobretudo, tenha condições exequíveis de se estabelecer como uma formação integral de um sujeito disposto a deliberar à luz de concepções tolerantes sobre razões de primeira ordem que justificam certa objeção acerca de uma ideia, de um comportamento ou de uma pessoa/sociedade.

Em um de seus textos sobre tolerância, Yves Zarka (2013, p. 174) apontou que ela é uma virtude no sentido clássico, ou seja, uma capacidade que não é dada inicial ou espontaneamente, mas uma aptidão adquirida. A tolerância – como virtude moral e princípio político – é um elemento essencial de uma sociedade liberal e democrática, especialmente uma marcada pelo pluralismo

moral, religioso e cultural (Walzer, 1999; Galuppo, 2021). Em uma era cada vez mais diversa em função da participação de novos sujeitos e grupos, questões de globalização e redes sociais, a tolerância se torna um dos meios mais eficazes para o combate a circunstâncias de preconceito e discriminação. De igual modo, a tolerância pressupõe pessoas e instituições que sejam plenas de ideais e projetos de vida específicos e que, não obstante suas tendências e seus valores, convivem em respeito com planos e projetos, crenças e ideais completamente diferentes e, não raras vezes conflitantes.

Para Cittadino (2006, p. 854), a tolerância é como uma obrigação à qual todos devem se submeter, justamente em vista do pluralismo que caracteriza a sociedade contemporânea. E, em para Susan Mendus,

> a tolerância *é de e por pessoas*, e a desaprovação do tolerante ao tolerado é compatível com sua ação virtuosa ao tolerar precisamente porque tal ação por si só pode mostrar o devido e apropriado respeito pelas pessoas A crença nas pessoas como agentes essencialmente autônomos (autolegisladores), autorizados a dirigir o curso de suas próprias vidas, gera um argumento a favor da tolerância como distinto da indiferença ou da licenciosidade, pois o que é exigido por tal ética é precisamente que eu aja moralmente bem em permitir que outros ditem suas próprias ações, mesmo que eu desaprove moralmente tais ações (Mendus, 1988, p. 5, grifos nossos)[7].

Em outros termos, Mendus quer explicitar que o verdadeiro estatuto da tolerância se dá nas circunstâncias em que alguém não é apenas indiferente aos outros que acreditam em coisas diferentes ou praticam atos objetáveis de acordo com sua perspectiva. É tarefa que busca reconhecimento, respeito, equidade: porque por ela, todos se tornam aptos a reconhecer a liberdade de alguém optar por uma visão de mnundo diferente, restando, de todo modo, a igualdade de tratamento respeitoso e oportunidades factíveis para que cada um realize seus próprios projetos e concepções de vida.

Todo pensamento em prol da tolerância liga-se, necessariamente, ao exercício da liberdade, não da mera pacificação social (que pode ser atingida por meios nada tolerantes). Nesse diapasão, a tolerância será compreendida não como mera abertura aos outros no discurso, como expressa Bohman, mas

> a capacidade de tratá-los como membros livres e iguais de uma comunidade de deliberação e julgamento. Como ideal regulativo, a tolerância mantém tal comunidade; considera intolerantes aqueles que negam que os conflitos possam ser resolvidos mediante uma via que mantenha a igualdade de participação para todos (Bohman, *in*: Mckinnon; Castiglione, 2003, p. 113)[8].

O que Bohman afirma é que a tolerância prescinde de considerações meramente discursivas

7 No original: *"(...) toleration is of and by persons, and the tolerator's disapproval of the tolerated is compatible with his acting virtuously in tolerating precisely because such action alone can show due and proper respect for persons. A belief in persons as essentially autonomous (self-legislating) agents, entitled to direct the course of their own lives, generates an argument for toleration as distinct from indifference or licence, since what is required by such an ethic is precisely that I act morally well in allowing others to dictate their own actions, even though I morally disapprove of such actions".* (Tradução nossa).

8 No original: "*The conflicts that are the object of reflexive toleration can be resolved only by creating the conditions for an inclusive deliberative community. Thus, toleration is not merely openness to others in discourse, but the capacity to treat them as free and equal members of a community of deliberation and judgement. As a regulative ideal, toleration maintains such a community; it deems intolerant those who deny that conflicts can be solved in such a way as to maintain the equal membership of all".* (Tradução nossa).

ou programáticas para a concreção da igual dignidade de todas as pessoas. Mesmo que ela vá ao encontro das peculiaridades dos diversos grupos, conciliando as mais diferentes visões de mundo, a tolerância também visa a construção de uma comunidade, na qual também todos, sem exceção, podem participar e tomar decisões quanto a seus rumos e fins. A tolerância, aqui, tem forte apelo à igualdade de participação para todos aqueles que formam uma comunidade.

Como princípio jurídico e valor pessoal, a tolerância pode ser designada por práticas diversas, realizadas tanto pessoal quanto socialmente. Essa ideia pode ser admitida como uma primeira (ainda que óbvia) razão para correlacionar educação e tolerância. A ela, devem ser colacionadas outras motivações, sobretudo que venham sublinhar que tanto a educação quanto a tolerância (a fortiori, as duas correlacionadas) concorrem para o alcance dos valores de uma sociedade livre e republicana, que garante a liberdade e os meios mais importantes para uma vida plena e justa. Em outros termos, é preciso assumir que democracia, educação e tolerância se implicam mutuamente, exigem-se reciprocamente (Forst, 2014).

Não obstante as tensões conceituais (uma vez que tanto a democracia quanto a tolerância são termos normativamente dependentes e elusivos (Heyd, 1996; Cohen, 2004; Forst, 2004), pode-se considerar a educação pela e para a tolerância como uma realidade pertinente no discurso social contemporâneo, inclusive no âmbito jurídico e na consolidação de direitos e garantias fundamentais. Em uma Democracia, a diversidade e as inúmeras possibilidades de projetos de vida, embora peculiares, não devem ser vistos como rivais, mas como coexistentes, em uma relação por ora mais, por ora menos pacífica e consensual. O respeito tem como ponto de partida o conhecimento, o "saber sobre", atitudes provenientes do processo educacional. Quanto à tolerância, por fim, vale a síntese de Walzer (1999, p. XII): "a tolerância torna a diferença possível" e "a diferença torna a tolerância necessária".

Como entender, portanto, a correlação entre democracia-tolerância-educação, ou, mais especificamente entre a tolerância e a educação? Se estamos considerando que esse seja um possível caminho para restabelecer uma formação mais humanística para a Educação Superior, como deveria se efetivar esse tipo de Educação que toma a tolerância como meio e como finalidade? Quais os fundamentos mínimos para que a tolerância venha a se tornar um objetivo educacional e concretizar por meio de seus apelos os grandes objetivos da Educação Superior, especialmente naqueles pontos em que ela se desenvolve em prol da democracia e dos valores da cidadania e da eticidade?

Um primeiro fundamento seria entender que a tolerância permite o equilíbrio entre um sentimento emotivo ou alguma razão epistemológica que implique em impedimento a determinada ação ou ideia (ainda que exista certa objeção) e um processo de aceitação ou de não-interferência que não identifique como indiferença ou mera aceitação. Ou seja, a tolerância não faz com que um indivíduo passe meramente a aceitar aquilo que não corresponde às suas convicções de mundo e de valores, mas que encontre razões de admitir que a diferença/divergência coexista, permitindo o pluralismo de valores e concepções de vida e de bem. As razões que levam a uma pessoa ser tolerante (e, portanto, de não interferir no comportamento ou ideal de outrem, embora tenha certos motivos ou até poder para tal), são maiores e mais condizentes com o espírito democrático e republicano

que todos, em nome também da liberdade e da igualdade, desejam estabelecer (Mendus, 1988; Forst, 2014; Sardoč, 2022). A educação para a tolerância permite entender, pelo menos em linhas gerais, o que a tolerância é (ou, melhor, o que ela não é, como por exemplo, indiferença ou mero endosso à diferença) (Walzer, 1999; Cohen, 2004).

Obviamente, não é satisfatório o fato de uma pessoa ser educada para ser tolerante, nem que todo tolerante é alguém culto ou que passou pela Educação Superior (cf. Rapp, 2014). Não são raros os exemplos de indivíduos que, embora amplamente graduados, não se mostraram nada tolerantes quando isso deles foi exigido. Felizmente, também são muitos os casos em que pessoas tolerantes, ainda que sem a Educação Superior, fizeram diferença na história (como o presidente Lincoln, cujas ações possibilitaram o fim da escravidão nos Estados Unidos).

O que se salienta é que os objetivos e valores educacionais exigidos em uma democracia necessariamente passam pelo desenvolvimento de práticas que permitam uma reflexão madura e suficientemente referenciada para o estudo da tolerância e sua consequente prática, sobretudo para fortalecer aqueles que já possuem certa tendência a um modo de vida mais aberto à pluralidade ou para oferecer oportunidades de uma certa modificação de visão de mundo para os que ainda não puderam entender a diversidade como um valor fundamental. A Educação Superior deve oferecer meios eficazes para que se esclareçam os requisitos mínimos da tolerância, tanto conceitual quanto empiricamente.

Um segundo fundamento é, em verdade, apresentado por Drerup (*in*: Sardoč, 2022). Trata-se de admitir que, no âmbito educacional, a tolerância é tanto uma virtude moral (desenvolvida no coletivo), quanto uma expressão de emoções subjetivas. Por isso, segundo a ideia de Drerup, a educação para a tolerância é, ao mesmo tempo – sobretudo em termos práticos e empíricos – uma forma de educação das emoções e o cultivo de virtudes epistêmicas. A abordagem da tolerância pela educação, seja de modo minimalista, seja em vertente maximalista –corresponde àquilo que subjaz à sua natureza após as inúmeras reflexões e abordagens provenientes desde a modernidade: ser um dos pré-requisitos para democracias plurais.

Ainda segundo Drerup. a educação para/pela tolerância presume uma educação para emoções e para valores epistêmicos. Ambas as formas de educar para a tolerância podem ser analiticamente separadas, mas sobrepõem-se em termos práticos e empírico: juntas, constituem dimensões de uma educação democrática sustentada pela tolerância. Em relação às emoções, a educação pode oferecer a todos um desenvolvimento de ideais como a autonomia, a disposição de aceitar o outro, a alteridade (Drerup, *in:* Sardoč, 2022, p. 938). Uma vez que as emoções são constitutivas da nossa relação com o mundo social e político e conosco, a educação relativa a elas tem o condão de desenvolver pelo menos um mínimo de empatia em relação aos problemas do mundo e de outras pessoas, passo essencial para uma atitude tolerante. Afinal, "as emoções são baseadas em valorações, avaliações e julgamentos e, portanto, têm conteúdo cognitivo e avaliativo e cumprem funções epistêmicas, por exemplo, abrindo perspectivas orientadoras da ação sobre o mundo e o que é importante nele" (Drerup, *in:* Sardoč, 2022, p. 936)[9].

9 No original: *"(...) emotions are based on valuations, assessments, and judgments, and hence that they have cognitive and evaluative content and fulfill epistemic functions, for example, by opening up action-guiding perspectives on the world and what is important in it"*.

Portanto, pela educação, espera-se que os sujeitos possam equilibrar suas "emoções negativas" (medos irracionais, raiva, inveja, desprezo pelos factos, etc.) que provavelmente levariam a atitudes intolerantes, e, no melhor dos casos, fomentem suas "emoções positivas" (amor, solidariedade, respeito, esperança, etc.), tendentes, presumivelmente, com atitudes e posturas mais tolerantes. Drerup destaca, nesse ponto, uma emoção que é presente em nossa realidade brasileira, sobretudo no que diz respeito seja ao reconhecimento de posturas divergentes ou valores conflituosos, seja no debate frutuoso quanto a questões éticas e políticas: trata-se do medo, que, causado pele estreitamento do horizonte de valores e conhecimento dos indivíduos, "pode tornar as pessoas susceptíveis à polarização política, às soluções simples e às verdades 'sentidas'" (Drerup, *in:* Sardoč, 2022, p. 937), ou ao completo alheamento dessas questões, pouco se importando com elas.

Por sua vez, a educação para a tolerância e virtudes epistêmicas levam em conta uma orientação mais cognitiva e para contrariar a intolerância política e para permitir e facilitar o desenvolvimento da tolerância como uma virtude democrática. Na verdade, ao tomar a tolerância como uma virtude da democracia, a educação para as virtudes epistêmicas entende como necessária a formação a partir das ideias (e atividades empíricas que as demonstrem) de precisão, objetividade e imparcialidade. Os efeitos dessa modalidade de educação, além de proporcionar um desenvolvimento intelectual e social nos estudantes, podem contribuir na erradicação de posturas – talvez muito comuns entre os mais jovens – de adotarem acriticamente doutrinas intolerantes (como certas teorias da conspiração, não raras no contexto das redes sociais). Ademais, depuram, com argumentos factíveis e experimentalmente comprovados, ideologias, imaginações, estereótipos e preconceitos. Dogmatismo, autoritarismo e sentimentos irracionais de ameaça – bases de qualquer intolerância moral e política – são combatidas no campo dos argumentos, da ciência e da fundamentação teórica pelas instituições de ensino, mediante os mais diversos aparatos educacionais, como leituras, audiovisuais e debates.

Nos termos de Drerup:

> a educação para a tolerância nas escolas públicas deve, entre outros fatores, basear-se na premissa de que, para contrariar a intolerância política, temos de fortalecer e desenvolver virtudes epistémicas entre os alunos. Especialmente do ponto de vista educacional, não podemos compreender a tolerância independentemente de uma variedade de outras capacidades e traços de caráter. A tolerância como virtude democrática depende essencialmente e está inserida numa rede de virtudes epistêmicas, como precisão, objetividade e imparcialidade, uma orientação para a verdade, mente aberta, uma certa humildade epistêmica, pensamento crítico e uma deferência epistêmica para com autoridades epistêmicas confiáveis (Drerup, *in*: Sardoč, 2022, p. 942)[10].

Ou seja, Drerup defende que todas as virtudes elencadas nessa grande rede com a tolerância são constituídas por elementos normativos e epistêmicos, mais que o conteúdo moral. Com efeito,

10 No original: *"(...) tolerance education in public schools should, among other factors, be based on the premise that, in order to counteract political intolerance, we have to strengthen and develop epistemic virtues among students. Especially from an educational perspective, we cannot make sense of toleration irrespective of a variety of other capacities and character traits. Toleration as a democratic virtue is essentially dependent on and embedded in a network of epistemic virtues, such as accuracy, objectivity, and impartiality, an orientation towards the truth, open-mindedness, a certain epistemic humility, critical thinking, and an epistemic deference towards trustworthy epistemic authorities.*

o que visam não é outra coisa senão "acertar as coisas epistemicamente, por exemplo, formando crenças verdadeiras". As virtudes epistêmicas, cultivadas por um integral processo educativo tem como escopo facilitar a constituição e o desenvolvimento de atitudes cada vez mais democráticas e tolerantes.

Por fim, ainda seguindo o raciocínio de Drerup, é preciso restabelecer na Educação Superior disciplinas e materiais que levem em conta os desafios contemporâneos para as democracias e para a relação interpessoal fundamentada nos parâmetros da ética e da razão prática. Atividades como leituras de textos, debates a partir de vídeos e relatos em redes sociais, dinâmicas que se constroem em torno de problemas como fenômenos migratórios, novas configurações de valores e costumes em um mesmo local, reaparecimento da religiosidade, sobretudo com a expansão do islamismo (Zarka, 2013, p. 27), etc., podem implicar a formação para a cidadania e, diferentemente do que se abordou na seção anterior, quebrará o vicioso ciclo de estudantes que pensam ser tais assuntos supérfluos e desinteressantes.

Certamente, Drerup tem a prudência de admitir que apenas a educação para a tolerância seja capaz de produzir cidadãos tolerantes. Entretanto, ela tem total condições de desenvolver categorias prévias que tornem possível ou mais provável o desenvolvimento de atitudes tolerantes. Por isso, como objetivo da educação, a tolerância depende tanto dos elementos normativos e legítimos de seus objetivos, quanto do "ideal e interação social, política e educacional que também se aspira", combinando a tolerância com outras atitudes e relações normativas, como o reconhecimento e o respeito (Drerup, *in:* Sardoč*,* 2022, p. 931).

Um terceiro fundamento se encontra em Martha Nussbaum (2010) denominou de "formação da consciência crítica e criativa". Com efeito, Nussbaum apresenta uma defesa do ensino dos valores como a tolerância e a não discriminação, sobretudo com práticas emancipatórias e discursivas na Educação Superior, como meios de enfrentamento das condições que conduzem ao comportamento social discriminatório e alheio às exigências do bem comum. Esse processo permitiria a saída de uma "educação para o crescimento econômico" para uma educação "para a coesão e compreensão social" (Nussbaum, 2010, p. 10)[11], cujos fins coincidem com a conscientização da "estabilidade das instituições democráticas, uma vez que uma economia forte é um meio para fins humanos, e não um fim em si".

Em outros termos, o terceiro fundamento seria uma conjugação da educação das emoções e das virtudes epistêmicas (conforme apresentados por Drerup) e se realizando como uma educação para a prática política e jusfilosófica, subsidiada com o conhecimento das muitas escolas de pensamento que tomam a tolerância como um de seus grandes objetos: em nossos termos, seria uma propedêutica da/para a vida cívica. Com efeito, com o fornecimento de conhecimentos fundamentados em estudiosos consagrados, sobretudo os que pesquisaram sobre dados históricos e os contextos políticos dos conflitos de tolerância (como os conflitos políticos e religiosos, v.g.), grande parte dos estudantes podem superar preconceitos e provavelmente deixem de adotar

11 Nos termos da autora: *"A flourishing economy requires the same skills that support citizenship, and thus the proponents of what I shall call "education for profit," or (to put it more comprehensively) "education for economic growth," have adopted an impoverished conception of what is required to meet their own goal. This argument, however, ought to be subservient to the argument concerning the stability of democratic institutions, since a strong economy is a means to human ends, not an end in itself".* (Tradução nossa).

construções simplificadas de conflitos de tolerância o que, não raro, só leva ao recrudescimento dos conflitos e da intolerância.

Ademais, essa formação teria como objeto a própria relação que se constrói com outrem, tomando-o como alguém que não só pensa diferente, mas que tem o direito e o espaço necessariamente protegido para que ele se exponha sem constrangimentos ou empecilhos. Em outros termos, leva em conta um exercício de liberdade que considera o pensamento alheio como diferente, e não como um erro a ser combatido.

Essa educação política daria aos professores a oportunidade de apresentarem aos estudantes diversas escolas de pensamento (jusfilosóficas e morais) que tomam a tolerância como centro de reflexão – liberalismo, perfeccionismo, comunitarismo – a fim de os estudantes entenderem que a tolerância ou as questões de mesma natureza não se reduzem a escolhas subjetivas, contingentes e reféns do gosto ou do humor. Ademais, levaria em conta o exercício do debate, do diálogo construtivo, com o propósito duplo de: a) propiciar o treinamento em no microcosmo escolar para o macrocosmo do mundo do trabalho e da sociedade; b) para evitar cair nas facilidades de indiferença ou da "cultura de cancelamento" que, ante o diferente, não o toma com respeito e reconhecimento, tão-somente como um alvo a ser extirpado.

A educação para/pela tolerância como forma de educação das emoções, como cultivo de virtudes epistêmicas como propedêutica para a vida cívica constituem, em seu conjunto e na oferta concomitante junto à Educação intelectiva e para o mundo do trabalho próprio da Educação Superior. Ela torna possível, conforme também defende Nussbaum, que os estudantes entendam, dentro de seus contextos de mundo e ideais de vida, o quanto é favorável cultivar uma compreensão da posição de outra pessoa, uma vez que isso pode resultar no reconhecimento de algo de valor nela, mesmo que continue a ser uma posição que os estudantes tenham certas razões para se reservar ou objetar. Os pressupostos de uma "educação pela e para a tolerância" são dimensões centrais de uma teoria de educação para a tolerância democrática.

Acredita-se que essa forma de compreender a educação pela e para a tolerância é a mais próxima dos principais corolários do liberalismo, equilibrando tanto uma atitude mais libertária (que negaria qualquer intervenção em favor de uma metodologia educativa para a tolerância fora do âmbito privado) ou de uma "visão ativista", como a defendida por Stephen Macedo, cujas linhas de raciocínio equivalem, em síntese, a uma grande defesa de um processo educativo que ensine e exercite a tolerância de modo fortemente assertivo (Macedo, 2000, p. 167, 169, 276). Considerações mais pertinentes quanto a este modo mais equilibrando de relação entre tolerância e educação mediante uma visão liberal podem ser encontradas em Betto van Waarden (2017), que defende que "as escolas devem ensinar aos alunos um quadro cultural e religioso mínimo e pensamento crítico para que possam ajudar a definir os limites de tolerância da democracia liberal como democráticos" (van Waarden, 2017, p. 2).

5. CONCLUSÕES

Uma vez que a Constituição Federal reconheceu como um de suas temáticas a questão

da Educação, a tal ponto de classificá-la enquanto um direito fundamental social (art. 6º, com especificações legislativas entre os art. 205 a 211), as práticas e metodologias de ensino e efetivação do direito à Educação passam a fazer parte das considerações tanto no âmbito educacional quanto no âmbito jurídico. Destaca-se, nesse particular o quanto a educação é meio essencial para a realização das pessoas enquanto indivíduos, bem como na formação de consciências para agirem em prol do bem comum. a Constituição estabeleceu meios para que Estado, família e toda sociedade envidem os devidos esforços para assegurar a efetividade de tal direito social fundamental.

Ao se admitir com Zarka (2013, p. 41) que as virtudes só se tornam possíveis mediante o processo educacional, é necessário urgentemente rever os projetos pedagógicos de ensino e metodologias aplicadas sobretudo na realidade da Educação Superior, a fim de que todo processo formativo atue na ação humana interpessoal, na defesa dos valores republicanos, a capacidade de estar próximo a problemas sociais e éticos. A formação de profissionais qualificados não pode ser empreendida prescindindo a formação para uma cidadania tolerante e crítica

O processo educacional na Educação Superior não pode se atentar tão somente ao conteúdo mais procedimental e tecnicista. Logo, são indispensáveis as atividades que visam formação integral para a cidadania e tolerância, alcançadas por meio de debates, mesas redondas e metodologias ativas que visam maior protagonismo dos estudantes (que podem apresentar suas inquietações e opiniões sem cerceamentos ou censuras). Ademais, um efetivo projeto de extensão universitária, que possibilita a inserção dos estudantes na sociedade (não só para fins profissionais), pode ser ocasião de os estudantes entenderem a importância da tolerância, da cidadania e da ética. Por fim, na formação dos currículos, há de se dar atenção para disciplinas que visem trabalhar mais a fundo as questões mais conceptuais.

Ademais, o cultivo da tolerância e outros valores mediante a educação são meios para nos resguardar das tendências humanas destrutivas que dificultam a realização do respeito e da igualdade nas democracias atuais (Nussbaum, 2010, p. 28). De certo modo, o que Nussbaum defende em relação a uma educação para e pelos valores da democracia corresponde a desenvolvimento de uma consciência crítica pela qual os estudantes, em seu processo de formação (literalmente compreendido), consigam questionar seus saberes, competências, habilidades, atitudes e omissões enquanto exercício (ou completa omissão) para o respeito mútuo, para o bem-estar social e para o reconhecimento positivo da diferença e da diversidade.

Caso não se volte ao núcleo e ao sentido fundamental da educação, se não se recuperar o estatuto da educação em sua essência, corre-se o risco de provocar uma séria crise, de polarizações que só fazem enfraquecer o processo educacional. Por isso que muitas teorias desenvolvidas nos últimos anos vêm destacando metodologias de ensino de ciências exatas e humanas em abordagens para além dos conteúdos específicos. Pode-se afirmar, sem exageros, que sem tais processos efetivados em muitas instituições de ensino, a Educação Superior continuará agonizando sob um processo de crise e de esgarçamento.

Não obstante essa realidade controversa, todos que trabalhamos nos processos educativos devemos nos esforçar para que a educação, sobretudo o Educação Superior alcance, ainda que minimamente, os valores e fins preconizados pelas normas do Direito brasileiro. Especialmente no contexto da democracia brasileira, tantas vezes posta em perigo ou combatida das mais diversas

formas, o processo educacional precisa recuperar sua posição de vanguarda na promoção dos ideais republicanos mais importantes, sobretudo voltando seu foco para reconhecer e resguardar o pluralismo, as diferenças e a prática autêntica do respeito. Em suma, não é leviano afirmar que, em uma democracia, o processo educacional é, por natureza, um processo que deve se articular sempre afim à tolerância.

Além de prescrever a importância de educação à tolerância (como fim de uma série de processos mais ou menos organizados), é necessário também percorrer uma via de educação pela tolerância: à luz dessas concepções de tolerância e tendo como pano de fundo sua relação com a Educação Superior, é preciso elucidar, em um primeiro momento, que a tolerância é certamente um objetivo educativo, uma estratégia e uma resposta potencial à diversidade entre outras, nas quais se destacam os valores e práticas do reconhecimento e do respeito. A tolerância é, também, efeito de práticas pedagógicas e de ensino-aprendizagem que visam entender o quanto a educação é mecanismo de transformação e de promoção do humano e de suas diversas relações consigo, com os outros e com o mundo. A tolerância não apenas desempenha o papel de um objetivo da educação, mas também é um elemento constitutivo.

Obviamente, não se defende concepções idealistas de educação que acreditam que o esforço ao redor de temas sobre virtudes e valores conseguiriam mudar a realidade como um todo e de modo efetivo. Com efeito, quando se fala em educação e tolerância, não faltarão aqueles que implicarão no sentido de afirmar quanto à ineficácia ou inutilidade dessa conjugação. Admiti-la seria mero idealismo, uma ilusão. Todavia, a educação pela e para a tolerância articular-se-ia como um passo fundamental para realizar o escopo da Educação Superior conforme preconizado legal e culturalmente. A correlação entre ensino, pesquisa e extensão em um pano de fundo pautado pela tolerância e outros valores democráticos tem não só validade como condições exequíveis de colocar toda comunidade acadêmica – professores, estudantes, sociedade – na direção de pensar, adequadamente, as muitas dificuldades político-sociais do tempo atual.

REFERÊNCIAS

BALINT, Peter. *Respecting Toleration:* traditional liberalism and contemporary diversity. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BOHMAN, James. Reflexive toleration in a deliberative democracy**.** *In:* MCKINNON, Catriona; CASTIGLIONE, Dario. (eds.) *The Culture of Toleration in diverse Societies:* Reasonable Tolerance. Manchester: Manchester University Press, p.111-131, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ . Acesso em: 15 ago. 2023.

BRASIL. ***Lei Nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996*** (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 15 ago.2023.

CARNEIRO, Moaci Alves. *LDB fácil:* Leitura crítico-compreensiva, artigo a artigo. 24.ed. Petrópolis: Vozes, 2018.

CARRILLO-VELARDE, Marco Vinicio. La ética y los valores en la educación superior. *Dominio de las Ciencias*, v. 6, n.3, p.1108-1117, 2020. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/

articulo?codigo=7539765, Acesso em: 8 mar. 2024.

CENCI, Angelo Vitório; FÁVERO, Altair Alberto. Notas sobre o papel da formação humanística na universidade. *Revista Pragmateia Filosófica*, Passo Fundo, v. 2, n. 1, p.1-8, out. 2008.

CITTADINO, Gisele. Comunitarismo. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, p. 136-138. 2006.

COHEN, Andrew Jason. What Toleration Is? *Ethics*, Vol. 115, n. 1, pp. 68-95, out. 2004. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/10.1086/421982. Acesso em: 14 dez. 2020.

COIMBRA, Camila Lima; SILVA, Leonardo Barbosa e; COSTA, Natália Cristina Dreossi. A evasão na educação superior: definições e trajetórias. *Educ. Pesqui.,* São Paulo, v. 47, e228764, 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ep/a/WRKk9JVNBnJJsnNyNkFfJQj/?lang=pt, Acesso em: 15 dez. 2023.

COSTANDIUS, Elmarie; ROSOCHACKI, Sophia. Educating for a plural democracy and citizenship: a report on practice. *Perspectives in Education*, Bloemfontein, v. 30, n. 3, p. 13-20, set. 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/280303930_Educating_for_a_plural_democracy_and_citizenship_-_a_report_on_practice. Acesso em: 30 nov. 2023.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação básica como direito. *Cadernos de Pesquisa***,** v. 38, n. 134, p.293-303, maio/ago. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/j/cp/a/QBBB9RrmKBx7MngxzBfWgcF/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 17 jul. 2023.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. *Caderno de Pesquisa*, São Paulo, n. 116, jul. 2002.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Sentidos da educação na Constituição Federal de 1988. *RBPAE*, v. 29, n.2, p.195-206, mai./ago. 2013.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Revista Educação e Sociedade*, Campinas, vol. 28, n. 100, especial, p. 691- 713, out. 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/j/es/a/Sys3c3j8znnWkyMtNhstLtg/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 15 dez. 2023.

FERREIRA BAPTISTA, Vinicius Diretrizes Nacionais e o descompasso na formação humanística do curso de graduação em Administração Pública da UFRRJ *Regae. Revista de Gestão e Avaliação Educacional*, v. 6, n. 13, pp. 101-119, 2017.

FORST, Rainer. The limits of Toleration. *Constellations*, 11 (3), 2004, p. 312-325. Disponível em: https://philpapers.org/rec/FORTLO. Acesso em: 17 out. 2021.

FORST, Rainer. Toleration and Democracy. *Journal of Social Philosophy*, Vol. 45 No. 1, p. 65–75, 2014. Disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/josp.12046. Acesso em: 17 out. 2021.

GALEOTTI, Anna E. Toleration. *In*: SARDOČ, Mitja (ed.). *The Palgrave Handbook of Toleration.* Cham: Palgrave Macmillan, p.71-92. 2022.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Democracia e Tolerância.* Disponível em: https://docero.com.br/doc/n850evs. Acesso em: 17 dez. 2021.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Introdução à vida acadêmica II:* manual do professor – um guia de metodologia do ensino para professores de cursos superiores. São Paulo: Dialética, 2022.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *Revista Jurídica Virtual.* Brasília, vol. 5, n. 57, fev. 2004. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/656. Acesso em: 10 ago. 2023.

GÖTTEMS, Claudinei J. Direito Fundamental à Educação. *Argumenta-UENP*, Jacarezinho Nº 16, p. 43-62, 2012. Disponível em: https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/573. Acesso em: 02 nov. 2023.

HEYD, David, *Toleration:* a elusive virtue. Princeton: Princeton University Press, 1996.

JONATHAN, Aguirre. La ética y valores morales en la enseñanza universitaria desde la perspectiva de los estudiantes: conjunción de intelecto, compromiso, afecto y pasión en los profesores memorables. *Revista Entramados - Educación Y Sociedad*, Año 1, n.1, 2014, pp. 323- 335. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5251798.pdf. Acesso em: 8 mar. 2024.

LIMA, Ana Marusia Pinheiro The limits of toleration in an education for democracy: Camara Mirim Program – Plenarinho. *Educ. Pesqui*., São Paulo, v. 46, e213265, 2020.

MARTINS, Leandro José de S.; RODRIGUES-SILVA, J. Das Crises às possibilidades da Educação Superior no Brasil: uma leitura a partir de Hannah Arendt. *Educação e Filosofia,* Uberlândia, v. 35, n. 75, p. 1593–1624, 2022. DOI: 10.14393/REVEDFIL.v35n75a2021-64064. Disponível em: https://seer.ufu.br/index.php/EducacaoFilosofia/article/view/64064. Acesso em: 27 nov. 2023.

MENDUS, Susan. *Toleration and the limits of liberalism.* Humanities Press, Atlantic Highlands, 1989.

NEVES, Clarissa E. B. Apresentação: Desafios da educação superior. *Sociologias,* Porto Alegre, v. 9, n. 17, p. 14-21, jan./jun., 2007. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/sociologias. Acesso em: 30 nov. 2023.

NEWBERRY, Byron. The Dilemma of Ethics in Engineering Education. *Science and Engineering Ethics*, Volume 10, Issue 2, 2004.

NUNES, Edson; DE CARVALHO, Márcia. M. Ensino universitário, corporação e profissão: paradoxos e dilemas brasileiros. *Sociologias,* Porto Alegre, v. 9, n. 17, p. 190-215, jan/jun, 2007. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/sociologias/article/view/5626. Acesso em: 30 nov. 2023.

NUSSBAUM, Martha C. *Not for Profit:* Why Democracy needs the Humanities. Princeton: Princeton University Press, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: UNIC, 2009 [1948]. Disponível em: http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf. Acesso em: 5 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Tema de direitos humanos.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Edição Revista. Tradução de Jussara Simões; Revisão técnica da tradução por Álvaro de Vita. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SARDOČ, Mitja (ed.). *The Palgrave Handbook of Toleration.* Cham: Palgrave Macmillan, 2022.

SIFUENTES, Mônica. *Direito fundamental à educação:* a aplicabilidade dos dispositivos Constitucionais. 2.ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SOUZA, Donaldo B. de. Avaliações finais sobre o PNE 2001-2010 e preliminares do PNE 2014-2024. *Est. Aval. Educ.,* São Paulo, v. 25, n. 59, p. 40-170, set./dez. 2014. Disponível em: http://www.fcc.org.br/pesquisa/publicacoes/eae/arquivos/1942/1942.pdf. Acesso em: 6 jun. 2023.

UNESCO (1995). *Declaração Mundial de Princípios sobre a Tolerância, 16 de novembro de 1995*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/1995%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Princ%C3%ADpios%20sobre%20a%20Toler%C3%A2ncia%20da%20UNESCO.pdf. Acesso em: 22 fev. 2022.

WALZER, Michael. *Da Tolerância.* Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ZARKA, Yves C. *Difícil tolerância:* a coexistência de culturas em regimes democráticos. Tradução de Anderson V. Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

Recebido em: 03.01.2024
Aprovado em: 08.03.2024
Última versão dos autores: 16.03.2024

Informações adicionais e declarações dos autores (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirmou que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): MARTINS, L. J. de S. Educação superior e cidadania democrática: os desafios e possibilidades de uma educação pela e para tolerância. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, *33* (2). https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.16518. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/view/16518/version/20623. Acesso em: 30 mai. 2024.

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)