

ISSN 2447-2336

REVISTA

DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

V5 N1

Direitos Humanos e Fundamentais



REVISTA

DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2019 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





FUNDAÇÃO
UNIVERSIDADE
FEDERAL DE
MATO GROSSO DO SUL

Reitor

Marcelo Augusto Santo Turine

Vice-Reitora

Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo

Pró-Reitora de Ensino e Graduação

Ruy Alberto Caetano Filho

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Naivo Franco de Almeida Júnior

Diretora da Faculdade de Direito

Ynes da Silva Félix

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

Andréa Flores

REVISTA **Direito** UFMS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

COORDENAÇÃO EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

Prof.^a Dr.^a Lívia Gaigher Bósio Campello

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

Prof.^a Dr.^a Luciani Coimbra de Carvalho

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

ASSISTENTES EDITORIAIS

Angela Jank Calixto

Doutoranda – USP

Flávio Garcia Cabral

Doutor – PUC/SP

Endereço para correspondência

REVISTA DIREITO UFMS

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Faculdade de Direito – FADIR

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -

Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251 • E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

CONSELHO CIENTÍFICO

Andreas Niederberger

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Georgenor de Sousa Franco Filho

Universidade do Amazonas – UNAMA, Brasil

Heleno Taveira Torres

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Brasil

Jesús Lima Torrado

Universidad Complutense de Madrid – UCM, Espanha

Jorge Bacelar Gouveia

Universidade Nova Lisboa – UNL, Portugal

Leonardo Carneiro da Cunha

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Brasil

Leonardo Martins

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Brasil

Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Luiz Otavio Pimentel

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

Marcelo Figueiredo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Maria Esther Martinez Quintero

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

Monica Herman Salem Caggiano

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

Pasquale Pistone

Università degli Studi di Salerno, Itália

Pilar Giménez Tello

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

Vladmir Oliveira da Silveira

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Coordenadoria de Biblioteca Central – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. –
Edição especial – Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015. –
v. ; 25 cm.

Semestral
ISSN 2447-2336

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos
fundamentais – Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085
CDD (22) 342.085
CDD (22) 340.05
CDDir (4) 341.27

JVD

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
Lívia Gaigher Bósio Campello Luciani Coimbra de Carvalho	
ARTIGOS	
THE AXIOLOGICAL GAP IN THE REGULATION OF THE REVISION/EXTINCTION OF STANDARD CONTRACTS IN BRAZILIAN CIVIL LAW AND ITS INTEGRATION THROUGH THE PRINCIPLE OF EQUALITY	7
Mariana Ribeiro Santiago	
THE TREATMENT OF HEARSAY IN THE CONVENTIONAL FIELD. THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS	35
Dimitris Liakopoulos	
THE CONCEPT OF PARADIGM IN THE SOCIAL SCIENCES: COUNTERPOINT TO THOMAS KUHN	65
Heitor Romero Marques Josemar Campos Maciel Jacyara Rios Chaia Jacob Raphael Rios Chaia Jacob	
A HERMENÊUTICA DIATÓPICA COMO MECANISMO DE DIÁLOGO ENTRE NAÇÕES MULTICULTURAIS NAS PROBLEMÁTICAS ENVOLVENDO OS DIREITOS DAS MULHERES	77
Fernando de Brito Alves Ananda do Valle Clavilho Courinho	
A INCLUSÃO DIGITAL COMO FATOR PARA A EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE NA SUA DIMENSÃO SOCIAL	97
Rafael Santos de Oliveira Larissa Nunes Cavalheiro Gabriela Rousani Pinto	
O PAPEL DA JUSTIÇA NA RECONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE: OS MECANISMOS DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO APLICADOS NO PÓS- GENOCÍDIO EM RUANDA	117
Bárbara de Abreu Oliveira Jayme Benvenuto Lima Júnior	

A AFRONTA AOS DIREITOS HUMANOS E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO A PARTIR DA BUSCA E APREENSÃO COLETIVA EM ÁREAS PERIFÉRICAS	135
Fernando Tadeu Marques Christiany Pegorari Conte Nayara Araújo Ribeiro	
VIOLÊNCIA CONTRA MULHER E A DESISTÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO NAS AUDIÊNCIAS PRELIMINARES NA CIDADE DE PASSO FUNDO-RS EM 2018	155
Felipe da Veiga Dias Natália Tibola Maciel	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA POR DANO AMBIENTAL	173
Clayton Reis Andre Lipp Pinto Basto Lupi Debora Cristina de Castro Rocha	
ÉTICA EMPRESARIAL, COMPLIANCE E TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: POSSIBILIDADE OU UTOPIA?	189
Fernando Gustavo Knoerr Soraia Paulino Marchi Leonardo Baldissera	
A TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS NA MEDIAÇÃO	208
Nilton César Antunes da Costa Rebeca Barbosa dos Santos	
DIREITO (ANTIDISCRIMINATÓRIO) À EDUCAÇÃO: ADI Nº 5357/2015 E A INCLUSÃO DE ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA EM ESCOLAS PRIVADAS	233
Valmôr Scott Jr. João Pedro de Ávila Peglow	
O DEVER DE PROTEÇÃO DAS GERAÇÕES FUTURAS: UMA OBSERVAÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DO CONTEXTO DA (ECO)COMPLEXIDADE	253
Giselle Marie Krepsky Beatriz Vieira	
A POLÍTICA TARIFÁRIA E A SUA RELAÇÃO COM A INSERÇÃO DE USUÁRIOS(AS) NO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS(AS)	270
João Carlos Medeiros Rodrigues Junior Reginaldo de Souza Vieira	
LINHA EDITORIAL	284

EDITORIAL

Neste volume, a Revista Direito UFMS traz artigos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e mestrandos (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil e de outros países, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método *Double Blind Peer Review*. Além disso, conta com a brilhante contribuição da professora convidada, Mariana Ribeiro Santiago, vinculada à Universidade de Marília (UNIMAR), cuja contribuição se refere a produto de pesquisa em nível de pós-doutoramento realizado na Justus-Liebig-Universität Giessen, na Alemanha.

Destaca-se também nesta edição a abertura conferida a artigos redigidos em língua estrangeira, a exemplo das contribuições do professor Dimitris Liakopoulos e dos professores Heitor Romero Marques, Josemar Campos Maciel, Raphael Sérgio Rios Chaia Jacob e Jacyara Rios Chaia.

Cumpramos-nos reafirmar que com enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos Direitos Humanos e Fundamentais; oferecer aos estudiosos uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas; fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas; a Revista Direito UFMS possui a missão de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos (as), docentes e pesquisadores (as) das mais diversas instituições de ensino do Brasil e exterior.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/DIR/UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto a CAPES/ MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema Qualis Periódicos.

Nesse sentido, a revista que temos a honra de apresentar traz trabalhos científicos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as regras vigentes de exogenia/endogenia. Além disso, os artigos foram avaliados pelo método do sistema *Double Blind Peer Review*, em que a avaliação é feita por docentes que desconhecem os (as) autores (as), assim como os (as) autores (as) desconhecem seus docentes avaliadores. Para se evitar o plágio, os artigos são registrados no sistema Digital Object Identifier – DOI. Igualmente, informamos que a Revista Direito UFMS está indexada no Latindex, Sumários.org, Oaji.net, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

É também com alegria e satisfação que reiteramos que a Revista Direito UFMS, após processo de avaliação e seleção realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES), recebeu o importante selo Qualis B2. Esta certificação é uma evidente indicação do amadurecimento, melhoria e excelência alcançados pelo periódico.

Nós, editoras da Revista Direito UFMS, orgulhosamente, compartilhamos com todos (as) que acessam a revista, as valiosas contribuições que aqui revelaram uma excelente articulação com o eixo temático proposto pelo Conselho Editorial.

Nosso especial agradecimento a todos (as) que trouxeram suas análises e reflexões por meio de artigos científicos e resenhas, em particular, aos assistentes editoriais que gentilmente contribuíram para a realização deste volume, Angela Jank Calixto e Flávio Garcia Cabral. Desejamos uma proveitosa leitura!

Campo Grande, inverno de 2019.

Lívia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho
Coordenação editorial da *Revista Direito UFMS*

THE AXIOLOGICAL GAP IN THE REGULATION OF THE REVISION/EXTINCTION OF standard CONTRACTS IN BRAZILIAN CIVIL LAW AND ITS INTEGRATION through THE PRINCIPLE OF EQUALITY

A LACUNA AXIOLÓGICA NA DISCIPLINA DA REVISÃO / EXTINÇÃO DE CONTRATOS DE ADESÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E SUA INTEGRAÇÃO ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Mariana Ribeiro Santiago

Pós-Doutora em Direito pela Justus-Liebig-Universität Giessen (Alemanha). Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Contratos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR. Editora-chefe da Revista Argumentum. Expert do Programa Harmony with Nature, de iniciativa das Nações Unidas. Advogada.

AUTORA CONVIDADA

Abstract: This article analyzes the possibility of extending the hypothesis of flexibilization of the principle of obligatoriness of contracts, with focus on contractual revision or extinction, in cases of excessive onerosity regulated by the Brazilian Civil Code. The research is justified considering the need to establish a differential treatment for the standard contracts. The objective of this paper is to validate the application of article 478 of the Brazilian Civil Code, in a fair and safe way. To this purpose, an analysis of the theories about the theme and its adoption by the Brazilian law as well as a comparative study on the subject between Brazilian and German law is undertaken. The results were obtained through the application of legal dialectics as a method of approach; historical, comparative and functionalist methods were used in the research procedure and the bibliographic method was used on the investigation. As a result, we observe the existence of an axiological gap regarding the regulation of the revision/extinction of standard contracts in the Brazilian Civil Code, which urges for integration.

Keywords: Standard contracts. Principle of obligatoriness. Revision of contracts. Brazilian Civil Code. Axiological gap.

Resumo: Este artigo analisa a possibilidade de ampliar a hipótese de flexibilização do princípio da obrigatoriedade dos contratos, com foco na revisão ou extinção contratual, nos casos de onerosidade

excessiva regulados pelo Código Civil Brasileiro. A pesquisa é justificada considerando a necessidade de estabelecer um tratamento diferenciado para os contratos de adesão. O objetivo deste artigo é balizar a aplicação do artigo 478 do Código Civil Brasileiro, de forma justa e segura. Para tanto, faz-se uma análise das teorias sobre o tema e sua adoção pela legislação brasileira, bem como um estudo comparativo sobre o tema entre as leis brasileira e alemã. Os resultados foram obtidos através da aplicação da dialética jurídica como método de abordagem; métodos históricos, comparativos e funcionalistas foram utilizados no procedimento de pesquisa; e o método bibliográfico foi utilizado na investigação. Como resultado, observamos a existência de uma lacuna axiológica em relação à regulamentação da revisão / extinção de contratos de adesão no Código Civil Brasileiro, que enseja integração.

Palavras-chave: *Contratos de adesão. Princípio da obrigatoriedade. Revisão de contratos. Código Civil Brasileiro. Lacuna axiológica.*

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Reviewing the principle of obligatory force of contracts: a parallel between the theory of unforeseeability and the theory of the objective base. 3. The axiological gap in the Brazilian regulation about review/extinction of civil standard contracts. Conclusion. References.

1 INTRODUCTION

One of the classical principles of contract law is the obligatory force of contracts, by which, once the legal requirements for the existence, the validity and the effectiveness of the contract are met, the agreement becomes obligatory between the parties. After that, the parties cannot be detached from the contractual relationship, unless they agree on another pact specifically for this purpose.

However, the principle of obligatory force has been expressly mitigated in article 478 of the Brazilian Civil Code from 2002. This provision adopts the *theory of unforeseeability*¹ and accepts the possibility of a contractual revision in case the circumstances, in which the contract was concluded, changes in a way as to result in a drastic imbalance between the contractual performances, causing excessive onerosity to one party.

Nevertheless, the Brazilian Consumer Protection Code from 1990 has already allowed for the possibility of contractual revision, in article 6, V. The provision applies strictly to consumer relations and goes beyond the theory of unforeseeability. It actually adopts the theory of the objective basis of the legal business, since it does not require - as an essential element for the contractual revision - evidence that the imbalance is caused by an unpredictable or extraordinary fact.

¹ Known in Brazil as *teoria da imprevisão*.

On the issues that surround the mentioned theme, important questions about the possibility of revising contracts under article 478 of the Brazilian Civil Code, which adopted the theory of unforeseeability, arise out of the confrontation with article 6, V of the Brazilian Consumer Protection Code, which adopted the theory of the objective basis.

This situation portrays a problem that deserves deep analysis: different laws regulating similar situations. The conflict's magnitude enlarges when one observes that these laws require different elements for a contractual revision/ extinction, which perform great impact in terms of equality, justice and legal security. It can affect the practice of contractual relations, especially in cases of civil standards contracts, which are regulated by the Civil Code, but, by nature, have an imbalance between the parties, as in consumer contracts.

In this context, it is necessary to discuss the matter adequately and to delimit the scope of incidence of the commented norms, studying the possibility of applying the theory of the objective basis also in civil contracts in Brazil, aiming at a harmonious application of the national legal system. The current relevance of the chosen subject as well as the absence of doctrinal and jurisprudential discussions establishing a consolidated opinion on the topic justify a detailed study of the issue, as proposed by this essay.

The present research aims at investigating the content and extension of the principle of obligatory force in civil law conventions, using comparative law elements in an attempt to elucidate the hypothesis of applying exceptions based on the theory of unforeseeability and the theory of the objective basis, comparing such contents and their use by Brazilian and German law. Consequently, this work also intends to analyze the possibility of reviewing civil contracts by the theory of the objective basis, adopted by the Consumer Protection Code, and to define the repercussions of this in the field of equality, justice and legal security.

In spite of the importance of the subject, it has not yet been the object of deep research under the prism that is being sought. A gap which, when completed, will certainly bring doctrinal assistance to the interpreter and the applicator of the Law, contributing to the possibility of revising or extinguishing contracts more effectively and in line with constitutional requirements of equality.

In order to obtain reliable results, this research applies the juridical dialectic as the method of approach, which encompasses the phenomenon, concrete fact, and theory, simultaneously, seeking the result with the confrontation between all of them. The author also uses a combination of historical, comparative and functionalist methods to perform the analysis. The purpose of this study is to examine the evolution of the theories that extend the scope of the contractual

review/extinction in civil law and to verify the impact on the principle of obligatory force of the agreements in Brazilian and in German law. Regarding the sources used in the work, this study is founded in bibliographical research that is carried out in books and journals, seeking an interpretation of the law.

2 REVIEWING THE PRINCIPLE OF OBLIGATORY FORCE OF CONTRACTS: A PARALLEL BETWEEN THE THEORY OF UNFORESEEABILITY AND THE THEORY OF THE OBJECTIVE BASE

Private law is essentially governed by the idea of freedom and private autonomy. It authorizes each person to decide, under free self-determination, how to shape their own living conditions within the framework of the legal order, in the areas of property, contract, company etc. Specifically in relation to contractual law, contractors may, as a rule, jointly determine the content of the contract freely, amend the agreements subsequently and cancel the contract as a whole².

In line with private autonomy, the principle of the obligatory force of the contracts, in its classical conception, adopts the understanding that, once the legal requirements for the existence, validity and effectiveness of the contract have been complied with, the agreement becomes obligatory between the parties. Parties cannot be detached from the legal relationship, unless they agree on another pact with this objective. This is known as *pacta sunt servanda*³.

According to Ripert⁴, there is a moral rule under which the contract must maintain the sacredness of the given word, the duty of conscience imposed to the debtor and the creditor's faith in the promise made. The legal enunciation would become unnecessary, as the obligatory force of the contract is inherent to its very nature, without which it would not perform its own legal-economic function.

The parties cannot avoid fulfilling the contract, under the penalty of patrimonial enforcement (it is the nexus between freedom of contract and contractual liability to which Enzo Roppo⁵ refers). The principle under which the debtor's patrimony accounts for their debts is closely linked to the principle of obligatory force of the contract, which has always been considered a safety factor for traders.

² KÖTZ, Hein. *Vertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 10.

³ "The pacts must be complied with".

⁴ RIPERT. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 44.

⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 128.

According to Caio Mário da Silva Pereira⁶,

o princípio da força obrigatória do contrato contém insita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos⁷.

In the opinion of Silvio Rodrigues⁸, obligatoriness must be analyzed from a social point of view rather than an individual one, because the one who, through a free expression of will, promises to give, do or not do something, creates an expectation in the society, which the legal order must guarantee and which is the basis of the obligation. However, the obligatory force of the contracts considered in the classic conception, present in the Brazilian Civil Code of 1916, had certain limits. These limits are the force majeure and the fortuitous event (act of God). Agostinho Alvim⁹, when distinguishing a fortuitous event and force majeure, considers that in the fortuitous event there would be an “impediment related to the person of the debtor or with their company”; and the force majeure would be “the external fact which is not connected to the person or to the company by any chain of causation”.

The force majeure and the fortuitous case are independent of the will of the contractor, and, within the system of subjective civil liability rule in the Brazilian civil order, they function as excluding the culpability. They affect the obligatoriness of the contract, allowing the parties to dissolve the contractual relationship through what we call resolution for involuntary contractual non-execution, without compensation for losses and damages (penalty applied to those who acted guiltily, which is not the case when force majeure or fortuitous case occurs)¹⁰.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: fontes das obrigações*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2001. p. 6.

⁷ “The principle of the obligatory force of the contract contains an idea, which reflects the maximum subjectivism that the legal order offers: the individual word, enunciated in the conformity of the law, contains a spark of creation, so strong and so deep that it does not entail retraction; so imperious that, after acquiring life, not even the State, except exceptionally, can intervene, in order to change the course of its effects”.

⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2002. p. 12.

⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 330.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999. p. 181.

Apart from the hypothesis of a fortuitous event and force majeure within the traditional concept of the principle of obligatory force, it would be impossible to admit that supervenient events breaking the contractual equilibrium could lead to the judicial review or extinction of the contracts. Nevertheless, all the social, economic and political changes in the Twentieth Century have demonstrated that the exacerbated application of the principle of obligatory force could cause serious pathologies in the contract, unjustly taking the parties to a flagrantly unbalanced pact, as seen, for example, in the context of the standard agreements.

Currently, the principle of obligatory force has been mitigated, due to the influence of new facts and developments in the social reality. Moreover, the possibility of a contractual revision has been accepted in case of a drastic imbalance between the contractual performances, as a result of the changed circumstances in which the contract was concluded.

Historical and social factors, such as the First World War, revealed the injustice of applying the principle of obligatory force in its absolute terms¹¹. The turning point in this change of thinking was the Failliot Law, promulgated in France in May 1918, ensuring the possibility of reviewing contracts concluded before August 1, 1914, in which the parties were in a state of ruin due to the state of war.

It was based on this same point of view that the canonists, already in the twelfth and thirteenth centuries¹², long before the First World War, created the *rebus sic stantibus* clause, which asserts: “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”¹³.

The theory of unforeseeability added the requirement of the unpredictability of the altered circumstances to the previous notion of the *rebus sic stantibus* clause. According to the theory of unforeseeability the requirements for a contractual review are: a) a continuous contract; b) supervenience of an extraordinary and unpredictable fact; c) a fundamental change in the negotiating basis; and (d) an excessive burden on one party (imbalance of performances).

The Brazilian Civil Code of 2002 establishes in article 317 that when, for unforeseeable reasons, there is a manifest disproportion between the value of the performance agreed in the contract and the one due in the time of delivery, the judge may, at the request of the party, correct value to ensure, as far as possible, that it corresponds to the real value of the performance.

¹¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Updated by Humberto Theodoro Júnior. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37.

¹² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 198.

¹³ “In successive service contracts, the obligatory bond is understood to be subordinate to the continuation of that state of fact observed at the time of stipulation”.

In view of the fact that the law does not refer to extraordinary facts of imbalance, Judith Martins-Costa¹⁴ sees in article 317 a proximity to the theory of excessive onerosity, from Italian origin, whose requirements for revision are imbalances of performances with excessive onerosity for one of the parties and the unpredictable fact.

However, specifically when dealing with contracts, the Brazilian Civil Code provides, in article 478, that “in contracts for continuous or deferred time execution, if the performance of one party becomes excessively burdensome, resulting in an extreme advantage for the other party because of extraordinary and unforeseeable events, the debtor may request the termination of the contract”, adopting the theory of unforeseeability.

With respect to the abovementioned article 478, although the legal text expressly refers to the possibility of extinction, and not to revision or modification of the contract - contrary, for example, to what the Portuguese Code does - it can be considered that the Brazilian Law adopted the theory of unforeseeability, by the interpretative principle *a maiori ad minus*¹⁵.

Much has been speculated about the basis of the theory of unforeseeability. The question is if it is founded on equity, especially on the idea that it is unfair to allow one party to be ruined by an excessively onerous performance. Orlando Gomes¹⁶, however, considers it is safer to embrace a different approach, which bases the restriction of the *pacta sunt servanda* rule on legal principles, looking for a systematic solution of the issue in order to avoid the subjectivism of those who resort to equity.

Among the theories that repel the subjectivism of equity as the basis for the possibility of contractual revision/extinction is the German theory of the objective basis of the legal business. This theory idealizes an objective basis of the business, which is constituted in a set of necessary circumstances initially known by the parties, and, if these circumstances do not exist or they do not last, the conservation of the contract makes no sense¹⁷.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5.

¹⁵ By the argument *a maiori ad minus*, which allows an extensive legal interpretation, if the law authorizes the most, implicitly, a fortiori (for a stronger reason), it allows the less, which, in the case, would be the contractual revision (DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 170-172).

¹⁶ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 46.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 52.

In the understanding of Larenz¹⁸, the objective basis would be “*el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes -, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría ‘sentido, fin u objeto’*”¹⁹.

According to Larenz²⁰, the legal consequences of the lack or disappearance of the objective basis of the contract must be deduced from the meaning of the contract and cannot depend on the will of equity of the judge.

In this regard, the German Civil Code (Bürgerliche Gesetzbuch - BGB)²¹, in its section 313 (1)²², establishes the possibility of reviewing contracts under the ground of a breach of the objective balance between the parties’ obligations. Although the provision refers to the unforeseen changes, it does not mention that those must originate from an extraordinary fact. Moreover, this section also applies to civil contracts and relations of consumption, regulated in the same code.

Reading the comments to the German Civil Code²³, it is noticeable that the article 313 - as an expression of Larenz’s ideas - is intended to balance the interests of the parties in the event of a material breach of the contractual bases and must be applied in accordance with the principle of objective good faith, embodied

¹⁸ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Translation Carlos Fernandez Rodrigues. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. p. 37.

¹⁹ “The set of circumstances whose existence or persistence duly presupposes the contract - whether or not the contracting parties - as otherwise would not achieve the end of the contract, the purpose of the contracting parties and the subsistence of the contract would not have ‘meaning, end or object’”.

²⁰ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Translation Carlos Fernandez Rodrigues. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. p. 189.

²¹ Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt*] I page 42, 2909; 2003 I page 738), last amended by Article 4 para. 5 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I page 3719).

²² Section 313. Interference with the basis of the transaction: “(1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration. (2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect. (3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke”.

²³ BRUDERMÜLLER, Gerd *et al.* *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. 76 neubearbeitete Auflage. München: C.H.Beck, 2017. p. 521. WESTERMANN, Harm Peter *et al.* *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*. 15 neubearbeitete Auflage. Köln: Ottschidt, 2017. p. 1.419.

in article 242 of the German Civil Code²⁴. In the scientific article entitled “Good faith: semiotic approach”, Marietta Auer²⁵ teaches about objective good faith: “the function of good faith in contract law, as understood in this article, lies in its ability to introduce altruist notions into the law while mediating their tension with the underlying individualist principle of private autonomy”.

On the general outlook of the current German contractual regulations, Manfred Wolf²⁶ estimates that:

“Der BGH²⁷ hat mit seiner Rechtsprechung im AGB²⁸-Recht die Neugestaltung von einem formal liberalen zu einem materiell gerechten Vertragsrecht wesentlich beeinflußt. Neben der Vorgabe wichtiger Grundentscheidungen für das AGB-Gesetz hat er auch nach Inkrafttreten dieses Gesetzes dessen Anwendung und Weiterentwicklung in beherrschender Weise gefördert. Dies gilt sowohl für die Ausgestaltung zahlreicher einzelner Vertragstypen als auch für die Bestimmung der Grenzen richterlicher Inhaltskontrolle in § 8 AGBG²⁹ sowie für die Entwicklung neuer Prinzipien wie dem Transparenzgebot.

Im Zuge der ständigen Entwicklungen im Geschäfts- und Wirtschaftsverkehr sowie dem Wandel sozialer Problemfelder und Wertungen muß sich auch die Rechtsprechung immer wieder neuen Problemen stellen. Dazu könnten in Zukunft diskriminierende Preisgestaltungen gehören, auch dürfte die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nicht mehr ohne weiteres mit dem Transparenzgebot verknüpft werden. Die neuere Gesetzgebung und das Bemühen um die Rechtsangleichung in der EG sollten im Verkehr zwischen Unternehmern die Gestaltungsspielräume erweitern. Dazu kann sowohl die stärkere Betonung der Selbstverantwortung beim Aushandeln als auch die richtige Verteilung der Begründungslasten für die Annahme der Unangemessenheit führen. Darüber hinaus stellt die Einbettung

²⁴ Section 242. Performance in good faith: An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

²⁵ AUER, Marietta. Good faith: semiotic approach. *Revista Argumentum*. São Paulo, v. 18, n.1, 181-206, Jan.-Abr./2017. p. 193.

²⁶ WOLF, Manfred. Vertragsfreiheit u. Vertragsrechts im Lichte der AGB-Rechtsprechung des BGH. In: 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft. CANARIS, Claus-Wilhelm et al. (Herausgeber). München: Verlag C.H. Beck München, Band I, 2000. p. 127.

²⁷ Bundesgerichtshof (BGH) - German Federal Supreme Court (Free translation).

²⁸ Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) - general contractual clauses (Free Translation).

²⁹ Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (AGBG) – Law of General Contractual Clauses (Free Translation). The General Contractual Clauses Act entered into force on April 1, 1977, representing the jurisprudential understanding on the matter at the time of its promulgation. Since 01 January 2002, the law of general contractual clauses is governed by the German Civil Code, articles 305 to 310.

ins europäische Recht die Frage nach der mittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags und deren Berücksichtigung im Rahmen von § 9 AGBG. Es bleibt zu wünschen, daß der BGH seine bisher oft bewährte Rolle als Pionier der Praxis gerade auch im europäischen Kontext in Zusammenarbeit mit dem EuGH³⁰ wird erfolgreich weiter spielen können³¹.

Even before the possibility of reviewing the contracts has been expressed in the Brazilian Civil Code, the Brazilian Consumer Protection Code of 1990 had already allowed the possibility of contractual revision, but in a different line, due to the special nature of this codification. As, until relatively recent dates, the great problems related to the universe of consumption were not covered by the gravity observed today, consumer protection had not been constitutionally contemplated until the Portuguese Constitution of 1976³². Regarding the spirit of the Portuguese Constitution, it can be said that it is deliberately a project and not just a statute, since it does not limit itself to defining rules of political, economic and social organization, but imposes a real program of transformation of the society of that country³³.

The Federal Constitution of Brazil of 1988 undeniably played a fundamental role in the history of the regulation of consumer relations in Brazil. The mentioned

³⁰ Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) - Court of Justice of the European Union (Free translation).

³¹ "With its jurisprudence on general contractual clauses, the German Federal Supreme Court has significantly influenced the reorganization of a formally liberal law for a materially fair contract right. In addition to specifying important basic decisions for the law of general contractual clauses, it also promoted its subsequent application and development in a dominant manner even after the entry into force of this law. This applies both to the design of various individual types of contracts and to the determination of the limits of control of judicial content in Paragraph 8 of the General Contractual Clauses Act and to the development of new principles such as the requirement of transparency.

In the course of constant developments in commercial and economic traffic, as well as the changing fields and assessments of the social problem, jurisprudence must always face new problems. In the future, this could include discriminatory pricing structures, and the legal consequence of ineffectiveness should no longer be linked to the requirement of transparency without further details. Recent legislation and efforts to align with legislation in the European Union should increase freedom of movement among traders. This may be due to both the greater emphasis on self-responsibility in negotiation and the proper distribution of justifications for the assumption of inadequacy. In addition, integration into European legislation raises the question of the indirect effect of third parties on fundamental freedoms in the Treaties of the European Union and their consideration in the context of Paragraph 9 of the Law on general contractual clauses. It remains to be hoped that the German Federal Supreme Court can successfully continue its proven role as a pioneer in practice, especially in the European context, in cooperation with the Court of Justice of the European Union" (Free translation).

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 263.

³³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 59.

diploma, based on the pillars of the dignity of the human person (article 1, I) and social solidarity (article 3, I), expresses the notions of private initiative (article 1, IV) and property (article 5, XXII, and XXIII), within the limitations compatible with the ideal of sociality and already contemplates consumer protection (articles 5, XXXII, and 170, V).

It is within this paradigm of social justice that the Brazilian Constitution proposes the bases of consumer protection, including, in this regard, the regulation of consumer relations through the Consumer Protection Code, Law 8.078 of September 11, 1990. It is a law of social function, which, intervening imperatively in the autonomy of the parties, causes profound changes in relevant legal relationships in society, aiming to protect a specific group of individuals, considered vulnerable in the free market³⁴. The Brazilian Consumer Protection Code, in its article 1, states that its norms aim at protecting consumers and constitute rules of public order, unaffordable by the initiative of the parties, thus affecting society more directly than individuals, in the difficult task of transforming a social reality, as a facet of the exercise of citizenship³⁵.

Specifically on the subject of contractual revision, article 6, V, of the Brazilian Consumer Protection Code determines: “basic consumer rights are: (...) V - the modification of contractual clauses with disproportionate obligations or their revision in case of supervening events that make them excessively onerous”.

The aforementioned provision applies strictly to consumer relations and goes beyond the theory of unforeseeability, adopting the theory of the objective basis of the legal business, since it does not require that the imbalance is caused by an unpredictable or extraordinary fact, as an essential requirement for the contractual revision. The predictability of the changes, in this case, does not prevent revision, making the scope of article 6 of the Brazilian Consumer Protection Code even broader than the one of article 478 of the Brazilian Civil Code. The argument for the adoption of the objective base theory in the Brazilian Consumer Protection Code, simplifying the process of contractual revision, is the inequality between the parties in the consumption relationship. However, one can also observe inequality in civil standard contracts, such as the franchise, where, due to article 478 of the Brazilian Civil Code that adopts the theory of unforeseeability, the review by excessive onerosity would depend on an extraordinary and unforeseeable evidence of fact.

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.505.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.505-506. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 28.

3. THE AXIOLOGICAL GAP IN THE BRAZILIAN REGULAMENTATION ABOUT REVIEW/EXTINCTION OF CIVIL STANDARD CONTRACTS

The inequality between the parties in standard contracts is linked to the formation of these agreements, where it is possible to observe the sacrifice of the private autonomy of the most fragile contractor of the relationship. This process has its historical origin in the great industrial development that took place since the mid-nineteenth century, when the contractual models known were not sufficient for commercial relations and they began to be celebrated in a progressively massed manner³⁶.

As a rule, in the formation of contracts there are three phases: preliminary negotiations, proposal and acceptance. Preliminary negotiations consist of preliminary discussions, surveys and studies on the interests of the contractors, in view of the future contract, normally without any contractual link between the participants; the proposal is a clear statement of will directed from one party to the other, expressing the intention to be bound in a business; and acceptance is the express or tacit expression of the addressee of the proposal, adhering to it in all its terms, making the contract definitely concluded. In standard contracts, however, this process is changed³⁷.

The contract by adhesion, or standard contract, eliminates the stage of the preliminary negotiations, all clauses are prepared by one of the parties and the other party, the adherent, can only accept the contractual clauses in a block or not. The adherent, usually the economically most fragile party in the negotiating relationship, does not discuss the contractual clauses or presents a counterproposal. Thus, it may be noted that contractual freedom, in the case of a standard contract, expands to one of the parties at the expense of restricting the contractual freedom of the other party.

Uniformity, predetermination and rigidity are characteristics of the contract by adhesion. Uniformity implies that the stronger party obtains from an indeterminate number of adherents the passive acceptance of the same conditions, unvarying the content of all the contractual relations; predetermination means that one of the parties pre-established the contractual clauses without interference from the other contractor; rigidity is a consequence of uniformity, which would be disfigured if there is flexibility in relation to the stipulation of clauses from one business to another³⁸.

³⁶ SCHAPP, Jan. *Introdução ao direito civil (Einführung in das Bürgerliche Recht)*. Translation Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 331.

³⁷ Diniz, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1, p. 82-83.

³⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. 25. ed. Rio de Janeiro:

As Carlos Roberto Gonçalves reminds us³⁹, although standard contracts are usually linked to consumer relations, there is the possibility of establishing a civil standard contract, such as the franchise agreement⁴⁰ and that is why the subject was also disciplined in the Brazilian Civil Code. In an attempt to compensate for the inequality between the parties in the standard contract, the Brazilian Civil Code seeks to favor the weaker contractor, establishing in its articles 423 and 424, respectively, that “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”⁴¹ and “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”⁴².

Along the same line, the Brazilian Consumer Protection Code rules on the matter, establishing in article 54: “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”⁴³.

In Germany, more room was devoted to the discipline of the standard contracts in the Civil Code (Bürgerliche Gesetzbuch - BGB)⁴⁴. Between articles 305 and 310 there is a whole subsection about them with extensive writing and

Forense, 2002. p.118-119.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 9 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.v.3, p. 101.

⁴⁰ Decision of the Superior Court of Justice of Brazil: REsp 1602076 / SP, Rapporteur Minister Nancy Andrighi, Third Class, judged on 09/15/2016.

⁴¹ “When there are ambiguous or contradictory clauses in the standard contract, the interpretation most favorable to the adherent must be adopted” (Free translation).

⁴² “In the standard contracts, the clauses that stipulate the prior resignation of the adherent to a right resulting from the nature of the contract are null and void” (Free translation).

⁴³ “Standard contract is that whose clauses have been approved by the competent authority or established unilaterally by the supplier of products or services, without the consumer being able to discuss or substantially modify its content” (Free translation).

⁴⁴ Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt*] I page 42, 2909; 2003 I page 738), last amended by Article 4 para. 5 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I page 3719).

various subdivisions. Therein, sections 305⁴⁵ and 305a⁴⁶ defines the process of formation of the contracts, sections 305b⁴⁷, 305c⁴⁸, 306⁴⁹, 306a⁵⁰ e 307⁵¹ defines

⁴⁵ Section 305. Incorporation of standard business terms into the contract:

(1) Standard business terms are all contract terms pre-formulated for more than two contracts which one party to the contract (the user) presents to the other party upon the entering into of the contract. It is irrelevant whether the provisions take the form of a physically separate part of a contract or are made part of the contractual document itself, what their volume is, what typeface or font is used for them and what form the contract takes. Contract terms do not become standard business terms to the extent that they have been negotiated in detail between the parties. (2) Standard business terms only become a part of a contract if the user, when entering into the contract, 1. refers the other party to the contract to them explicitly or, where explicit reference, due to the way in which the contract is entered into, is possible only with disproportionate difficulty, by posting a clearly visible notice at the place where the contract is entered into, and 2. gives the other party to the contract, in an acceptable manner, which also takes into reasonable account any physical handicap of the other party to the contract that is discernible to the user, the opportunity to take notice of their contents, and if the other party to the contract agrees to their applying. (3) The parties to the contract may, while complying with the requirements set out in subsection (2) above, agree in advance that specific standard business terms are to govern a specific type of legal transaction.

⁴⁶ Section 305a. Incorporation in special cases:

Even without compliance with the requirements cited in section 305 (2) nos. 1 and 2, if the other party to the contract agrees to their applying the following are incorporated, 1. the tariffs and regulations of the railways issued with the approval of the competent transport authority or on the basis of international conventions, and the terms of transport approved under the Passenger Transport Act [Personenbeförderungsgesetz], of trams, trolley buses and motor vehicles in regular public transport services, 2. the standard business terms published in the gazette of the Federal Network Agency for Electricity, Gas, Telecommunications, Post and Railway [Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen] and kept available on the business premises of the user; a) into transport contracts entered into off business premises by the posting of items in postboxes, b) into contracts on telecommunications, information services and other services that are provided direct by the use of distance communication and at one time and without interruption during the supply of a telecommunications service, if it is disproportionately difficult to make the standard business terms available to the other party before the contract is entered into.

⁴⁷ Section 305b. Priority of individually agreed terms:

Individually agreed terms take priority over standard business terms.

⁴⁸ Section 305c. Surprising and ambiguous clauses:

(1) Provisions in standard business terms which in the circumstances, in particular with regard to the outward appearance of the contract, are so unusual that the other party to the contract with the user need not expect to encounter them, do not form part of the contract. (2) Any doubts in the interpretation of standard business terms are resolved against the user.

⁴⁹ Section 306. Legal consequences of non-incorporation and ineffectiveness:

(1) If standard business terms in whole or in part have not become part of the contract or are ineffective, the remainder of the contract remains in effect. (2) To the extent that the terms have not become part of the contract or are ineffective, the contents of the contract are determined by the statutory provisions. (3) The contract is ineffective if upholding it, even taking into account the alteration provided in subsection (2) above, would be an unreasonable hardship for one party.

⁵⁰ Section 306a. Prohibition of circumvention:

The rules in this division apply even if they are circumvented by other constructions.

⁵¹ Section 307. Test of reasonableness of contents:

(1) Provisions in standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of

the limitations regarding the content of the clauses, covering, in a similar way, what was disciplined in the Brazilian law. Sections 308⁵² e 309⁵³ even give

good faith, they unreasonably disadvantage the other party to the contract with the user. An unreasonable disadvantage may also arise from the provision not being clear and comprehensible. (2) An unreasonable disadvantage is, in case of doubt, to be assumed to exist if a provision 1. is not compatible with essential principles of the statutory provision from which it deviates, or 2. limits essential rights or duties inherent in the nature of the contract to such an extent that attainment of the purpose of the contract is jeopardized. (3) Subsections (1) and (2) above, and sections 308 and 309 apply only to provisions in standard business terms on the basis of which arrangements derogating from legal provisions, or arrangements supplementing those legal provisions, are agreed. Other provisions may be ineffective under subsection (1) sentence 2 above, in conjunction with subsection (1) sentence 1 above.

⁵² Section 308. Prohibited clauses with the possibility of evaluation:

In standard business terms the following are in particular ineffective

1. (Period of time for acceptance and performance) a provision by which the user reserves to himself the right to unreasonably long or insufficiently specific periods of time for acceptance or rejection of an offer or for rendering performance; this does not include the reservation of the right not to perform until after the end of the period of time for withdrawal under section 355 subsections (1) and (2);
2. (Additional period of time) a provision by which the user, contrary to legal provisions, reserves to himself the right to an unreasonably long or insufficiently specific additional period of time for the performance he is to render;
3. (Reservation of the right to revoke) the agreement of a right of the user to free himself from his obligation to perform without any objectively justified reason indicated in the contract; this does not apply to continuing obligations;
4. (Reservation of the right to modify) the agreement of a right of the user to modify the performance promised or deviate from it, unless the agreement of the modification or deviation can reasonably be expected of the other party to the contract when the interests of the user are taken into account;
5. (Fictitious declarations) a provision by which a declaration by the other party to the contract with the user, made when undertaking or omitting a specific act, is deemed to have been made or not made by the user unless a) the other party to the contract is granted a reasonable period of time to make an express declaration, and b) the user agrees to especially draw the attention of the other party to the contract to the intended significance of his behavior at the beginning of the period of time;
6. (Fictitious receipt) a provision providing that a declaration by the user that is of special importance is deemed to have been received by the other party to the contract;
7. (Reversal of contracts) a provision by which the user, to provide for the event that a party to the contract revokes the contract or gives notice of termination of the contract, may demand a) unreasonably high remuneration for enjoyment or use of a thing or a right or for performance rendered, or b) unreasonably high reimbursement of expenses;
8. (Unavailability of performance) the agreement, admissible under no. 3, of the reservation by the user of a right to free himself from the duty to perform the contract in the absence of availability of performance, if the user does not agree to a) inform the other party to the contract without undue delay, of the unavailability, and b) reimburse the other party to the contract for consideration, without undue delay.

⁵³ Section 309. Prohibited clauses without the possibility of evaluation:

Even to the extent that a deviation from the statutory provisions is permissible, the following are ineffective in standard business terms:

1. (Price increases at short notice) a provision providing for an increase in payment for goods or services that are to be delivered or rendered within four months of the entering into of the contract; this does not apply to goods or services delivered or rendered in connection with continuing obligations;

2. (Right to refuse performance) a provision by which a) the right to refuse performance to which the other party to the contract with the user is entitled under section 320, is excluded or restricted, or b) a right of retention to which the other party to the contract with the user is entitled to the extent that it is based on the same contractual relationship, is excluded or restricted, in particular made dependent upon acknowledgement of defects by the user;
3. (Prohibition of set-off) a provision by which the other party to the contract with the user is deprived of the right to set off a claim that is uncontested or has been finally and non-appealably established;
4. (Warning notice, setting of a period of time) a provision by which the user is exempted from the statutory requirement of giving the other party to the contract a warning notice or setting a period of time for the latter to perform or cure;
5. (Lump-sum claims for damages) the agreement of a lump-sum claim by the user for damages or for compensation of a decrease in value if a) the lump sum, in the cases covered, exceeds the damage expected under normal circumstances or the customarily occurring decrease in value, or b) the other party to the contract is not expressly permitted to show that damage or decrease in value has either not occurred or is substantially less than the lump sum;
6. (Contractual penalty) a provision by which the user is promised the payment of a contractual penalty in the event of non-acceptance or late acceptance of the performance, payment default or in the event that the other party to the contract frees himself from the contract;
7. (Exclusion of liability for injury to life, body or health and in case of gross fault) a) (Injury to life, body or health) any exclusion or limitation of liability for damage from injury to life, body or health due to negligent breach of duty by the user or intentional or negligent breach of duty by a legal representative or a person used to perform an obligation of the user; b) (Gross fault) any exclusion or limitation of liability for other damage arising from a grossly negligent breach of duty by the user or from an intentional or grossly negligent breach of duty by a legal representative of the user or a person used to perform an obligation of the user; letters (a) and (b) do not apply to limitations of liability in terms of transport and tariff rules, authorised in accordance with the Passenger Transport Act [Personenbeförderungsgesetz], of trams, trolley buses and motor vehicles in regular public transport services, to the extent that they do not deviate to the disadvantage of the passenger from the Order on Standard Transport Terms for Tram and Trolley Bus Transport and Regular Public Transport Services with Motor Vehicles [Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen] of 27 February 1970; letter (b) does not apply to limitations on liability for state-approved lotteries and gaming contracts;
8. (Other exclusions of liability for breaches of duty) a) (Exclusion of the right to free oneself from the contract) a provision which, where there is a breach of duty for which the user is responsible and which does not consist in a defect of the thing sold or the work, excludes or restricts the right of the other party to free himself from the contract; this does not apply to the terms of transport and tariff rules referred to in no. 7 under the conditions set out there; b) (Defects) a provision by which in contracts relating to the supply of newly produced things and relating to the performance of work aa) (Exclusion and referral to third parties) the claims against the user due to defects in their entirety or in regard to individual parts are excluded, limited to the granting of claims against third parties or made dependent upon prior court action taken against third parties; bb) (Limitation to cure) the claims against the user are limited in whole or in regard to individual parts to a right to cure, to the extent that the right is not expressly reserved for the other party to the contract to reduce the purchase price, if the cure should fail or, except where building work is the object of liability for defects, at its option to revoke the contract; cc) (Expenses for cure) the duty of the user to bear the expenses necessary for the purpose of cure, in particular to bear transport, workmen's travel, work and materials costs, is excluded or limited; dd) (Withholding cure) the user makes cure dependent upon prior payment of the entire fee or a portion of the fee that is disproportionate taking the defect into account; ee) (Cut-off period for notice of defects) the user sets a cut-off period for the other party to the contract to give notice of non-obvious defects which is shorter than the permissible period of time under double letter (ff) below; ff) (Making limitation

examples of unfair clauses. Finally, section 310⁵⁴ clarifies the scope of those rules.

easier) the limitation of claims against the user due to defects in the cases cited in section 438 (1) no. 2 and section 634a (1) no. 2 is made easier, or in other cases a limitation period of less than one year reckoned from the beginning of the statutory limitation period is attained;

9. (Duration of continuing obligations) in a contractual relationship the subject matter of which is the regular supply of goods or the regular rendering of services or work performance by the user, a) a duration of the contract binding the other party to the contract for more than two years, b) a tacit extension of the contractual relationship by more than one year in each case that is binding on the other party to the contract, or c) a notice period longer than three months prior to the expiry of the duration of the contract as originally agreed or tacitly extended at the expense of the other party to the contract;

this does not apply to contracts relating to the supply of things sold as belonging together, to insurance contracts or to contracts between the holders of copyright rights and claims and copyright collecting societies within the meaning of the Act on the Administration of Copyright and Neighbouring Rights [Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten];

10. (Change of other party to contract) a provision according to which in the case of purchase, loan or service agreements or agreements to produce a result a third party enters into, or may enter into, the rights and duties under the contract in place of the user, unless, in that provision, a) the third party is identified by name, or b) the other party to the contract is granted the right to free himself from the contract;

11. (Liability of an agent with power to enter into a contract) a provision by which the user imposes on an agent who enters into a contract for the other party to the contract a) a liability or duty of responsibility for the principal on the part of the agent himself, without any explicit and separate declaration to this effect, or b) in the case of agency without authority, liability going beyond section 179;

12. (Burden of proof) a provision by which the user modifies the burden of proof to the disadvantage of the other party to the contract, in particular by a) imposing on the latter the burden of proof for circumstances lying in the sphere of responsibility of the user, or b) having the other party to the contract confirm certain facts;

letter (b) does not apply to acknowledgements of receipt that are signed separately or provided with a separate qualified electronic signature;

13. (Form of notices and declarations) a provision by which notices or declarations that are to be made to the user or a third party are tied to a more stringent form than written form or tied to special receipt requirements.

⁵⁴ Section 310. Scope of application:

(1) Section 305 (2) and (3) and sections 308 and 309 do not apply to standard business terms which are used in contracts with an entrepreneur, a legal person under public law or a special fund under public law. Section 307 (1) and (2) nevertheless apply to these cases in sentence 1 to the extent that this leads to the ineffectiveness of the contract provisions set out in sections 308 and 309; reasonable account must be taken of the practices and customs that apply in business dealings. In cases coming under sentence 1, section 307 (1) and (2) do not apply to contracts in which the entire Award Rules for Building Works, Part B [Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B - VOB/B] in the version applicable at the time of conclusion of the contract are included without deviation as to their content, relating to an examination of the content of individual provisions. (2) Sections 308 and 309 do not apply to contracts of electricity, gas, district heating or water suppliers for the supply of electricity, gas, district heating or water from the supply grid to special customers to the extent that the conditions of supply do not derogate, to the disadvantage of the customer, from orders on general conditions for the supply of standard-rate customers with electricity, gas, district heating and water. Sentence 1 applies with the necessary modifications to contracts for the disposal of sewage. (3) In the case of contracts between an entrepreneur and a consumer (consumer contracts) the rules in this division apply with the following provisos: 1. Standard business terms are deemed to have been presented by the entrepreneur, unless they were

According to the author Jan Schapp⁵⁵, articles 305 to 310 of the German Civil Code also apply to contracts concluded in the consumption orbit and are subject to content, taking into account the circumstances that accompany the conclusion of the contract, and there is a supra-individual and generalizing verification, combined with the concrete and individual perspective.

Issues associated to civil standard contracts, however, may not be related to the interpretation of ambiguous or contradictory clauses, or early waiver rights, which would invalidate them, by article 424 of the Brazilian Civil Code, mentioned above. It is, nonetheless, possible that an imbalance that generates excessive burden on one of the parties eventually hits such contracts.

The legal context above described demonstrates the existence of an axiological gap in the Brazilian Law. Although the concept of inequality between the parties is perceived in the same manner in civil standards contracts as in the consumer contracts, the requirements for revision/extinction of civil or consumer contracts differ substantially, causing unfairness. On the one hand, a revision or extinction of civil contracts is only allowed on the terms of art. 478 of the Brazilian Civil Code, which adopts the theory of unforeseeability, requiring proof of an extraordinary and unpredictable fact. On the other hand, the Consumer Protection Code enables wider possibilities of revision and extinction. This situation gives rise to an axiological gap.

The problem of gaps appears in two perspectives. The first one discusses the possibility of the existence of the gaps; the second one implies that, if there are gaps, it is necessary to indicate the manner in which they have to be filled, in the integration procedure⁵⁶.

introduced into the contract by the consumer; 2. Section 305c (2) and sections 306 and 307 to 309 of this Code and Article 46b of the Introductory Act to the Civil Code [Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche] apply to preformulated contract terms even if the latter are intended only for non-recurrent use on one occasion, and to the extent that the consumer, by reason of the preformulation, had no influence on their contents; 3. In judging an unreasonable disadvantage under section 307 (1) and (2), the other circumstances attending the entering into of the contract must also be taken into account. (4) This division does not apply to contracts in the field of the law of succession, family law and company law or to collective agreements and private-sector works agreements or public-sector establishment agreements. When it is applied to employment contracts, reasonable account must be taken of the special features that apply in labor law; section 305 (2) and (3) must not be applied. Collective agreements and private-sector works agreements or public-sector establishment agreements are equivalent to legal provisions within the meaning of section 307 (3).

⁵⁵ SCHAPP, Jan. *Introdução ao direito civil (Einführung in das Bürgerliche Recht)*. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 354.

⁵⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 219.

There are two main different conceptions on the subject: one that does not recognize the existence of gaps, because it argues that the legal system is a sufficient organic whole in the discipline of all human behaviors and one that admits the existence of gaps, based in the belief that laws can not predict all factual situations, which are constantly evolving. The understanding about gaps is, thus, closely related to the conception of the legal system⁵⁷.

For those who support a normative system as a whole closed and complete, in which the field of experience is delimited by a set of cases and conduct, the problem analyzed is solved in a negative way, by applying the rule: “everything that is not legally prohibited, is allowed”. This rule is supposed guarantee that the system always fills its own gaps⁵⁸.

In opposition to the previous idea, Maria Helena Diniz⁵⁹ defines the legal system as follows:

‘sistema’ significa nexo, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos, e método, um instrumento de análise. De forma que o sistema não é uma realidade nem uma coisa objetiva; é o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É, por outras palavras, o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que, por sua vez, não é sistemática. (...) Do exposto pode-se concluir que o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela Ciência do Direito. É indubitável que a tarefa mais importante do jurista consiste em apresentar o direito sob uma forma ordenada ou ‘sistemática’, para facilitar o seu conhecimento, bem como seu manejo por parte dos indivíduos que estão submetidos a ele, especialmente pelos que o aplicam⁶⁰.

Viewing the law as a complex reality, whose systematization assumes an open and incomplete character in normative, factual and axiological dimensions,

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23 e 27. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 220.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 27-28. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 220.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 25-26.

⁶⁰ “‘System’ means nexus, a set of things or set of elements, and method, an instrument of analysis. So the system is neither a reality nor an objective thing; is the theoretical apparatus by which one can study reality. It is, in other words, the way of seeing, of ordering, logically, reality, which ... is not systematic. (...) It can be concluded that law is not a legal system, but a reality that can be studied in a systematic way by the Science of Law. Undoubtedly, the jurist’s most important task is to present the law in an orderly or ‘systematic’ form, to facilitate its knowledge, as well as its handling by the individuals who are connected to it, especially by those who apply it” (Free translation).

it becomes inevitable to acknowledge the existence of a disorder, a discontinuity, presenting a 'void', a gap, where solutions are not found for all of cases⁶¹.

As Karl Engisch⁶² teaches,

Uma lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio de um todo. Aplicado ao Direito, o conceito de lacuna significa que se trata de uma incompletude insatisfatória no seio de um todo jurídico. (...) As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora. As lacunas aparecem, portanto, quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dão uma resposta imediata a uma questão jurídica⁶³.

In light of Maria Helena Diniz's⁶⁴ classification, it is possible to identify three species of gap, namely: a) the normative gap, in the absence of a law for the resolution of the case; b) the ontological gap, when, if there is a norm, it does not correspond to the social facts; and c) the axiological gap, in the absence of a fair standard, if the application of the norm results in an unsatisfactory or unfair solution.

The abovementioned work⁶⁵ also refers to gaps of conflict or real antinomies, which can be observed when there are several incompatible solutions for the application of a certain norm. This gap leaves the judge in an unsustainable situation, because there is no legal solution or because there is a univocal solution to a certain case. It is, in fact, a case of conflict of rules.

In this study, we are particularly concerned with the axiological gap, which we believe is present in article 478, of the Brazilian Civil Code, regarding the possibility of extinguishing/reviewing contracts for imbalance of obligations

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 27-28. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed.. São Paulo: Atlas, 2007. p. 220.

⁶² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 276 e 279.

⁶³ "A gap is an unsatisfactory incompleteness within a whole. Applied to the Law, the concept of a gap means that it is an unsatisfactory incompleteness within a legal whole. (...) The gaps are deficiencies of the positive law (of the law legislated or of customary law), apprehensible as faults or failures of content of legal regulation for certain situations of fact in which this regulation is expected and in which such failures postulate and admit their removal through a judicial-integrative decision. The gaps therefore appear when neither the law nor customary law gives us an immediate answer to a legal question" (Free translation).

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95.

that, if applied equally to all types of contracts, generates an unfair result. It should be noted that the conception of justice adopted in the present study is based on the idea of the distributive justice, already present in the work of Aristotle⁶⁶ and later perfected by theorists as John Rawls⁶⁷, which means treating the inequalities unequally in the measure of their inequality, thereby aiming, within a given context, to achieve real equality⁶⁸.

Once this axiological gap has been identified, it is necessary to point the way to filling such void, producing a suitable application for the norm. The way to achieve this by performing an integration procedure⁶⁹. At this point, it is important to emphasize the difference between the figures of interpretation, integration and application of the norm. The application of the norm is a result of the competence of an authority, which imposes a guideline of law in a concrete case. Before applying the law, however, the authority needs to interpret it, proceed with the choice, of axiological nature, of several possible meanings for the norm. However, if the norm has a gap, the interpretation process is not enough to fill this void, making it necessary to use integration⁷⁰.

The integration procedure contains tools used for finding and filling the gap, which, although related, are independent. There may be situations in which, after verification, filling is prohibited, such as gaps in criminal matters, whose filling rests exclusively in the hands of the lawmaker⁷¹.

The mechanisms for integrating the gaps are in articles 4 and 5 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Legal Order. They are the analogy, the usages and the general principles of law and equity. They should be tried in that order in the integration procedure⁷².

To this matter, Tércio Sampaio Ferraz Jr. affirms⁷³:

não podemos esquecer que os diversos ordenamentos jurídicos nacionais enfrentam a integração de modo diferente, havendo os que expres-

⁶⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 199.

⁶⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Translation Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 64.

⁶⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Translation A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 18.

⁶⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 295-296.

⁷⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 295-296.

⁷¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed.. São Paulo: Atlas, 2007. p. 314.

⁷² DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 134-135.

⁷³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed.. São Paulo: Atlas, 2007. p. 314.

samente determinam quais os instrumentos, como é o caso do brasileiro, mas havendo também os que são omissos a esse respeito, gerando uma espécie de lacuna de segundo grau por falta de norma sobre o modo de preenchimento, como é o caso do ordenamento alemão⁷⁴.

In the application of the law, in view of a dubious question, one inquires about the existence of an express and precise general disposition on the subject; if not, the technician will resort to the precepts on similar cases; if they still do not find solution, they call up to the usages; in their absence, they will direct the search to the general principles; and, finally, not achieving success by using such instruments, it will be necessary to resort to equity⁷⁵.

Savigny⁷⁶, who is a reference on this subject, understands that, through analogy, legislation completes itself:

o jurista deve descobrir artificialmente a regra, segundo a qual o caso será decidido, isto é, em parte mediante uma mera conclusão de uma norma geral, e em parte tentando encontrar, na legislação, uma regra especial que se refira a um caso semelhante. Esta fica reduzida, então, a uma regra superior, e é resolvido o caso, que não foi decidido segundo esta regra (superior)⁷⁷.

According to Karl Larenz⁷⁸,

Entendemos por analogia a transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese B, não regulada na lei, «semelhante» àquela. A transposição funda-se em que, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses legais hão-de ser identicamente valoradas nos aspectos decisivos para a valoração legal; quer dizer, funda-se na exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual. (...) As duas situações de facto serem «semelhantes» entre si significa que concordam em alguns aspectos, mas não noutros. Se concordassem absolutamente em todos os aspectos que

⁷⁴ “We can not forget that the different national legal systems face integration in a different way, and there are those that expressly determine which instruments, as is the case of the Brazilian, but there are also those who are silent about it, generating a kind of gap of a second degree of lack of standard on how to complete it, as is the case in the German legal system” (Free Translation).

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 134 e 212.

⁷⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Metodologia jurídica*. Translation Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 44.

⁷⁷ “The jurist shall artificially discover the rule according to which the case will be decided, in part by a conclusion of a general rule and partly by trying to find in legislation a special rule which refers to a similar case. This is reduced to a higher rule, and the case is settled, which was not decided under this rule (higher)” (Free translation).

⁷⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Translation José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 540-541.

hão-de ser tomados em consideração, então seriam «iguais». Por essa razão as previsões legais podem não ser absolutamente iguais nem desiguais entre si; mas têm de concordar precisamente nos aspectos decisivos para a valoração jurídica. (...) Na analogia jurídica trata-se sempre, portanto, de um processo de pensamento valorativo e não unicamente de uma operação mental lógico-formal⁷⁹.

In the problematic, one can observe the similarity between the cases of civil standard contracts and consumer contracts, both based on the natural imbalance of the parties, where the weaker party has their private autonomy substantially limited, as well as diverging frontally from other civil contracts, based on the equality of the parties and their full freedom. This similarity allows us to conclude that the theory of the objective basis, adopted in the Brazilian Consumer Protection Code, is more adequate and fair for the review of civil standard contracts in case of excessive onerousness than article 478 of the Brazilian Civil Code, which adopts the theory of unforeseeability.

If we recognize the possibility of applying the objective basis theory, as in the Brazilian Consumer Protection Code, to civil standard contracts, evidence of a supervenient imbalance between the obligations of the parties, generating an excessive burden for one of them, would suffice to review or terminate the contract, without the need of extraordinary fact evidence. However, Art. 1 of the Consumer Protection Code limits its scope of application solely to contracts with consumer participation. This is considered a public order norm, with high public repercussion. Therefore, the possibility of applying any of its norms to ordinary civil contracts is questionable, making the possibility of an analogous application of the objective basis theory to solve the issue discussed in this work debatable.

Indeed, as Savigny⁸⁰ teaches, “aquilo que for exceção a uma regra legal, aquilo que for particular, não se pode estender, por analogia, para outros casos semelhantes”⁸¹. This means that the possibility of applying analogy is restricted in

⁷⁹ “By analogy we mean the transposition of a rule, given in the law to the legal hypothesis (A), or to several similar hypotheses, in another hypothesis B, not regulated in law, “similar” to that. The transposition is based on the fact that, due to their similarity, both legal hypotheses will be identically valued in the decisive aspects for the legal valuation; that is to say, it is based on the demand of the justice of treating also that which is equal. (...) The two situations of fact being ‘like’ each other means that they agree in some respects, but not in others. If they absolutely agreed on all the aspects that are to be taken into account, then they would be ‘equal’. For this reason legal predictions may not be absolutely equal or dissimilar to each other; but they must agree precisely on the decisive aspects of legal valuation. (...) In the juridical analogy, therefore, it is always a process of valuing thought and not only of a logical-formal mental operation” (Free translation).

⁸⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Metodologia jurídica*. Translation Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 47.

⁸¹ “That which is an exception to a legal rule, that which is particular, can not extend by analogy to

some norms as, for example, in the Brazilian criminal law and, as we understand it, in the Consumer Protection Code.

The next step in the attempt to fill the gap indicated above, according to article 4 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Legal Order, would be to verify the existence of usages on the subject. Usage is a norm that becomes enforceable because it is derived from long-standing uniform practice in a society, with a general and constant repetition of given behavior under the conviction that its obligatoriness corresponds to a legal necessity⁸². Within this framework, we do not envisage any usage that could be applicable to the investigated case.

In the sequence, it is necessary to point to the possibility of integration by applying general principles of law. This method seems to be the adequate way to solve the problem at hand, especially considering the principle of equality.

The general principles of law are normative elements applicable in problematic concrete cases, whether they are written or not, in norms, and are therefore not simple maxims or heuristic rules. They have a general character, but they come from an objective, ethical and social estimation⁸³.

In defining the legal principles, Karl Larenz⁸⁴ teaches that these are “*los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas*”⁸⁵.

Specifically on the principle of equality, the formal aspect should not be confused with the material aspect. The characteristic idea of equality, under which all are equal before the law, represents the formal aspect of the principle, whereby the law must be applied objectively, without discrimination. In the words of Konrad Hesse⁸⁶, “*cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas*”⁸⁷.

other similar cases” (Free translation).

⁸² DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 197.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 233.

⁸⁴ LARENZ, Karl Larenz. *Derecho justo*. Translation Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 32-33.

⁸⁵ “The directing thoughts of an existing or possible legal regulation. In themselves they are not yet rules susceptible of application, but they can be transformed into rules” (Free translation).

⁸⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Translation Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 330.

⁸⁷ “Each one is equally obliged and authorized by the normalization of the law, and, on the contrary, it is forbidden to all state authorities, not to apply existing right to some people or at the expense of some people” (Free translation).

However, it is important to recognize the material aspect of equality, which says that the different should have unequal treatment. According to Konrad Hesse⁸⁸, the principle of equality “*proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente*”⁸⁹.

When analyzing, comparatively, the civil standard contracts and the contracts between equals, the differences correspond to the essential aspects of the formative procedure, with repercussion in terms of private autonomy, as narrated previously. It is therefore a difference that reaches the core of such contracts and if this difference can be considered an essential difference, it justifies unequal treatment.

Article 478 of the Brazilian Civil Code equally regulates the process of revision/termination of all kinds of civil contracts, without exceptions to the case of standard contracts, producing unfair results. That must be corrected by integration based on the principle of material equality, facilitating the process in relation to the standard contracts, in line with the theory of the objective basis, without the requirement of proving the extraordinariness.

The option to extend the applicability of the article 478 of the Civil Code, based on the principle of equality, without the requirement of proving the extraordinary fact in the cases of standard contracts would be in full harmony with the ideals of distributive justice, allowing the rule to be applied unequally to cases that are clearly unequal, such as civil standard contracts and the egalitarian contracts, both now indiscriminately covered by the aforementioned provision.

CONCLUSION

The Brazilian Civil Code, in article 478, regulates the possibility of termination or revision of the contract in case of an excessive burden on one of the parties caused by a supervenient imbalance between the performances of the parties of the contract. It adopts the theory of unforeseeability for all types of contracts and requires, indiscriminately, the extraordinary origin of the fact that generated the imbalance.

A different framework is observed in the Brazilian Consumer Protection Code, which adopts the German theory of the objective basis, created by Karl

⁸⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Translation Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 330.

⁸⁹ “Prohibits an unequal regulation of equal facts; equal cases must find the same rule. The question is, what facts are the same and, therefore, should they not be regulated unequally” (Free translation).

Larenz. It allows for a revision/extinction of the contract based solely on the supervening imbalance between the parties' obligations. The Brazilian Consumer Protection Code, however, applies only to contracts specifically concluded in the area of consumer law, typically standard contracts.

Therefore, the Consumer Protection Code is not applicable to civil standard contracts, but article 478 of the Brazilian Civil Code. The application of this provision produces unfair effects, since the formation of civil standard contracts presupposes an imbalance between the contractors, compared with the other contracts, in which equality between the parties is assumed. This situation demonstrates the existence of an axiological gap in the application of article 478 of the Brazilian Civil Code.

Following the criteria for integrating gaps established in the articles 4 and 5 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Legal Order, it has been demonstrated in this research that analogy and usages are not adequate ways to solve the problem about the article 478 of the Brazilian Civil Code. The solution lies on general principles of law. In this line, the principle of equality can be used efficiently, as it prescribes unequal treatment to the unequal.

In this context, based on the principle of equality, it is salutary to apply the theory of the objective basis for the revision of the civil standard contracts, allowing the revision/extinction by the simple supervenient imbalance between the obligations of the parties, without the need to prove the extraordinariness of the situation that caused the imbalance.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- AUER, Marietta. Good faith: semiotic approach. *Revista Argumentum*. São Paulo, v. 18, n. 1, 181-206, Jan.-Abr./2017.
- BRUDERMÜLLER, Gerd et al. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. 76 neubearbeitete auflage. München: C.H.Beck, 2017.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Translation A. Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Translation J. Baptista Machado. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Updated by Humberto Theodoro Júnior. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 3, 2012.

KÖTZ, Hein. *Vertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Translation Carlos Fernandez Rodrigues. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Translation Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Translation José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 29 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: fontes das obrigações*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.3.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Translation Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Translation Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Translation Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Metodologia jurídica*. Translation Hebe A. M. Caletti Marenco. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHAPP, Jan. *Introdução ao direito civil (Einführung in das Bürgerliche Recht)*. Translation Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

WESTERMANN, Harm Peter et al. *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*. 15 neubearbeitete auflage. Köln: Otoschidt, 2017.

WOLF, Manfred. Vertragsfreiheit u. Vertragsrechts im Lichte der AGB-Rechtsprechung des BGH. In: CANARIS-Claus-Wilhelm et al. *50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der wissenschaft*. München: Verlag C.H. Beck Munchen, Band I, 2000. p. 127.

THE TREATMENT OF HEARSAY IN THE CONVENTIONAL FIELD. THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

O TRATAMENTO DE BOATOS NO CAMPO CONVENCIONAL. O PAPEL DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Dimitris Liakopoulos

Professor of International Law, European Union law and Criminal and Procedural Law in various Universities in US and Europe. Attorney at Law a New York and Bruxelles.
ORCID ID: 0000-0002-1048-6468. E-mail: prof.d.liakopoulos92@gmail.com.

Submetido em: 05/12/2018

Aprovado em: 29//04/2019

Abstract:The judges in Strasbourg claim to reason. Our scope will now try to illustrate their position in relation to the two different areas. First, the probative limits that, in some national contexts, seem to be aimed primarily at making the search for truth in the process more efficient; after that, the attention will be shifted to the rules of proof placed to protect the interests of the endoprocessual or extraprocessual other than the ascertainment of the facts.

Keywords: Hearsay evidence; Bad character; Opinion evidence; ECtHR; ECHR.

Resumo: *Os juízes em Estrasburgo alegam raciocinar. Nosso escopo agora tentará ilustrar sua posição em relação às duas áreas diferentes. Primeiro, os limites probatórios que, em alguns contextos nacionais, parecem ter como objetivo principal tornar a busca pela verdade no processo mais eficiente; depois disso, a atenção será desviada para as regras de prova colocadas para proteger os interesses do endoprocessual ou extra-processual que não sejam a apuração dos fatos.*

Palavras-chave: *Evidência de boato; Mau caráter; Evidência de opinião; TJAR; ECHR.*

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The hearsay rule according to the European Court of Human Rights. 3. (Follows) From *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* to *Schatschaschwili v. Germany* and *Boyets v. Ukraine*. 4. (Follows) Bad character and opinion evidence. Conclusion. References.

1 INTRODUCTION

Outlining the salient features of the “conventional probation system”, attention is focused on the circumstances in which the Strasbourg judges limit the use of evidence acquired in violation of consecrated rights in the European Convention on Human Rights (ECHR), as well as on the instruments used to carry out this delicate task (ERGEÇ, VELU, 2014, p. 1972ss; HARRIS, O’BOYLE, BATES, BUCKLEY, 2014; RAINEY, W. WICKS, C. OVEY, 2014). The comparison with the corresponding national cases is then aimed at the discovery of similarities and differences between the two levels of protection, as well as a better understanding of the way of reasoning of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the ratio underlying its guidelines (LIAKOPOULOS, 2018).

According to the English common law, the non-observance of the evidentiary discipline is cause of the exclusion of the acquired elements, only if it has compromised the reliability, or it is resolved in a violent, intimidating or deceptive behavior of the investigators, finalized to obtain the self-incrimination the suspect. Following the release of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (KEANE, MACKEOWN, 2016, p. 312ss. DOAK, MCGOURLAY, THOMAS, 2018.), the boundaries of exclusionary discretion seem to have expanded. According to par. 1 of the aforementioned section 78:

[...] in any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it [...]

The difference with the rule, forged within the common law, seems quite evident: in the meantime, there is no limitation regarding the reliability of the proof, or the protection of the right of the accused to avoid self-incrimination; secondly, the circumstances in which the proof was acquired are expressly referred to among the indices on which the fairness judgment of the judge must be based. Beyond the textual data, the limits of this last power of judicial exclusion, as well as its relations with the one already previously foreseen in the common law, are still the subject of lively debate, more than thirty years after its creation. Among all, the “reliability principle” (CHOO, 2013, p. 80-84) still continues to enjoy a decisive weight: although, in fact, section 78 (AA.VV., 2012, p. 146ss) seems at least to suggest a greater sensitivity towards the transgression of the rules governing the evidential acquisition, the relevance and reliability of the evidence is frequently the decisive factors. So, it seems difficult that an overwhelming real

test, found during an illegitimate search, is excluded, except that the violation of the law has raised doubts about the genuineness of the find: think, for example, a research activity carried out in the absence of witnesses, contrary to what is required by section 6.11 Code of Practice B334 (THAMAN, 2013). The power of exclusionary discretion referred to in section 78 (AA.VV., 2012) also applies outside the hypothesis of non-observance of the evidentiary discipline, for example, to exclude those evidence of hearsay and bad character, which, according to the Criminal Justice Act 2003, are to be considered fully admissible; just as the violation of the legislative provisions is not alone considered sufficient to make unfair the use of the evidence obtained, symmetrically, their full respect may therefore not be sufficient to guarantee fairness: an admissible test, acquired through the rules established by the legislator, could in a specific case, however, be detrimental to the processual equity. The flexible English mechanism of the exclusionary discretion, as usual, offers however a further opportunity: nothing prevents the judge from taking „the view, for example, that a deliberate use of violence in order to coerce the accused into revealing the location of a weapon or of prohibited goods had such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the evidence of the finding of the weapon or goods should not be admitted“ (THAMAN, 2013); in such a case, the latter may undoubtedly make use of its power as set out in Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act and exclude the evidence, although this evidence always remains perfectly admissible.

Meanwhile, it is always and only a controller, who supervises the work of other judges and never directly decides on the merits of the prosecution, limiting itself to check whether the procedural path followed to reach the decision was in accordance with the conventional dictates (GOSS, 2014, p. 42-58; TRECHSEL, 2005, p. 82ss; RAINEY, WICKS, OVEY, 2017)¹.

The tools used to carry out this work are drawn exclusively from the essential indications provided by the ECHR: the characteristics of the national regulations,

¹ ECtHR, Sakit Zahidov v. Azerbaijan of 12 November 2015, par. 47: “(...) it is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle (...) whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole (...) were fair”; Alchagin v. Russia of 17 January 2012, par. 63; Jalloh v. Germany of 11 July 2006, par. 95; Allan v. The United Kingdom of 5 November 2002, par. 42; Nişulescu v. Romania of 22 September 2015, par. 43, which is stated that: “(...) the Court reiterates that its duty, pursuant to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court, unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (...)”; In the same spirit see also: Grande Stevens v. Italy of 4 March 2014, par. 158; Khan v. The United Kingdom of 12 May 2000, par. 34; Karpenko v. Russia of 13 March 2012, par. 80, which is stated that: “(...) as to the remaining complaints raised by the applicant in his original application, the Court notes that it is not its task to act as a court of appeal or, as is sometimes stated, as a court of fourth instance, in respect of the decisions taken by domestic courts (...)”.

as well as their compliance by the internal authorities, are often considered to be scarcely relevant factors for the solution of the case (POWELS, 2009, p. 312ss)².

Paradoxically, while constituting a superordinate judge and “without rules”-aspects that, in themselves, seem to entrust a conspicuous freedom of action, the ECtHR tends to seek compromise solutions, far more than it is brought to make a national judicial authority; The purpose of the ECHR is certainly not to resolve the differences existing between the member States of the Council of Europe, of course, provided that these do not prove to be an obstacle to the protection of the rights enshrined therein³. As regards the probative material, then-and, even more so, the rules of exclusion-the situation is even more complex (COSTA, 2017), because-each national system (OUWERKERK, 2015, p. 11) tries to contain the number of information sacrificed along the path leading to the reconstruction of the facts. In order to carry out this delicate role of supranational control in the field of evidence, the ECtHR seems to move against the background of a series of general premises, which open, in a more or less similar way, every arrest on the subject. The latter attempts to place a clear limit on its ability to interfere: it is, in fact, frequently stated that “the admissibility of evidence is a matter for regulation by the national law and the national courts” and that “the Court’s only concern is to examine whether the proceedings have been conducted fairly” (SETTEM, 2015; REDMAYNE, 2012, p. 866ss; DE LONDRAS, DZEHTSIAROU, 2018)⁴.

This interpretation, as we know, is based on a purely literal interpretation of the ECHR text, which, while guaranteeing, art. 6, “*le droit à un procès équitable*” (DE LONDRAS, DZEHTSIAROU, 2018), in effect, does not give any explicit indication regarding the question of the admissibility of the evidence⁵.

On the basis of this assumption, the ECtHR therefore comes to argue that it is not entitled to interfere with the regulatory choices regarding the probable

² ECtHR, Toran and Schymik v. Romania of 15 April 2015, par. 51: “(...) the Court’s task is not to determine whether certain items of evidence were obtained unlawfully, but rather to examine whether such “unlawfulness” resulted in the infringement of another right protected by the Convention (...)”. in the same spirit: nello stesso senso, Ramanauskas v. Lituania of 5 February 2008, par. 52. POWELS, 2009, p. 312ss.

³ ECtHR, Schatschaschwili v. Germany of 15 December 2015, par. 109.

⁴ ECtHR, Kostecki v. Poland of 4. July 2013, par. 59; Vigden v. Netherlands of 10 July 2012, par. 38; Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom of 15 December 2011, par. 18.

⁵ ECtHR, Tseber v. Republic Czech of 22 November 2012, par. 42: “la Cour rappelle d’emblée qu’il ne lui appartient pas d’agir comme juge de quatrième instance, d’apprécier la légalité des preuves au regard du droit interne des Etats parties à la Convention et de se prononcer sur la culpabilité des requérants. En effet, si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l’admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui relève au premier chef du droit interne (...)”.

types of evidence, nor to be able to review the decision of a judicial authority to acquire a specific proof, even if it is of “evidence obtained unlawfully in terms of domestic law” (BELING, 2016, p. 67ss)⁶.

The only probative limit, for judges and legislators, imposed by the conventional fabric, is precisely the respect of the right-first of the accused-the carrying out of a “fair trial” (HOYANO, 2014, p. 28ss)⁷. In the view of the Bavarian judges, “equitable” must also be the way in which the evidence is collected, formed and finally used; so that, although the ECHR refrains from authorizing the acceding States to create a particular regulatory framework for exclusion rules, in the individual case, the acquisition of a given test could in any case appear to be materially detrimental to the legal process (LIAKOPOULOS, 2018).

In addition to proclaiming its lack of interest in the abstract question of admissible evidence, the ECtHR also constantly reminds that the judgment on fairness of the procedure will be carried out “as a whole” (POLAKIEWICZ, 2010, p. 12ss; TIMMERMANS, 2013, p. 225ss), i.e taking into account the conduct of the judgment in all its aspects. Therefore, a single factor-albeit potentially contrary to fairness-might not be conclusive for the purposes of the judgment on the overall compliance of the procedure with art. 6 of the ECHR (MCDERMOTT, GOSS, 2015; DAHLBERG, 2014, p. 86ss; SIDHU, 2017), because other elements of the specific case may have compensated for its effects. As a general rule, there should therefore be no indispensable conditions, the failure to implement automatically leads to a violation of the right to a fair trial (VIERING, 2006, p. 579ss. LIAKOPOULOS, 2007)⁸.

These are two pillars that govern every decision of the ECtHR in probation matters; essentially, on the one hand, the abandonment of the dichotomy-purely national-between admissible and inadmissible evidence in favor of the more flexible fair or unfair trial and, on the other, of the adoption of a type of judgment avulsed -at least in principle-from abstract evaluations.

⁶ ECtHR, Jannatov v. Azerbaijan of 31 July 2014, par. 68; Gäfgen v. Germany of 1st June 2010, par. 163; Panovits v. Cyprus of 11 December 2008, par. 81.

⁷ Noted that: “(...) the right to a fair trial is also an inconvenient right (...) so too is the enumerated right to confrontation set out in the Sixth Amendment. Enforcing these rights will sometimes result in the exclusion of hearsay statements where a defendant was not afforded an opportunity to challenge the evidence (...)”.

⁸ ECtHR, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom of 15 December 2011, par. 144: “(...) traditionally, when examining complaints under Article 6, par. 1, the Court has carried out its examination of the overall fairness of the proceedings by having regard to such factors as the way in which statutory safeguards have been applied, the extent to which procedural opportunities were afforded to the defence to counter handicaps that it laboured under and the manner in which the proceedings as a whole have been conducted by the trial judge (...)”.

However, a certain affinity between the thinking of the European judges and the current conformation of the English mechanism of probationary exclusion seems to be undeniable, in which an overwhelming majority of evidence, de facto admissible, serves to counter the power and duty of the judge to exclude them, if in the specific case, their admission involves “an adverse effect on the fairness of the proceedings” (section 78 Police and Criminal Evidence Act 1984) (ZANDER, 2013)⁹.

In truth, the “minimum” system obtainable from the aforementioned premises of the ECtHR seems even simpler: it does not provide for any exclusionary rule (LIAKOPOULOS, 2016) and the keeping of the right of the tests revolves around the judicial power to exclude the evidence injurious to the trial; in hypothesis, a code of criminal procedure would seem to be fully compliant with these Strassione dictates which-far from foreseeing complex networks of general and special probative prohibitions-rely entirely on the exclusionary discretion of the Anglo-Saxon matrix (THAMAN (ed.), 2013, p. 412ss. OHLIN, 2013, p. 62ss), setting a single rule in all similar to the section 78 Police and Criminal Evidence Act 1984. This resemblance must not however be mistaken for a position in favor of the probative discipline of common law (FALLON, 2011, p. 6ss. MADDEN, 2012, p. 411ss. PARUCH, 2018, p. 106ss)¹⁰. Simply, the European judges-to appear as less invasive as possible than the choices of the single national legal systems-needed to prepare a theoretical basis for their decisions which, in the

⁹ See some leading cases: *Howarth v. Metropolitan Police Commissioner* (2011) All ER (D) 60 (2011) EWHC 2818 (QB); *Castornia v. Chief Constable of Surrey* (1988), unreported; *R v. Walsh* (1989) 91 Cr App Rep 161, (1989); *R v. Chief Constable of Yorkshire Police, ex.p. Marper* (2004) UKHL 39; *S v. United Kingdom* (2009); *Marper v. United Kingdom* (2009) 48 EHRR 50; *Richardson v. Chief Constable of West Midlands* (2011) EWHC 773 (QB).

¹⁰ See in particular: The Supreme Court declared in case *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970), that: “(...) we have more than once found a violation of confrontation values even though the statements in issue were admitted under an arguably recognized hearsay exception. The converse is equally true: merely because evidence is admitted in violation of a long-established hearsay rule does not lead to the automatic conclusion that confrontation rights have been denied (...)”. In the same orientation in case: *Ohio v. Roberts* 448 U.S. 56 (1980) and *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004) (No. 02-9410), 2003 WL 21939940. Justice Scalia opined that: “(...) the confrontation right applies to witnesses, which he defined as “those who “bear testimony” (...) testimony as a solemn declaration or affirmation made for the purpose of establishing or proving some fact (...) he refused to comprehensively define which statements would trigger constitutional protections, he acknowledged that various formulations of this core class of testimonial’ statements exist, including out-of-court statements made under circumstances which would lead an objective witness reasonably to believe that the statement would be available for use at a later trial (...)”. In *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344 (2011). The Court explained that: “(...) determining the primary purpose of an interrogation and whether an emergency exists is a fact-dependent inquiry that depends on a variety of factors including: the type and scope of danger to the police, victim, and public at large; the type of weapon involved; the victim’s medical condition; and the statements and actions of all of the individuals involved (...)”. As we can see in the case: *Ohio v. Clark*, 135 S. Ct. 2173 (2015).

first place, did not clash with the traditionally poorer systems of prohibitions, such as the French one, but which, however, allowed it to condemn, in the cases submitted to it, probative admissions detrimental to the rights sanctioned by the ECHR (HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, 2014, p. 372ss). The order that, more than others, combines these characteristics is undoubtedly the English one; obviously, however, nothing prevents the member states from adopting different solutions, provided they are able to satisfy the conventional indications.

2 THE HEARSAY RULE ACCORDING TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The question of the usability of the declarative evidence unilaterally formed outside the trial was among the most debated in the criminal procedure, so much so that it was traditionally considered one of the main elements that marks the gap between the systems of accusatory and those of an inquisitorial matrix. Execution in court of witnesses-with or without cross examination, but in any case with the participatory presence of the defendant or his defender-is in any case a guarantee whose value is somehow recognized within each of the four legal systems examined here.

It has also been said, however, that, on the other hand, the use of "preformed" declarations (DE LONDRAS, DZEHTSIAROU, 2018), in the absence of the private part, is by no means a rare eventuality; on the contrary, indirect witnesses, documents and minutes of investigative acts increasingly convey this type of proof in judgment, even in those systems that were once typically oriented in the opposite direction. The most restrictive system seemed, in some ways, the Italian one, although the prohibition of acquisition focuses mainly on the statements made to the investigators.

The picture is rather multi-faceted, but overall, a clear tendency has emerged to incorporate the declarative evidence independently of the training context, then entrusting the judge with the task of weighing up any fragility. If this is the current situation, the indications coming from the ECHR could then appear decidedly anachronistic: art. 6, par. 3, "d" (SEIBERT-FOHR, VILLIGER, 2017; GRABENWARTER, 2014), in its first part, establishes, in fact, unequivocally, that each accused has the right to "question or have the witnesses questioned", without expressly providing any kind of exception (MARCHADIER, 2014, p. 679-694; TEITGEN, 2013).

Therefore the problems that would cause the textual implementation of the aforementioned letter should therefore appear quite evident. d: although the

ECtHR systematically goes on to state that the ECHR is silent on the admissibility of the evidence, it seems undeniable that the strict observance of this provision would require the exclusion of statements made by individuals with whom the defense has never been able to compare. Many court systems would thus enter into crisis, without counting the automatic-and therefore unreasonable-sacrifice of the various interests, further than the defendant's defensive ones, which emerge during a criminal proceeding (JACKSON, SUMMERS, 2012, p. 335ss)¹¹.

The ECtHR certainly could not access such a solution. To understand the reason, just remember the background that led to the revocation of the sentence *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*. The English Supreme Court- in the face of a conviction suffered by the Court of Strasbourg, in relation to the acquisition of some hearsay evidence- came to claim that the European courts acted "without full consideration of the safeguards against an unfair trial that exist under the common law procedure" (ROBERTS, HUNTER, 2012. JAIN, 2015, p. 488ss. ESTRADA-TANCK, 2016)¹² and, on the basis of this premise, claimed to be able to proceed with the application of its internal law (the aforementioned

¹¹ Which the author states that: "(...) a mandatory rule requiring that the defence be afforded the opportunity to challenge, in person, all witness whose evidence is produced by the prosecution, irrespective of its importance, would be to extreme (...)".

¹² In the same spirit and orientation see: ICTY, Prosecutor v. Kordić and Čerkez, IT-95-14/2-A, AC, Decision on Appeal Regarding Statement of a Deceased Witness, 21 July 2000, para 24 ha affermato che: "(...) the reliability of a hearsay statement is relevant to its admissibility, and not just to its weight (...)": the Chambers Appeal has affirmed in case: Prosecutor v. Aleksovski, IT-95-14/1-AR.73, AC, Decision on Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence, 16 February 1999, para 15349, that: "(...) the principle of fairness, expressed by the ECtHR and adopted by the Tribunal, (stating) that a conviction may not be based solely or in a decisive manner on the deposition of an individual whom the accused has had no opportunity to examine is not equivalent to the restriction that the material related to the acts and conduct of the accused is inadmissible except through "live" testimony is both wider and narrower in scope. On the one hand, "acts of conduct" of the accused have been interpreted extensively in the jurisprudence of the Tribunal. The scope of the principle expressed above, however, appears to cover more than just this material: it clearly applies to any "critical element" of the Prosecution case, that is, to any fact which is indispensable for a conviction (including those used as an aggravating circumstance in sentencing). These are, in fact, the findings that a trier of fact has to reach beyond reasonable doubt. It would run counter to the principles of fairness discussed above to allow a conviction based on evidence of this kind without sufficient corroboration (...) the scope of the Rule that sufficient corroboration is necessary has to be expanded to cover evidence beyond that relating to the acts and conduct of the accused *stricto sensu* (...)". In case Prosecutor v. Tadić, case No. IT-94-I-T. Decision on defence motion on hearsay of 5 August 1996, par. 8 was affirmed that: "(...) there is no prohibition on the admission of hearsay evidence. Under our Rules, specifically sub-Rule 89 (c) out of Court statements that are relevant and found to have probative value are admissible (...) in common law systems, evidence that has probative value is generally defined as evidence that tends to prove an issue (...) relevancy is often said to enquire implicitly some component of probative value (...) it appears that relevant evidence tending to prove an issue must have some component of reliability (...) in deciding or not hearsay evidence that has been objected to will be excluded the trial chamber will determine whether the proffered evidence is relevant and has probative value, focusing on its reliability (...)".

Criminal Justice Act 2003), without taking into account the rules established in Strasbourg (EMMERSON, ASHWORTH, MACDONALD, CHOO, SUMMERS, 2012, p. 606-608; JACKSON, SUMMERS, 2012; REDMAYNE, 2012, p. 283-284; SPENCER, 2014, p. 44ss; VOGLER, 2014, p. 181ss)¹³. The European judges immediately understood the gravity of this precedent, which risked putting the seal of the conventional system at serious risk, and therefore decided to listen to the opinions of the English Channel.

It seems difficult to imagine that ECtHR would have succeeded in promoting a rigid application of the letter “d” (LIAKOPOULOS, 2018), and once this awareness has been acquired, one can easily understand the rationale of the laborious exegetical work carried out on it, aimed at mitigating the otherwise severely contained content. In order to achieve this, the center of gravity of the issue has been sharply shifted from the admissibility of evidence to that of its assessment, although, as we shall see shortly, -at least until recently-the possibility that the mere admission of such proof provoked the iniquity of the procedure had not been completely abandoned.

The first step consisted in the manipulation of the conventional text: the faculty to question or have the witnesses questioned was downgraded by the absolute right of the accused-as appears in par. 3 of art. 6 ECHR-a “specific aspect of the right to a fair hearing set forth in paragraph 1” (CLAPHAM, 2016, p. 222ss)¹⁴, of which we simply take into account-like other profiles-in a broader judgment on the overall fairness of the procedure (TRECHSEL, 2005)¹⁵.

This defensive prerogative has thus become a balanced guarantee, prey

¹³ Its refers to: R. v. Horncastle (2009) UKSC 14, which is stated that: “(...) in these circumstances I have decided that it would not be right for this court to hold that the sole or decisive test should have been applied rather than the provisions of the 2003 Act, interpreted in accordance with their natural meaning. I believe that those provisions strike the right balance between the imperative that a trial must be fair and the interests of victims in particular and society in general that a criminal should not be immune from conviction where a witness, who has given critical evidence in a statement that can be shown to be reliable, dies or cannot be called to give evidence for some other reason. In so concluding I have taken careful account of the Strasbourg jurisprudence. I hope that in due course the Strasbourg Court may also take account of the reasons that have led me not to apply the sole or decisive test in this case (...)”.

¹⁴ ECtHR, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom of 15 December 2011; Seton v. The United Kingdom of 31 March 2016.

¹⁵ ECtHR, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom of 15 December 2011, par. 118: “(...) the Court notes that the guarantees in paragraph 3 (d) of Article 6 are specific aspects of the right to a fair hearing set forth in paragraph 1 of this provision which must be taken into account in any assessment of the fairness of proceedings. In addition, the Court’s primary concern under Article 6 par. 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings (...)”. According to Trechsel which the author confirmed that: “(...) regrettably, the Court has held in a number of cases that although some of the minimum guarantees had not been complied with, an evaluation of the proceedings as a whole revealed that the trial had nevertheless been fair (...)”.

to the already cited method of global evaluation: in evaluating the “as a whole” procedure, the ECtHR has in fact the opportunity to take into consideration also interests further than those of the accused such as for example, the repression of crimes, or the protection of witnesses (EDWARDS, 2012, p. 29ss)¹⁶.

In other words, the classical rule, often declaimed, according to which the accused must be offered: “*une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d’en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur*”¹⁷ is not at all mandatory: if needs such as those mentioned above emerge, hearsay evidence can be used as evidence (HARRIS, O’BOYLE, WARBRICK, p. 483ss, CLAYTON, 2010, p. 186ss)¹⁸. However, the European courts have always tried to set some limits to this possibility of use, tracing a threshold, beyond which—regardless of the additional interest at stake—the right of defense would be limited in a manner incompatible with the dictates of article 6 ECHR (TRECHSEL, 2005, p. 312-317; SCHABAS, 2015, p. 1755ss; SPENCER, 2009)¹⁹. For some time, this limit consisted in the impossibility of using the statements made in a context without comparison as a single or decisive element for the sentence (JACKSON, SUMMERS, 2012, p. 339ss)²⁰.

Starting from the aforementioned sentence of the Grand Chamber of 2011, however, this safeguard has been remodeled: the judge can now base his decision on the established evidence, but must have been prepared “sufficient

¹⁶ ECtHR, *Schatschaschwili v. Germany* of 15 December 2015, par. 101: “(...) Court’s primary concern under Article 6 par. 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings (...) will look at the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, having regard to the rights of the defence but also to the interest of the public and the victims in seeing crime properly prosecuted (...) and, where necessary, to the rights of witnesses (...)”. In the same orientation in the case: *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* of 15 December 2011, par. 118: “(...) the Court will look at the proceedings as a whole having regard to the rights of the defence but also to the interests of the public and the victims that crime is properly prosecuted (...)”.

¹⁷ The phrase was used in the case: *Blokhin v. Russia* of 14 November 2013, par. 161.

¹⁸ Harris and others noticed that: “with regard to trial proceedings neither the accused’s right to cross-examine witness against him in court nor his right to call defence witnesses is absolute or unlimited (...)”.

¹⁹ ECtHR, *Gani v. Spain* of 19 February 2013, which is stated that: “(...) all evidence must normally be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument. However, the use in evidence of statements obtained at the stage of the police inquiry and the judicial investigation is not in itself inconsistent with Article 6 par. 1 and 3 (d), provided that the rights of the defence have been respected (...)”. In the same spirit see: *Vronchenko v. Estonia* of 8 June 2013, par. 55.

²⁰ ECtHR, *Lucà v. Italy* of 27 February 2001, par. 40: “(...) where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 (...)”.

counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards, which permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place” (DENNIS, 2012, p. 376-378; HARRIS, O’BOYLE, WARBRICK, 2014, p. 488ss; SPENCER, 2014, p. 60-62)²¹.

In addition, of course, for the defendant’s right to contest the admitted admission test²², they perform this function, for example, the presence of feedback²³, adequate direction to the jury²⁴, an analytical motivation²⁵, the simultaneous acquisition of the videocontraction of the interview²⁶, or the fact that the statements in question have been made before a judge (BOIS-PEDAIN, 2012; LIAKOPOULOS, 2016)²⁷, or that, in any case, in the context of their assumption, the defense has been able to interact-perhaps even indirectly-with the registrant²⁸. Sometimes, here, one wonders whether the investigating authorities-aware of the subsequent impossibility of hearing the declarant-

²¹ ECtHR, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom of 15 December 2011, par. 161.

²² ECtHR, Horncastle and others v. The United Kingdom of 16 December 2014, par. 142; Sică v. Romania of 9 July 2013, par. 71; Damir Sibgatullin v. Russia of 24 April 2012, par. 57; Asatryan v. Armenia of 27 April 2017.

²³ ECtHR, Sică c. Romania of 9 July 2013, par. 76; Hümmer v. Germany of 19 June 2012, par. 49-50; Pesukic v. Switzerland of 6 December 2012, par. 48.

²⁴ ECtHR, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom of 15 December 2011, par. 157.

²⁵ ECtHR, Bobeş v. Romania of 9 July 2013, par. 46: “la Cour constate que les juridictions internes ont accordé aux dépositions de G.V. le même poids qu’à une déclaration faite devant un tribunal sans s’y référer au risque qu’il y avait à se fier à un témoignage livré par une personne n’ayant pas été contre-interrogée (...)”. In the same spirit see also the case: Nikolitsas v. Greece of 3 July 2014, par. 37 and Văduva v. Romania of 25 February 2014, par. 48.

²⁶ ECtHR, Schatschaschwili v. Germany of 15 December 2015, par. 127, which is stated that: “(...) an additional safeguard in that context may be to show, at the trial hearing, a video recording of the absent witness’s questioning at the investigation stage in order to allow the court, prosecution and defence to observe the witness’s demeanour under questioning and to form their own impression of his or her reliability (...)”. In the case: Blokhin v. Russia of 14 November 2013, par. 173 it’s affirmed that: “(...) les déclarations formulées par les témoins devant les autorités d’enquête n’ayant pas fait l’objet d’un enregistrement vidéo, ni le requérant ni ses juges n’ont pu observer le comportement des témoins pendant leur interrogatoire et se faire une opinion quant à leur fiabilité (...)”.

²⁷ ECtHR, Tseber v. Republic Czech of 22 November 2012, par. 61-62: “(...) where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 par. 1. At the same time, where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance to the case (...)”.

²⁸ ECtHR, Scholer v. Germany of 18 December 2014, par. 60; Şandru v. Romania of 15 October 2013, par. 67; Vronchenko v. Estonia of 18 July 2013, par. 65.

could have arranged a confrontation between witness and defense during the investigations (HEFERNAN, 2016, p. 104ss)²⁹.

Next to this new and more permissive limit of use, however, the arrest itself *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* had forged a preliminary eligibility limit. In fact, it was read in the judgment that “as a general rule, witnesses should give evidence during the trial and all reasonable efforts will be guaranteed to enquire if that absence is justified” (PRADEL, VARINARD, 2013); otherwise, “when no good reason has been shown for the failure to have the witness examined”³⁰, the ECtHR also feared the possibility of a direct infringement of the procedural fairness.

In practice, in order to be able to enjoy the favorable regime of use illustrated above-which ultimately allows a judgment to be based on the statements of a subject who, for various reasons, has never been brought before the defense-the judge the national team must have carried out every reasonable effort to allow the registrant’s examination to take place during the trial. Only if this had not been possible could the previous declarations be taken in place of the testimony.

The subsequent jurisprudence seemed to have received rather compactly the indications coming from the Grand Chamber³¹: if the reasons for the failure

²⁹ ECtHR, *Schatschaschwili v. Germany* of 15 December 2015, par. 157, which is stated that: “(...) in such circumstances, it is vital for the determination of the fairness of the trial as a whole to ascertain whether the authorities, at the time of the witness hearing at the investigation stage, proceeded on the assumption that the witness would not be heard at the trial. Where the investigating authorities took the reasonable view that the witness concerned would not be examined at the hearing of the trial court, it is essential for the defence to have been given an opportunity to put questions to the witness at the investigation stage (...)”. in the same orientation see: *Vronchenko v. Estonia* of 18 July 2013, par. 61. However, it can be noted that this profile does not have much to do with the compensating guarantees of the acquisition of a declaratory test formed in a context devoid of the defensive participation. The failure to carry out an adversarial procedure in the investigative phase should rather be seen as a direct failure to comply with the primary duty of the Member States-which European jurisprudence constantly cites but then often neglects-to offer the accused the opportunity to confront the accuser. Hefernan, commented that: “(...) the sole or decisive evidence rule and the sufficient counterbalancing factors test lead us into the complex and potentially fraught terrain of the significance of the contested evidence: its relationship with the other items of evidence and its strategic importance in the prosecutorial arsenal (...) the ECtHR’s resurgence of rules allowing corroborating evidence to determine the admissibility of hearsay “bucks a general trend away from identifying and evaluating the strength of independent supportive evidence (...) in practice they will operate as “flip-sides of the same coin” (...) the greater degree of decisiveness of the evidence, the less likely that corroborating evidence will be present; on the other hand, the stronger the corroboration, the less likely it will be that the initial evidence is decisive (...) ECtHR’s confrontation right remains in a state of considerable uncertainty and predicts “continued critical reflection on the disputed wisdom of the ECtHR’s doctrinal compromise embodied in its recent jurisprudence (...) it invites renewed focus on our contemporary understanding of fairness in systems of criminal justice and the role of the ECtHR in ensuring its protection (...)”.

³⁰ ECtHR, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom* of 15 December 2011.

³¹ ECtHR, *Efendiyev v. Azerbaijan* of 18 December 2014, par. 47: “(...) therefore, taking into consideration that no good reason has been shown for the failure to have R.M. examined, the Court finds that the

to testify were not sufficiently robust, the Strasbourg judges were inclined to declare the iniquity of the procedure, often without proceeding to subsequent checks on the weight attributed to the declarative test acquired and the presence of the aforementioned countervailing guarantees³². The indication in principle was indeed that “when the admission of a witness statement into a trial of the last resort” (COSTA, 2017, PRADEL, VARINARD, 2013)³³. Thus, for example, in case of unavailability of the witness, the ECtHR checked whether the national judicial authorities had done “*tout ce que la on pouvait raisonnablement attendre d’elles pour localiser le témoin concerné et si elles n’ont pas manqué des diligence dans leurs tentatives d’assurer sa présence à la barre*”³⁴.

In the case of anonymous witnesses³⁵, who had not been heard in court to keep their identity hidden, there was a real need for such caution³⁶; similar

applicant’s defence rights were limited to an extent incompatible with the guarantees of a fair trial (...); *Nikolitsas v. Greece* of 3 July 2014, par. 35: “(...) or, de l’avis de la Cour, le seul fait que ces témoins résidaient à l’étranger ne saurait en soi constituer une impossibilité absolue de recueillir leurs témoignages en présence de la défense. Par conséquent, aucun “motif sérieux” n’est invoqué pour justifier ce manquement aux droits de la défense. Conformément à la jurisprudence de la Cour, cet élément suffit, à lui seul, pour constater la violation de l’article 6 parr. 1 et 3 d) de la Convention (...)”; *Rudnichenko v. Ukraine* of 11 June 2013, par. 109: “(...) the foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there were no reasons, let alone good reasons, for the restriction of the applicant’s right to obtain the examination of the witness whose testimony had been used for his conviction. In these circumstances, the Court does not consider it necessary to proceed with the second part of the test as to whether the applicant’s conviction was based solely or to a decisive degree on B’s depositions (...)”. See also: *Colac v. Romania* of 10 February 2010, par. 50; *Gabrielyan v. Armenia* of 10 April 2012, parr. 84-86. However, there have been cases in which, while noting the absence of a good reason for the lack of enforcement of the witness in court and for the simultaneous acquisition of its previous statements, the Court has nevertheless wanted to proceed with the examination of the case in order to verify the overall equity. In this sense see: *Balta e Demir v. Turkey* of 23 June 2015; *Văduva v. Romania* of 25 February 2014; *Șandru and others v. Romania* of 15 October 2013.

³² ECtHR, *Lučić v. Croatia* of 27 February 2014, par. 73.

³³ ECtHR, *Tseber v. Republic Czech* of 22 November 2012, par. 48.

³⁴ ECtHR, *Scholer v. Germany* of 18 December 2014, parr. 52-57; *Pesukic v. Switzerland* of 6 December 2012, parr. 46-47.

³⁵ In case *Kok v. Netherlands* of 4 July 2000 the ECtHR found that the admission of the declarant’s unchallenged hearsay statements did not violate the ECHR because there was “considerable alternative evidence” of defendant’s guilt. Likewise, in *Verdam v. Netherlands* of 31 December 1999 the ECtHR found that the admission of the hearsay statements of sexual assault victims did not violate the defendant’s right to a fair trial because the details in the hearsay statements were corroborated by other evidence. Additionally, in *Ferrantelli v. Italy* of 7 August 1996 the ECtHR found that the ECHR was not violated despite “the impossibility of examining or having examined before his death (...) the prosecution’s witness,” because the appellate court “carried out a detailed analysis of the prosecution witness’s statements and found them to be corroborated by a series of other items of evidence (...)”. For details see: B. DE WILDE, A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases, in *The International Journal Evidence & Proof*, 17 (2), 2013, p. 157ss: “(...) if the defense could not examine a witness whose statement was the sole or decisive evidence of the charges, the ECtHR consistently found there to have been a breach of the right to examine witnesses (...)”.

³⁶ ECtHR, *Vronchenko v. Estonia* of 18 July 2013, par. 56; *Gani v. Spain* of 19 February 2013, par. 47.

checks were also carried out in cases where the trial deposition had not taken place to protect victims of sexual offenses³⁷, or because the registrants appeared for various intimidated cases³⁸. If, on the other hand, the witness was unable to appear in court for infirmity or for the remoteness of the judicial seat, one wondered about the possible course of deposition using alternative methods, for example, by videoconference, or in a different place from the courtroom³⁹. In the *Moumen v. Italy* case of June 23, 2016 the ECtHR has recognized the violation of the right to the tests and the lack of texts that have declared their absence. According to the Court “(...) the unilateral declarations constituted, in fact, if anything, a mere comparison with the deposition of the victim, already heard during the probationary incident, the analysis of the trial also revealed the presence of sufficient counterbalancing factors, to compensate for defensive difficulties”.

In the *Cevat Soysal judgment v. Turkey* of 23 September 2014 the ECtHR has recognized violation of counter-examination, parity of weapons discovery of the indictments and the relevance of superfluous evidence. In the *Mavric v. Slovenia* of 15 May 2014 the ECtHR claimed violation of the decisive and counter-examination evidence during the procedural stage where the lack of communication of the date of the hearing and the hearing of the texts resulted in the absence of the counter examination by the accused and his own condemnation. Same spirit and content about also in *Matytsina v. Russia* case of 27 March 2014 which was affirmed the lack of participation of texts that compromised the overall fairness of the proceeding and the general principle of the adversarial. In the *Lucic v. Croatia* case of 28 February 2014 the ECtHR has affirmed the violation of the fair trial based on the lack of counter examination and the reading of pre-conscientious statements made by texts absent for the trial representing a defensive deficit determined where the fault “hits” according to the judges of Strasbourg the accused and his own defender who gave up asking the victim during the investigation. In the *Gani v. Spain* case of 19 February 2013 the ECtHR affirmed the violation of the assumption of the testimonial test, the objective impossibility of the counter examination during the hearing, the lack of texts and the protection of the vulnerable declarer accepting that: “(...) objective impossibility of examining the victim of the offense has not threatened the right to defend the insured person (...)” (LONDRAS, DZEHTSIAROU, 2018).

In *Göc v. Turkey* case of 8 November 2000, the ECtHR recognized that:

³⁷ ECtHR, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* of 15 December 2011, par. 159. J.P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l’homme. Des juges pour la liberté*, op. cit.

³⁸ ECtHR, *Bobeş v. Romania* of 9 July 2013, parr. 39-43.

³⁹ ECtHR, *Horncastle and others v. The United Kingdom* of 16 December 2014, par. 140.

“(…) as to the argument that the applicant could have consulted the case file at the Court of Cassation and obtained a copy of the principal public prosecutor’s opinion, the Court is of the view that this of itself is not a sufficient safeguard to censure the applicant’s right to an adversarial procedure. In its view, and as a matter of fairness, it was incumbent (….) to inform the applicant that the opinion had been filed and that he could, if he so wished, comment on it in writing. It appears to the Court that this requirement is not secured in domestic law. The government have contended that the applicant’s lawyer should have known that consultation of the case file was possible as a matter of practice (….) considers that to require the applicant’s lawyer to take the initiative and inform himself periodically on whether any new elements have been included in the case file could amount to imposing a disproportionate burden on him and would not necessarily have guaranteed a real opportunity to comment of the opinion since he was never made aware of the timetable for the processing of the appeal (….)” (COSTA, 2017)⁴⁰.

In *Constantin v. Romania* case of 12 April 2011 the ECtHR affirmed that: “(…) damaging these rights the redevelopment of the malicious offense of abuse of authority against the public interest in the negligence of negligence in the performance of functions, since during the trial the psychological element had not passed through the contradictory” (COSTA, 2017).

According to our opinion the use of hearsay or anonymous evidence, would seem to indicate that for Strasbourg counter balancing epistemic disadvantage is not the only concern. The principle appears to limit the extent to which compensatory measures for the handicaps to the defence may go. It has been argued elsewhere that the introduction of this principle suggests that the European court conceives of the cross-examination of witnesses as having a non-consequentialist process value, in addition to its instrumental value for determining the reliability of witness evidence. This process value appears to be founded on the importance of providing the defendant with an opportunity to test evidence that may be decisive; it is a non-epistemic consideration in the sense that the opportunity should be provided irrespective of whether the evidence in question carries its own guarantees of reliability, or whether the counterbalancing measures are sufficient to permit the reliability of the evidence to be assessed safely.

Only in the case in which the person to be heard had died (MÜLLER, 2017)⁴¹, or had exercised the faculty granted by the law not to reply (MÜLLER, 2017), the

⁴⁰ ECtHR, *Göç v. Turkey* of 8 November 2000, par. 57.

⁴¹ ECtHR, *Sievert v. Germany* of 19 June 2012, par. 60; *Vigden v. Netherlands* of 10 June 2012, par. 42.

existence of the aforementioned “good reason” was recognized with particular generosity.

Before the arrest *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, on the other hand, did not carry out this preliminary check-up: almost always, it was confined to checking whether the defendant had been granted, at any time during the procedure, the possibility of “*de contester les témoignages à charge et d’en interroger les auteurs*”⁴² and then, if this had not happened, the weight of previous declarations of the latter for the purposes of condemnation was probed (MOTOC, ZIEMETE, 2016, p. 478ss)⁴³. After the attenuation of the “sole or decisive rule” (DE LONDRAS, DZEHTSIAROU, 2018), in essence, the ECtHR seemed to have wanted to recover during the admission phase, as granted at the time of use and the trial-venue typical of the assumption of declarative tests-had acquired a relief until then unpublished.

This was the state of the art until the new intervention of the Grand Chamber of 15 December 2015, with the judgment *Schatschaschwili v. Germany*. Appealed by an appellant, whose complaints about the failed hearing in court of the two victims had been rejected by the fifth section, the ECtHR in its most authoritative composition, seems to have gone well beyond the resolution of the specific case, coming to disavow that part majority of its own jurisprudence which had, until then, rigorously conducted the above-mentioned test on the existence of valid reasons for the omission of the witness examination. Unlike ECtHR’s test, the rule put forth should include only procedural safeguards as counterbalancing factors, with the critical question being whether the defendant was ever afforded an opportunity to question the witness. The right to confrontation is a procedural

⁴²In case *Horncastle and others v. The United Kingdom* of 30 January 2013 the ECtHR affirmed that: “were convicted of causing grievous bodily harm, with intent,” to a man named (...) although pre-trial confrontations between witnesses and defendants can provide opportunities for confrontation in civil law countries, they are not practical in common law countries where police officers, not judicial officers, conduct the investigations (...)”. The ECtHR’s sole or decisive rule for “producing a paradox,” in that it allows the introduction of evidence if it is peripheral, but not decisive. Courts will experience great difficulty applying the sole or decisive rule and, as such, the only proper way to deal with this rule is to exclude all hearsay evidence.

⁴³In this sense see from the jurisprudence of the ECtHR: *Lucà v. Italy* of 27 February 2011; *Kononenko v. Russia* of 17 February 2011; *Kornev and Karpenko v. Ukraine* of 21 October 2010; *Ogaristi v. Italy* of 18 May 2010; *Nehyet Günay and others v. Turkey* of 21 October 2008; *Kovač v. Croatia* of 12 July 2007; *Carta v. Italy* of 20 April 2006; *Bracci v. Italy* of 13 October 2005; *S.N. v. Svezia* of 2 July 2000. However, there were no shortcomings-even before the arrest of *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*-in which the ECtHR recognized a violation of Article 6 ECHR on the sole ground that adequate efforts had not been made to secure the examination of the witness. See for example: *Pello v. Estonia* of 12 April 2007, parr. 34-35), or because the reasons given by the national court to support the choice not to make the registrant appear at the hearing had proved insufficient, as we can see in the case: *Van Mechelen and others v. Netherlands* of 23 April 1997, parr. 61-62.

right that should not be diminished by the substantive evidence present in the case. Although criminal pre-trial procedures in the United Kingdom (and in U.S) generally do not include the type of judicial investigatory hearings found in many civil law European countries, it is possible to preserve testimony by affording the defendant an opportunity to question a witness at a pre-trial deposition. In cases involving vulnerable witnesses, or where law enforcement fears a witness will not be available at the time of trial, courts can make use of pre-trial depositions, which can provide defendants an opportunity to question the witness.

As far as it is concerned here, we basically wondered if we really “lack a concern (first step of the Al-Khawaja test) entails, by itself, a breach of article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention, without being necessary to examine the second and third steps of the Al-Khawaja test”⁴⁴.

To deny the necessary automaticity between the negative outcome of the “first step” and the recognition of a violation of art. 6 of the ECHR, the Grand Chamber reiterated the same argument he had used, exactly four years earlier, to mitigate the “single or decisive test rule” (MÜLLER, 2017): if we read in sentence the purpose of arrest *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* was that of “abandon an indiscriminate rule to the whole” (FIKFAK, 2015)⁴⁵, it would be paradoxical to accept the creation of a rule with similar effects in relation to the “lack of a good reason for a witness’s non-attendance”⁴⁶.

The reasoning was therefore rather simple: once denied that the decisive use of the previous statements is ex-*ipso facto* sufficient to trigger the iniquity of the trial, it would make no sense to draw the same consequence from the mere fact that the failure to discuss the testimony of the witness it is not supported by solid motivations. The Grand Chamber has tried to detect a presumed illogicality in its previous arrest, which was affirmed at one point, when it was denied in another. Based on this premise, the conclusion was therefore rather obvious: although it represents “a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial”, “the absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a trial” (CHOO, 2013, p. 80-84); it is true that this is a profile to be investigated, as a rule⁴⁷, “preliminarily”, but only “in a temporal sense”, the outcome of which

⁴⁴ ECtHR, *Schatschaschwili v. Germany* of 15 December 2015, par. 111.

⁴⁵ As we can see in the same spirit in the case: *Dadayan v. Armenia* of 7 September 2018.

⁴⁶ ECtHR, *Schatschaschwili v. Germany* of 15 December 2015, par. 112; *Boyets v. Ukraine* of 30 January 2018.

⁴⁷ ECtHR, *Schatschaschwili v. Germany* of 15 December 2015, par. 111: “it may therefore be appropriate, in a given case, to examine the steps in a different order, in particular if one of the steps proves to be particularly conclusive as to either the fairness or the unfairness of the proceedings (...)”.

does not prevent the continuation of the trial, in search of an “overall fairness of the trial”⁴⁸.

3 (FOLLOWS) FROM AL-KHAWAJA AND TAHERY V. THE UNITED KINGDOM TO SCHATSCHASCHWILI V. GERMANY AND BOYETS V. UKRAINE

The change brought about by this new Grand Chamber arrest seems to be quite substantial. The *Al-Khawaja and Tahery judgment v. United Kingdom*-more or less consciously-had inaugurated the development of a new rule of exclusion, which, thanks to the contribution of the subsequent jurisprudence, had assumed a form that can be summarized as follows: the statements made by a person who defense has never been able to interrogate or ask questions, unless there are “valid reasons” to omit the debates’ examination (SPENCER, 2014)⁴⁹.

Only once justifiably admitted, in fact, such declarations could possibly be used as decisive proof, albeit with the limits of use mentioned above, to guarantee the rights of defense of the accused. Now this exclusion rule is gone. “Good reasons” are no longer an essential condition for the fair admission of previous declarations and are only one of the many factors that the ECtHR will have to take into account in the tripartite evaluation of the overall fairness of the process. There are many more “risks” of this new structure.

The trial could lose that privileged role that it had recently conquered, returning to being only one of the places in which the confrontation between the accused and the accuser can indifferently take place; secondly, if we keep in mind the fact that judgment is often the only procedural moment in which the defense has the opportunity to question -or to ask in his presence-the witnesses against him, the acquisition of untested evidence it could undergo a strong increase; finally, it is likely that the ECtHR will return to behaving as it did before the arrest of December 15, 2011, i.e. focusing immediately on the effects of admitting evidence, rather than focusing first on the reasons for admission per se.

It is perhaps too early to say, but according to our opinion it seems that we wanted to make a leap back four years and it is in fact that, from now on, the national judicial authorities will be entitled to acquire the previous declarations,

⁴⁸ ECtHR, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* of 11 December 2011, par. 120, which is affirmed that: “(...) the requirement that there be a good reason for admitting the evidence of an absent witness is a preliminary question which must be examined before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive. Even where the evidence of an absent witness has not been sole or decisive, the Court has still found a violation of Article 6 par. 1 and 3 (d) when no good reason has been shown for the failure to have the witness examined (...)”.

⁴⁹ ECtHR, *Zadumov v. Russia* of 12 December 2017. SPENCER, 2014.

replacing of the “fresh” testimony, without giving any particular motivation, or taking any reasonably expedient initiative to ensure the participation of the witness in the judgment. The process fairness can in fact also be recovered elsewhere. The reasons expressly put forward in support of this turnaround do not seem entirely satisfactory, because as stated in the *Schatschaschwili v. Germany* sentence the previous orientation was not exempt from imperfections: if the previous statements, although admitted without “*motifs sérieux*”, were not then used-or at least their use remained marginal-a declaration of iniquity could in fact manifest an excessive intransigence⁵⁰.

Well known, however, how this justification can be invoked exclusively in relation to those systems in which the sentence is always motivated; only in this case, in fact, it seems possible to carefully check how the evidence was used, although nothing assures that the judge has completely ignored the evidence not mentioned in his arguments. Whereas, on the other hand, the verdict is unjustified, or scarcely motivated, a declaratory test admitted without a valid reason can be decisive for the sentence, without it being always easy to realize it. For these systems, in essence, the preservation of some form of preventive protection was certainly desirable⁵¹.

On the other hand, to better consider, the concerns, which have more strongly led the ECtHR to promote this further reduction in protection, appear to be quite different from those clearly manifested. This probative limit stood in stark contrast to the classic statement by the ECtHR, according to which “the admissibility of evidence is a matter for regulation by the national law and the Court of Justice the criminal proceedings”⁵².

Although the ample parameter of the “*motifs sérieux*” (GOSS, 2014, p. 61ss)⁵³, which ought obligatorily to support the lack of the trial deposition, granted an ample margin of discretion, it cannot be denied that the European judges had established in a matter of which they formally have always supported not to deal with: to affirm that the admission of a trial, in the absence of certain presuppositions, implies the iniquity of the trial is not very different from saying that his admission, in the absence of such hypotheses, is forbidden; in the latter case, the rule is simply stated, but the sanction is not specified, whereas, in the

⁵⁰ ECtHR, *Schatschaschwili v. Germany* of 15 December 2015, par. 112.

⁵¹ ECtHR, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* of 11 December 2011.

⁵² The expression is used in the case: *Prăjină v. Romania* of 7 January 2014, par. 49.

⁵³ According to Goss: “(...) the dichotomy that determining whether certain types of evidence are admissible is not the role of the Court, but determining the fairness of the proceedings as a whole is the role of the Court (...) obscures the possibility that a ruling on the fairness of proceedings might, implicitly or explicitly, involve ruling on admissibility (...)”.

first hypothesis, the prohibition remains implied and the consequence of its violation (iniquity of the trial) is directly specified. Even beyond this important inconsistency between form and substance of the reasoning of the ECtHR, the delicate area of the law of trials in which this rule of exclusion was going to graft was even more problematic: it is indeed just the case of remembering-as already more sometimes emphasized-that the hearsay rule suffers from a clear recessive phase, even in those systems that most used it.

It is not a coincidence that the Grand Chamber, in the ruling in question, has dramatically emphasized the necessity of “having regard to substantial differences in legal systems and procedures, including different approaches to the admissibility of evidence in criminal trials”⁵⁴, reaffirming, however, that the task of the judges of the Convention is not “to examine the issues raised by the case”⁵⁵.

In all likelihood, we began to fear the onset of a new “Horncastle case” and therefore decided to play in advance, in order to avoid new and dangerous tears with some national system, which would have forced the ECtHR to a surely less authoritative-posthumous compromise. What was the price of this attitude, though? That is, what is left of the letter. d? The impression is that of that granitic rule, which is read in the text of art. 6 ECHR, very little has remained. The prerogative of the accused to “question or have the witnesses questioned” (GOSS, 2014) has undergone a complete metamorphosis. Instead of guaranteeing confrontation with the accuser, the European judges merely check that its non-implementation does not cause an “unequal” compression of the underlying right of defense.

In other words, the criterion of “actual prejudice” has shown itself, in this context, in its maximum expansion: even the total non-observance of the conventional rule remains without sanction, if, after all, the defendant has not suffered an unreasonable downside. It does not matter, therefore, if this comparison does not take place, nor does it affect the specific reasons why this did not happen; what counts is that the accused was otherwise placed in the conditions to counter the accusations and proceedings. “Similar statements were already present in the arrest of the Grand Chamber of 2011, although, in that case, specific reference had been made to the regulation English, then examined”⁵⁶.

⁵⁴ ECtHR, *Schatschaschwili v. Germany* of 15 December 2015, par. 108.

⁵⁵ ECtHR, *Schatschaschwili v. Germany* of 15 December 2015, par. 109, “(...) when examining cases, the Court is of course mindful of the differences between the legal systems of the Contracting Parties to the Convention when it comes to matters such as the admission of evidence of an absent witness and the corresponding need for safeguards to ensure the fairness (...)”.

⁵⁶ ECtHR, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom* of 11 December 2011, par. 126, which is

4 (FOLLOWS) BAD CHARACTER AND OPINION EVIDENCE

In addition to the provisions that require the exclusion of declaratory evidence formed outside the hearing, the examination of the legal systems of England, Italy, Germany and France has led to the illustration of other exclusionary rules aimed at ensuring-at least in the intentions-a better reconstruction of the facts.

While the hearsay rule is traditionally aimed at the extraction of unreliable elements, which-it is feared-could be attributed an erroneous demonstration value, several institutions prohibit the use as evidence of some information, considered potentially able to undermine the objectivity of the judge and generate undue prejudices. This refers in particular to the criminal record of the accused and to his life behaviors- the so-called bad character-, as well as to the personal evaluations of the witnesses, manifested during the deposition-the opinion evidence.

Curiously, however, contrary to what happens in some national systems, the European courts do not seem to have taken into consideration the possibility of promoting at least a limited use of such data. As regards, first of all, the bad character, already the Commission, in 1965, preferred not to express itself on the question. The appellant complained that the prosecutor had been allowed to explain in detail the details of his previous convictions to the jurors. The Strasbourg authority called to assess the fairness of such a procedure. He merely believed it

[...] necessary to take into consideration the practice in different countries which are members of the Council of Europe; whereas it is clear that in a number of these countries information as to previous convictions is regularly given during the trial before the court has reached a decision as to the guilt of an accused; whereas the Commission is not prepared to consider such a procedure as violating any provision of article 6 (art. 6) of the Convention, not even in cases where a jury is to decide on the guilt of an accused⁵⁷.

In essence, since, in most of the ECHR member states, this type of information is usually provided to the judge, the Commission did not consider it appropriate to enter into the merits of the problem: rather than a legitimization of that practice, it seemed a non possumus. Subsequently, things do not seem to have changed at all.

affirmed that: "it is not the Court's task to consider the operation of the common-law rule against hearsay in abstracto or to consider generally whether the exceptions to that rule which now exist in English criminal law are compatible with the Convention. As the Court has reiterated (...) article 6 does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law (...)".

⁵⁷ ECtHR, X. v. Denmark of 14 December 1965.

The ECtHR-during the illustration of the trial case-explicitly specifies that the national judge, to make his decision, has relied on evidence of bad character and, in particular, the previous conviction, without then that circumstance comes in any way stigmatized⁵⁸.

In one case, in which, on the other hand, the appellant had expressly complained about the violation of art. 6 ECHR, due to the “admission in the main trial of evidence and to its bad character” (COSTA, 2017)⁵⁹, the issue was solved simply by stating that “the applicant’s submission was left undeveloped and unsubstantiated”⁶⁰. In a case in which the criminal convictions of the accused were read by the judge while examining a witness, no iniquity was found, as nothing suggested that this gesture was aimed at “exert pressure on witness”⁶¹. Therefore, there seems to be no doubt as to whether the ECtHR admits the use of bad character tests, without this implying specific suspicion of iniquity (SPENCER, 2009, p. 14ss)⁶². The same can be said of the opinion evidence.

⁵⁸ ECtHR, *Horncastle and others v. The United Kingdom* of 16 December 2014, par. 24; *Hanif and Khan v. The United Kingdom* of 20 December 2011, par. 15; *Sheremetov v. Bulgaria* of 22 May 2008, par. 25; *Yordanov v. Bulgaria* of 10 August 2006, par. 14; *Unterpertinger v. Austria* of 24 November 1986, par. 23; *Windisch v. Austria* of 27 September 1990, the ECtHR found that: “(...) the use of anonymous witnesses foreclosed any opportunity for the defendants to ever confront those witnesses, either during the investigation or at any subsequent hearings, and therefore deprived the defendants of their right to a fair trial. In case *Kostovski v. Netherlands* of 20 November 1989, par. 18 was commented that: “(...) Article 6(3)(d) is generally violated when statements are admitted as evidence in the absence of the cross-examination of their authors during the trial (...) the evidence must normally be produced at a public hearing, in the presence of the accused, with a view to adversarial argument (...)”, as we can see in the case: *Doorson v. Netherlands* of 26 March 1986: “(...) established that the handicaps under which the defense laboured were sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities “(...) if a lawyer’s participation is deemed essential to the fair trial of somebody who has one either at hand or in mind, why should it be thought inessential to the fair trial of a man with nobody to whom to turn because he cannot afford the expense? The result of no lawyer is the same in both situations, after all, the layman being left to defend himself. And his handicap then is just the same, whether he is a wealthy layman denied an opportunity that he wanted to employ a lawyer whom he could have found or a poor one who never sought the opportunity because it was doomed from the start to prove futile. The answer to each question, I roundly suggest, is that there really is none (...) Article 6 does not explicitly require the interests of witness in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 (privacy) of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organize their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperiled (...)”.

⁵⁹ ECtHR, *Panovits v. Cyprus* of 11 December 2008.

⁶⁰ ECtHR, *Panovits v. Cyprus* of 11 December 2008, parr. 87-88.

⁶¹ ECtHR, *Sazonov v. Russia* of 1st December 2015, par. 41.

⁶² Which is stated that: il “(...) contains no suggestion that admitting evidence of the defendant’s bad character is contrary to the notion of a fair trial (...)”.

In practice, in the *Donohoe v. Ireland* case the judges of Innsbruck considered respectful of art. 6 ECHR a criminal proceeding in which the conviction was also founded-although not exclusively-on the opinion evidence (which they also call “belief evidence”) of a witness, who, moreover, had formed his own conviction through information “Privileged”, which were not then revealed to the accused⁶³. Furthermore, not even the use of appraisals concerning the applicant’s ability and tendency to commit delinquency seems to have been considered a source of possible injury to fairness⁶⁴.

At this point, a question is obligatory: why has the Court of Strasbourg elaborated a very copious jurisprudence in the matter of hearsay evidence and instead appears to have been substantially disinterested in the evidence of bad character and opinion?

The reasons are probably three. First of all,-as the Commission has well pointed out, although specifically in relation to the bad character alone -these are probative limits that do not enjoy unanimous appreciation in the legal systems. It is true that, in many contexts, even the hearsay rule does not apply effectively; nevertheless, it cannot be denied that a certain sensitivity towards the values of orality, of immediacy and of the contradictory is in any case quite widespread, so that the intervention of the ECtHR, in this last area, is more easily tolerated. To put it differently, to this day, it might seem easier to ask the French to limit the use of the extradibattimental declaratory evidence, which imposes the renunciation of the *enquête de personnalité*, or the traditional interrogation of the accused on his previous convictions. Secondly, it is ECHR itself that explicitly requires some protection for the right to confront the accuser and this circumstance could not be overlooked by the Strasbourg judges; the other two exclusionary rules mentioned above do not seem to be able to boast of a specific conventional engagement and could at most find a basis in the multifaceted notion of fairness, which the European jurisprudence has filled with the most varied contents. The third reason, however, is perhaps the diriment. The dialectical method in the formation of the declarative tests, typical of the forum, in fact plays two functions, certainly connected, but still clearly distinguishable: on the one hand, it is an instrument of the process, which tends to ensure the successful outcome of the facts, in view of the search for truth (WEIGEND, 2011-2012, p. 390ss); on the other hand, it constitutes a subjective right of the accused, an essential explication of the right to defend himself against the accusations made by others against him.

⁶³ ECtHR, *Donohoe v. Ireland* of 12 December 2013, par. 73-87

⁶⁴ ECtHR, *H.W. v. Germany* of 19 September 2013, par. 8; *Rangelov v. Germany* of 22 March 2012, par. 9; *B. v. Germany* of 19 April 2012, par. 15.

Between these two “souls”, the judges of Strasbourg seem to be mainly interested in the second: as we have seen, in fact, according to the latter, it is not so important, in itself, an effective confrontation with the accuser; essential condition of fairness is only the respect of the defendant’s right to defense, even if exercised in another way.

This is why the exclusionary rules relating to bad character and opinion tests are not considered worthy of protection in view of the realization of a “fair” process; they, in themselves, mainly integrate the first of the two functions mentioned above, in the sense that they represent in the first instance “objective guarantees” (GOSS, 2014) of the process, designed primarily to favor an objective factual reconstruction.

In all likelihood, the ECtHR would be willing to intervene in this area, only if, in the single case, the right to defense was actually damaged: one might think, for example, of the case where it is denied imputed the opportunity to respond to the opinion of the witness, or to make their own considerations on the criminal record, or the sentence is based solely on those elements. In essence, it seems to understand that the Innsbruck judges prefer to keep away from complex epistemological questions about the best method of achieving the truth. The important thing is that the choices of the legal systems and their courts do not negatively affect the defendant’s prerogatives; only in the latter case, in fact, the process will risk to be declared “unfair” (GOSS, 2014).

CONCLUSION

It seems that it can be definitively stated that-both at the domestic level and in the supranational context-a strong tendency towards the least possible sacrifice of the relevant information is leading to the constant erosion of the exclusionary rule.

The access points to the court file are often governed by the sole discretion of the judge, whose choices frequently seem to be based on the preservation of evidence. Thus, the French nullities only take place following an assessment of the existence of an “*atteinte aux intérêts de la partie*” (articles 171 and 802) (LIAKOPOULOS, 2016); in Germany, the identification of purchase bans is carried out through scrupulous balancing of the interests at stake; moreover, in substance, the English system seems now inclined to rely on a single rule of exclusionary discretion, based on the weighting casuistry of the values contained in the multifaceted notion of fairness.

In some respects, the Italian code has instead seemed to go against the trend: the prohibition to read the previous declarations and the copious cases

of special uselessness represent examples of rigid and compulsory probation exclusion, which avoids any subjective evaluation. However, as we have seen, the attribution to the judge of the task of recognizing “the prohibitions established by the law” (GOSS, 2014) allows ample room for maneuver and it is precisely in this context that appreciation values similar to those achieved within the other three systems have examined. For its part, the ECtHR seems to avoid interfering in these delicate internal balances, so as not to ever lose the opportunity to reiterate its neutrality with respect to the issue of admissibility. The judges of the ECHR, in fact, -apart from some rare encroachment- try to turn their attention elsewhere: the prohibition of use, the “sole or decisive rule” and the obligation to obtain feedback are -in order of severity- the tools through which the demonstrative effectiveness of a test is usually harnessed. In any case, the effects attributed to the non-observance of conventionally protected rights often appear to be at similar or even lower levels compared to national ones.

Just think of the jurisprudence relating to art. 3 ECHR, in cases where the object of the dispute is real evidence; to the balancing tests carried out in the hypothesis of violation of the privilege against self-incrimination; or to the generous treatment of material acquired in violation of the “right to respect for private life” (COVIC, JACKSON, 2016, pp 1-17)⁶⁵. Particularly significant in this

⁶⁵ In case *Gäfgen v. Germany* of 6 July 2010 the ECtHR examined the issue of the use of evidence: “(...) obtained as a result of inhuman and degrading treatment applied to the applicant in that case (...) the right to fair trial may be breached if the use of evidence obtained in breach of Article 3 had impact on the defendant’s conviction or sentence (...) a causal link between the prohibited treatment and the conviction and sentence in respect of the impugned evidence. If that link is broken by additional evidence, then the impact of the impugned evidence on the conviction and sentence of the applicant is reduced (...) it necessary for national courts to restore or make an attempt to restore the situation in the proceedings as it was before the treatment in breach of Article 3 occurred (...)”. In case *El Haski v. Belgium* of 27 September 2012, the ECtHR clarified: “(...) its stance on the use of evidence obtained through treatment contrary to Article 3 (...) the use of statements obtained through treatment which is contrary to Article 3, no matter if it is qualified as torture, inhuman and/or degrading treatment, would render proceedings to be unfair as a whole (...) if real evidence is obtained through treatment contrary to Article 3, standards are a little bit different. If the treatment in question amounts to torture, then the use of real evidence always renders proceedings unfair as a whole (...) the treatment is qualified as inhuman and/or degrading treatment (...) if the proceedings are unfair if the use of such evidence had influence on the outcome of the proceedings (...) if “real risk” that the evidence obtained through treatment which is contrary to Article 3 persists, and national courts did not take steps to ensure that there was no such treatment in obtaining evidence, the proceedings were unfair as a whole and consequently resulted in a violation of Article 6 (...)”. In case *Schenk v. Switzerland* of 12 July 1998, the ECtHR singled out two factors which are important for examination of whether the use of evidence obtained in breach of Article 8 deprived the applicant of the right to a fair trial: “(...) these two factors are: a) possibility to challenge the admission of evidence in question; b) whether there was other evidence on which the conviction was based (...)”. The ECtHR departed from this standard in the case of *Khan v. The United Kingdom* of 12 May 2000, which the evidence: “(...) was obtained contrary to Article 8 was the only evidence against the applicant; moreover, it was very strong evidence which formed the basis for the conviction (...) there was no violation of right to a fair trial because the applicant had

sense are also different setbacks-especially in the matter of hearsay evidence-and the increasingly frequent appearance of public interest in the repression of crimes among the protagonists of the screening of fairness. Little or nothing has then added, compared to what was established in Strasbourg, the timid directives on the procedural rights of the accused, which have been worked out in the European Union up to now. Designed with the intention of achieving positive transposition and the further evolution of conventional guarantees, these regulatory acts have ended up constituting-at least as regards probative sanctions-an opaque reflection: in some, generic references to respect for fairness have taken the place of the much more incisive evaluation criteria carved in the Strasbourg jurisprudence; in others, on the other hand, the question was ignored, as if the risk that the non-observance of Euro-EU provisions could easily be converted into mere internal irregularities was almost ignored.

Ultimately, the “European criminal procedure” is still based, fundamentally, on the limits of use set by the judges of the ECHR, thus leaving always unaffected the entry of the evidence in the process. Through a series of restrictions based on the concrete situation, the power to evaluate them is harnessed, so as to reduce the dispersion of cognitive data to the minimum necessary. The proof therefore remains always usable in favor and, often, also against the accused, although only together with other elements, or as a support for the latter. The most recent Euroritarian legislative developments however make a final clarification appropriate. These are minimum standards, built ad hoc around specific needs, and therefore difficult to extrapolate from their original context. The initial draft regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office seemed to want to carry out such an operation: it proposed to set aside the internal rules and to submit the evidence gathered by the delegated prosecutors to the employment limits emerging from the conventional jurisprudence.

At this point, however, the error of perspective should seem rather obvious: a discipline so meager and essential cannot claim to replace the far more complex regulations to which the national courts are subject. Just to give an example, it is true that hearsay and bad character tests often end up being used by the English judge; however, they must first filter through an analytical framework of rules and exceptions.

If, when such a project is re-proposed, the regulatory platform on which the free circulation of evidence will be attempted will have to be more extensive

the possibility to challenge the use of such evidence and that national courts could have excluded it if they were of the opinion that it would give rise to substantive unfairness (...) is whether or not there was a possibility to challenge the admission of evidence obtained contrary to Article 8 (...).”

and structured in order to obtain the approval of Member States. The rules of Strasbourg are indeed a common patrimony, from which to draw and take the embrace; however, they do not seem sufficient either quantitatively or qualitatively to support, by themselves, the weight of representing the national usability regime of “European” tests.

REFERENCES

- BILLING, F. M. W. *The right to silence in transnational criminal proceedings: comparative law perspective*. Basel: Ed. Springer, 2016.
- BOIS-PEDAIN, A. Hearsay exceptions and fair trial rights in Strasbourg. *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 71, n. 2, p. 257-260, 2012, 2016.
- CHOO, L-T A. *The privilege against self-incrimination and criminal justice*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- CLAPHAM, N. Hearsay evidence and the demise of absolute rules. *The Journal of Criminal Law*, Northumberland, v. 80, n. 4, p. 220-223, 2016.
- CLAYTON, R.; TOMLINSON, H. *Fair trial rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- COSTA, J. P. *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*. Paris: ed. Dalloz, 2017.
- COVIC, T., JACKSON, M. Freeing Soering: the ECHR, state complicity in torture, and jurisdiction. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 27, n. 3, p. 1-17, 2016.
- DAHLBERG, M. It is not its task to act as a Court of fourth instance: the case of ECtHR. *European Journal of Legal Studies*, Fiesole, v. 7, n.2, p. 84-118, 2014.
- DE LONDRAS, F.; DZEHTSIAROU, K. *Great debates on the European Convention on Human Rights*. London: Palgrave Macmillan, 2018.
- DENNIS, I. H. Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Commentary. *Criminal Law Review*, London, v. 15, n. 3, p. 376-378, 2012.
- DOAK, J.; MCGOURLAY, C.; THOMAS, M. *Evidence: law and context*. London: Ed. Routledge, 2018.
- EDWARDS, S. The duplicity of protection-prosecuting frightened victims: an act of gender-based violence. *The Journal of Criminal Law*, Northumberland, v. 76, p. 29-52, 2012.
- ERGEC, R., VELU, J. *Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2014.
- ESTRADA-TANCK, D. *Human security and human rights under international law. The protections offered to persons confronting structural vulnerability*. Oxford: Hart Publishing, 2016.
- EMMERSON, B. *et al. Human rights and criminal justice*. London: Sweet & Maxwell, London, 2012.
- FALLON, R. H. Are originalist constitutional theories principled, or are they rationalizations for conservatism?. *Harvard Journal Law & Public Policy*, Harvard, v. 34, p. 5 -28, 2011.

- FIKFAK, V. English Courts and the “internalisation” of the European Convention of Human Rights? Between theory and practice. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Cambridge, n. 37, p. 1-34, 2015.
- GOSS, R. *Criminal fair trial rights*. Article 6 of the European Convention on Human Rights. Oxford: Hart Publishing, 2014.
- GRABENWARTER, C. *European Convention on human rights*: ECHR. München: C.H. Beck Hart, 2014.
- HARRIS, D. et al. *Warbrick Law of the European Convention of Human Rights*. Oxford: University Press Oxford, 2014.
- HARRIS, D.; O’BOYLE, M.; WARBRICK, C. *Law of the European Convention on Human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- HEFERNAN, L. Calibrating the right to confrontation. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 20, n. 2, p. 103-111, 2016.
- JACKSON, J. D.; SUMMERS, S. J. *The internationalisation of criminal evidence*. Beyond the common law and civil law traditions Cambridge: University Press, 2012.
- JAIN, N. Comparative international law at the ICTY: the general principles experiment. *American Journal of International Law*, Washington, v. 109, n. 3, p. 486- 497, 2015.
- KEANE, A.; MACKEOWN, P. *The modern law of evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- LIAKOPOULOS, D. *Die Hypothese des Rechts auf ein faires Verfahren internationalen Strafgericht*. [S.l.]: International and European Union Legal Matters, 2016.
- LIAKOPOULOS, D. *Equo processo nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e nel diritto comunitari*. Padova: Ed. Cedam, Padova, 2007.
- LIAKOPOULOS, D. Inter-judicial dialogue between the Court of Justice of the European Union and the International Court of Justice: Fragmentation or coherence v. an international legal system order?. *Juris Gradibus*, [s.n.], v.1, n.4, p.1-3, 2016.
- LIAKOPOULOS, D. *Parità di armi nella giustizia penale internazionale*. Tricase: Ed. Libellula, 2018.
- MADDEN, M. Anchoring the law in a bed of principle: A critique of and proposal to improve, Canadian and American hearsay and confrontation law. *Boston College International & Comparative Law Review*, Boston, v.35, n. 2, p. 395- 448, 2012.
- MARCHADIER, F. Convention européenne des droit de l’homme et des libertés fondamentales. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 19, n.4, p. 679-694, 2014.
- GOSS, R.; MCDERMOTT, Y. Criminal fair trial rights: article 6 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, Nottingham, v. 15, n. 3, p. 611-614, 2015.
- MOTOC, I.; ZIEMETE, I. *The impact of the ECHR on democratic change in Central and Eastern Europe*. Judicial perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- MÜLLER, A. *Judicial dialogue and human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

OHLIN, J. D. Goals of international criminal justice and international criminal procedure. In: SLUITER, G. *et al.* (eds). *International criminal procedure: Principles and rules*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

OUWERKERK, J. Criminal justice beyond national sovereignty. An alternative perspective on the Europeanisation of criminal law. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Cambridge, v. 23, n. 1, 2015.

PARUCH, D. Testimonial statements, reliability, and the sole or decisive evidence rule: A comparative look at the right of confrontation in the United States, Canada, and Europe. *Catholic University Law Review*, Washington, v. 67, 2018.

POLAKIEWICZ, J. European Union action on procedural rights and the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Journal*, Kehl, v. 10, n. 1, 2010.

POWELS, S. Evidence. In: COLVIN, M.; COOPER, J. *Human rights in the investigation and prosecution of crime*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

PRADEL, J.; VARINARD, A. *Les grands arrêts de la procédure pénale*. Paris: Ed. LGDJ, 2013.

RAINEY, B.; WICKS, W.; OVEY, C. *Jacobos, White and Ovey: the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

REDMAYNE, M. Confronting confrontation. In: ROBERTS, P; HUNTER, J. *Criminal evidence and human rights*. Reimagining common law procedural traditions. Oxford: Hart Publishing, 2012.

REDMAYNE, M. Hearsay and human rights: “Al-Khawaja” in the Grand Chamber. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 75, n. 5, 2012.

ROBERTS, P; HUNTER, J. *Criminal evidence and human rights: reimagining common law procedural traditions*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

SCHABAS, W. A. *The European Convention on Human Rights: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SEIBERT-FOHR, A.; VILLIGER, M. E. *Judgments of the European Convention of Human Rights*. Effects and implementation. Baden-Baden: Ed. Nomos, 2017.

SETTEM, I. J. *Applications of the “fair hearing” in ECHR article 6 (1) to civil proceedings*. Berlin: Ed. Springer, 2015.

SIDHU, O. *The concept of equality of arms in criminal proceedings under article 6 of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Ed. Intersentia, 2017.

SPENCER, J. R. *Evidence of bad character*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

SPENCER, J. R. *Hearsay evidence in criminal proceedings*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

TEITGEN, C. *La Convention européenne des droits de l’homme: 60 ans et après?*. Paris: Ed. LGDJ, 2013.

THAMAN, S.C. Balancing truth against human rights: a theory of modern exclusionary rules. In: THAMAN, S. C. *Exclusionary rules in comparative law*. New York: Ed. Springer, Dordrecht-Heidelberg, 2013.

TIMMERMANS, F. Fundamental rights protection in Europe before and after accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. In: VAN ROOSMALEN, M. *et al.* *Fundamental rights and principles*. Cambridge: Intersentia, 2013.

TRECHSEL, S. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

VIERING, M. Right to a fair and public hearing. In: VAN DIJK, P. *et al. Theory and practice on the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Ed. Intersentia, 2006.

VOGLER, R. Criminal evidence and respect for fair trial Guarantees in the dialogue between the European Court of Human Rights and National Courts. In: RUGGERI, S. (Ed.) *Transnational evidence and multicultural inquiries in Europe*. Developments in EU legislation and new challenges for human rights-Oriented criminal investigations in cross-border cases. Cham-Heidelberg: Springer, 2014.

WEIGEND, T. Should we search for the truth, and who should do it? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Carolina do Norte, v. 37, 2011-2012.

THE CONCEPT OF PARADIGM IN THE SOCIAL SCIENCES: COUNTERPOINT TO THOMAS KUHN

DAS CIÊNCIAS SOCIAIS E O CONCEITO DE PARADIGMA SEGUNDO THOMAS KUHN

Heitor Romero Marques

Doutor em Desarrollo Local y Planteamiento Territorial pela
Universidad Complutense de Madrid

Josemar Campos Maciel

Doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Jacyara Rios Chaia Jacob

Mestra e Doutoranda em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco

Raphael Rios Chaia Jacob

Mestre e Doutorando em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco

Submetido em: 12/02/2019

Aprovado em: 08/05/2019

Abstract: Thomas Kuhn, in his book *The Structure of Scientific Revolutions*, made a thorough study of the idea of paradigms, and how they serve as theoretical references for the construction of knowledge, presenting answers to inquiries often posed by the science. Such paradigms, according to the author, would be subjected to changes at certain moments, as new questions would arise with the development of science itself; such “breaks” are what Kuhn calls scientific revolution. In his work, however, the author fundamentally relies on the natural and exact sciences, rarely addressing the social and human sciences, since, according to Thomas Kuhn, these, for its unstable nature, would not be able to develop arrays of knowledge through paradigms capable of answering all questions. It draws to attention, however, that, with due caution, it is indeed possible to establish the existence of social paradigms, being necessary to observe them from a broader, multidisciplinary approach in order that the answers provided by them can meet the needs of scientists and researchers.

Keywords: Paradigm according to Thomas Kuhn. Of the humanities and social sciences. Social Paradigms.

Resumo: *Thomas Kuhn, em sua obra A Estrutura das Revoluções Científicas, fez um aprofundado estudo acerca da ideia de paradigmas e como estes servem como referências teóricas para a construção do conhecimento, apresentando respostas para questionamentos muitas vezes postos pela ciência. Tais paradigmas, segundo o autor, estariam sujeitos a mudanças em determinados momentos, vez que novas questões seriam postas com a evolução da própria ciência, sendo tal “quebra” o que Kuhn chama de revolução científica. Em sua obra, porém, o autor apoia-se fundamentalmente nas ciências naturais e exatas, pouco abordando as ciências sociais e humanas, vez que, segundo Thomas Kuhn, estas, por sua natureza instável, não seriam aptas a desenvolverem matrizes de conhecimento por meio de paradigmas que fossem capazes de responder a todas as perguntas. Nota-se, porém, que, ressalvadas as devidas proporções, é possível sim estabelecer a existência de paradigmas sociais, apenas sendo necessário observá-los de uma forma mais ampla, multidisciplinar, para que as respostas por eles fornecidas possam atender aos anseios dos cientistas e pesquisadores.*

Palavras-chave: *Paradigma segundo Thomas Kuhn. Das ciências sociais e humanas. Paradigmas sociais.*

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The idea of paradigm according to Thomas Kuhn. 3. The social sciences and humanities. 4. Social paradigm and the counterpoint to Thomas Kuhn. Conclusion. References.

1 INTRODUCTION

To understand the sciences fundamentally reflects the ability to meet its practice, its mechanisms, and its full operation. It is the gateway to understanding the researcher’s behavior, their attitudes and their decisions. From the analysis of these ideas and the effective understanding of them, Thomas Kuhn outlined in his work the functioning of the elements of the various scientific studies. For the author, the sciences evolve through the so-called paradigms that, simply put, can be conceptualized as “universally recognized scientific achievements that for a time provide model problems and solutions to a community of practitioners” (KUHN, 2011).

These paradigms are the ones that will provide to scientists the answers they seek to the problems posed by scientific research, and by science itself; it is possible to relate its own concept to the very idea that they play the role of requirements of science. The quest for answers through science, which enables the creation of standards, the development of studies, theories, explanations and applications, creates models that foment the scientific tradition. According to Kuhn, “universally recognized scientific achievements that for a time provide model problems and solutions for a community of practitioners” (KUHN, 2011). By way of explanation, the author employs several examples, such as the Aristotelian physics, as such theory was accepted for over a thousand years. For Kuhn, other theories connected with the exact sciences also fulfill the role of paradigms. What it is possible to observe, nonetheless, is that the author distance

himself from the concepts of social paradigms as these, in their complexity, are unable to provide the answers that scientific paradigms must produce. This is the point of divergence between Thomas Kuhn theory and the approach of the present study, which endeavors to discuss the idea of paradigm within the field of the social sciences.

2 THE IDEA OF PARADIGM ACCORDING TO THOMAS KUHN

In his work “The Structure of Scientific Revolutions,” 1962, Thomas Kuhn defines, as already seen, the concept of “paradigm” in the science field. The author defines a paradigm as an “entire constellation of beliefs, values, techniques, and so on shared by the members of a given community” (KUHN, 2011). Kuhn, in his analysis, put in the foreground for the construction of this concept the exact and natural sciences, referring to, at other times, the idea that the paradigm would also represent a theoretical framework that is generally accepted by the scientific community, being this framework related to an area of knowledge.

The paradigm, as defined by Thomas Kuhn, represents the clear interest in establishing answers to inquiries posed by science, enabling the promotion of knowledge and settling any doubts that may arise in a research, in a period of time, as well as the doubts and questions that should be made by the researcher in his quest for knowledge. Once laid, the paradigm that prevails at a given time can answer all queries that surfaces and that are relevant towards the scientific research.

The obstacle, howbeit, is that even the paradigm will face limits within its own concept, which as a result, makes it unsuitable for the construction of the sought solutions; by proving itself as ineffective, such paradigm starts to being questioned as a referential of knowledge, if it still could be considered as a model to be pursued, or if it should be replaced by a new paradigm. Notwithstanding the resistance that such ideas - and the very scientific community that relies on such marks - can offer, eventually the scientific production and the pursuit for answers will demand a new paradigm in order to continue to foster the production of knowledge, which will provoke the gradual abandonment of the referential by the scientific community.

According to Kuhn, “the early developmental stages of most sciences have been characterized by continual competition between a number of distinct views of nature” (KUHN, 2011), i.e., it is from this concept that the author defines in brief lines the concept of “normal science”. Within the idea of Thomas Kuhn, it is possible to affirm that it is precisely the revolutions of the paradigms that promote the development of normal science, and not the accumulation of knowledge on years of research, neither the creations brought by man. By

scientific revolution the comprehension is of the transformation of paradigms, from its deconstruction and reorganization, representing, according to Kuhn himself, “the usual developmental pattern of mature science” (KUHN, 2011).

Traditional science has, as a trait, the knowledge built on the success of researches that have its basis on old paradigms, being such researches recognized as paradigms by the scientific community (BOURDÉ/MARTIN, 2000). Kuhn, in his work, highlights two features of such feats: the fact that they are open for any scientists and researchers to use them to solve several problems, and its ability to aggregate multiple researchers and scientists around a given theory, this is because all those who share the same paradigm, the same vision, are committed to the same set of rules that will fall on the scientific practice. It is the paradigm that determines if a scientist is inserted in a scientific community or not, being its formation responsible for the acquirement of the conceptual maps inherent to their activity, learning and internalizing these assumptions.

The paradigm is not linked to external rules of any form. According to Kuhn (2011), when there is the revolution of a paradigm and the tradition of the referential knowledge of science, all the elements that arise, such as techniques and eventual responses will not be subjected to a set of standards. This is the moment in which the author conceptualizes the birth of what he calls a “paradigm crisis”, i.e. the verification that new paradigms emerge in the face of the old ones, conflicting with each other, until only one is identified as the most suitable to provide the answers that the scientific community hopes to obtain. This process, explained by Kuhn, is called scientific revolution.

Important to note that, the possible absence of a standard response or a normative model does not preclude the fact that the paradigm still remains as a referential within the research proposal, on the contrary, the mere existence of the paradigm completely removes the idea of the existence of a normative model. This happens because that the various fields of science are in conflict within their fields of knowledge. It is in this sense that more remarkable revolutions or less remarkable ones are possible to be observed, affecting small or large groups of scientists and researchers. It is the multifaceted nature of science and its multidisciplinary nature which, in accordance to Kuhn, prevents the paradigms to be completely standardized, a problem that, explained by the author, is aggravated when it comes to the question of the social sciences.

3 THE SOCIAL SCIENCES AND HUMANITIES

Thomas Kuhn, writing about paradigms, always based his ideas on the exact or natural sciences, relying on Newtonian or Aristotelian examples. For

the author, as said before, the idea of a social paradigm would be indeed too complex, due to the instability of this field. The revolutions that built the notion of paradigm in the social sciences were born, not by the construction of knowledge, but by human conflicts recorded over the course of decades, which affected the way society is organized and its values: events such as world wars, the building of economic blocks, the Cold War, the space race, all this directly affected the geopolitical vision that we had of the world. The paradigm of “liberty, equality and fraternity”, for example, succumbed to the record of spy games between countries, the making of nuclear arsenals, records of human rights violations, and the arms race taking over the role of international relations (BARROS, 2010).

Other examples can be easily checked through discussions of great relevance for the social construction of knowledge: in the early twentieth century, the evolutionism – a field where several racist thesis were developed at the time - was harshly criticized by anthropologists such as Arthur Ramos and Franz Boas (BARROS, 2010), among many others, all around the world, given the fact that such paradigm would work as a ratifying element of crimes against the humanity and a negative action in detriment of a nation, victim of human trafficking perpetrated by slavery. The concept of ethnocentrism already existed since the nineteenth century in order to criticize the European expansionism and the overlapping of such expansion on different cultures, aggravated by the extermination of social and ethnic groups (BOURDÉ/MARTIN, 2000). This cultural imposition negatively represented a shift of a social paradigm, once it departed from the innate value of the people, replacing it with a culturalist model that promoted social and scientific revolutions, as well as changes in the behavior of the people directly affected.

Emile Durkheim in his work “The Elementary Forms of Religious Life”, stated that the formation of citizens was created by an education separated from the religion, and that showed to the students basic rules of integrative socialization, based on rights and duties of the State and its citizens. As for Elliot, democratization jeopardized the quality of education; for him, culture represents a lifestyle, and not just a mere sum of several elements. As an example, the author deconstructs the concept of the European civilizing process, demonstrating that the break of the paradigm of the nations that lived in a state of servitude led to the creation of free labor conditions in that region, through the enslavement of African peoples and extermination of indigenous communities. What history has always placed as a step in the process of “civilization”, the author sought to deconstruct, forming a new paradigm that denounced as a crime against humanity, setting a milestone in the humanist cultural movement of the time.

Other authors, such as Jean Paul Sartre and Edgar Morin, also questioned scientific paradigms from a *sui generis* point of view. Sartre, famous for his construction of existentialism from a humanist outlook, conducted studies of the society from a Marxist existentialism perspective, considering social, spiritual and material aspects of the society of which he was part. It was from this vision, that embraced concepts ranging from the Christian existentialism to psychoanalysis, that the author was able to overcome one of the most criticized points of Marx's paradigm, which deals with the place of a man in the society in which he is inserted, having as a starting point the idea of the human action on historically established conditions (LÖVY, 2000). It was from these ideas that Sartre was able to construct the point of existence of the individuals and their place in the world, as well as the condition of their existence from their individual values. In his work "Existentialism is a Humanism," Sartre (1999) states that every human being is unique and has a place in the world, considering their values, dreams, longings and innermost desires. This, however, puts us as people who will be born, live, and die alone, because even though we are living in society, only you are the master of your feelings, fears and achievements. It was from the existentialism traced by Sartre in his work that it was possible to conclude: "the important thing is not what life did of you, but what you allowed life do to you" (SARTRE, 1999)

As for the Edgar Morin (2006), an active researcher of the early twentieth century, it fell to him the systematization of the idea of complex thinking in the form of a social scientific paradigm. In addition to his theories of mass culture, it was Morin the one responsible for expanding the scientific concept of human kind, translating it into the existence of the "homo sapiens sapiens", a real paradigm shift, since this assertion nullified the idea of superiority and the detachment of science and research of the very process of knowledge.

It is from such assertions that Morin draws a harsh criticism to the self-evaluation process, which aims to clarify the questions of the collective. Questions, such as inquiries of the purpose of science, to whom it is a benefit, etc., were favorable to a paradigmatic revolution that questioned the values of research in the face of the arms race and the development of technologies more and more focused on fields of less interest of the population as a whole, all of it in the name of a supposed national security policy, as example of the movement of Law and Order in the US of the 1980s, or all investments in warfare in the last two decades in the US war against Iraq (BARROS, 2010). This culture of war fosters a culture of fear, paranoia, at the same time that large sums of money are directed to the military development, to the detriment of social areas such as health, education, welfare, housing, etc., i.e. policies that genuinely reflects the aspirations of the

community, as they represent direct elements that make up the social welfare of the population as a whole. The paradigm established here - that a strong country is a country with armies and armed - totally subverts the population values, causing a scientific revolution averse to the collective yearnings. Hence, such relevant questions in this case, and at the same time, so much more complex that those noticed in the observation of scientific breakthroughs in the exact and natural sciences.

4 SOCIAL PARADIGM AND COUNTERPOINT TO THOMAS KUHN

The role that Thomas Kuhn played in regards of the discussions concerning the building and conflict of paradigms through the revolutions of knowledge was essential, since his studies have become a reference for the study of science as a knowledge tool. Nonetheless, as it can be observed, in the social and humanities sciences, a pressing need exists for a more rigorous set of such concepts, given the simple fact that, in this field of knowledge, the various theories recorded directly conflict with each other, strongly and constantly, without existing a prevalence of a particular thesis above the other - which, fundamentally, characterizes the basic concept of a paradigm. For all that it is difficult to establish, within the field of social sciences, a scientific revolution, since by the concept of Kuhn (2011), this occurs when a milestone of knowledge loses its effectiveness in answering all the questions put it, and it wears down until a new framework of knowledge replaces it. In the social sciences, the situation changes, since the ideas definitely not break with its predecessors, there is a definite break with the values of the past, however, they began to include progressively the different paradigm

Using as an example a natural science, such as Physics, it is possible to note that, at several moments, a theory (more complete) fully encompasses the other one, from the moment that it exceeds the previous one in providing the elucidation of which the researcher seeks to find; therefore, in such occurrences, if there is a break of the previous paradigm, the new one will absorb the previous feats, with its due dimensions, and in accordance with its own inclinations. Be that as it may, even Physics brought numerous cases in which new theories were born of the complete break with what was deemed as, up to a certain point, as correct paradigm, a presupposition antecedently discussed in this article pointed out by Thomas Kuhn as the so called "scientific revolutions", i.e., the complete replacement of a scientific milestone by another. The very own history of natural sciences was constructed from the aggregation and refinement of established paradigms, which, for Kuhn, was a mere development of what he called "normal science", conjointly with the breaks, that fomented the revolutionary character of

science. There was, for the author, a glaring difference between the assimilation of knowledge and the break with the previously established knowledge. For Kuhn, taking note of the different fields of knowledge and their respective areas of study related to the exact and natural sciences, they tend to mature gradually until they reach a stage marked by the predominance of a single paradigm. According to the author, "it remains an open question what parts of social science have yet acquired such paradigms at all. History suggests that the road to a firm research consensus is extraordinarily arduous" (KUHN, 2011).

With the social and humanities sciences, it is not necessary to insist on the fact that it is much more common to identify, throughout its history, the eternal standard of competing paradigms that occur at the same time, in a state of reciprocal discontinuity. Here, if each theory allows the possibility of posing and solving new problems, one cannot say that a paradigm surpasses the other at all. Reason why, since long before, historians and sociologists have become accustomed to living with a significant diversity of paradigms related to their fields of knowledge, as well as competing theories concerning their various objects of study. Important to notice, also, that the very issues raised by a particular paradigm in a human science (as well as in the natural sciences), will not be the same to draw the attention of historians and social scientists linked to another theoretical framework. Diametrically different questions emerged by the various forms of historiographical paradigms since the moment that history became scientific, such as the Positivism, which are, basically, different problems from those that were evoked by theoretical developments offered by independent thinkers such as Max Weber and Michel Foucault.

It is possible to go further and embrace an image used by Kuhn himself, regarding his analysis of the relevant paradigms of social and human sciences: the grouping of scientists and social and human researchers, linked to different paradigms from various fields, such as anthropology, sociology, psychology, for example, would exist in a "different world", since each would have a different view of the same question. While a social scientist would see the issue from the spectrum of social relations, an anthropologist would see the roots of the issues relevant to the origin of the people as a determining factor for understanding the problem, and a psychologist would have on the behavioral base, analyzed in the light of psychoanalysis, the answer to the issue, e.g..

The important aspect of the question, however, lies in the way each of them perceives the same situation. Not only this coexistence and heavy traffic between diverse theories is more pronounced in the humanities and social sciences, the fact is that, social scientists have come to expect that much to this experience

give that that they are used to this experience under different optics and scopes. Social scientists, each in their area of operation, remain with each other a direct relationship of exchange of knowledge, translating their thoughts with one another in order to build values, which will be used as a basis for the formation of new milestones of theoretical knowledge.

The field of social sciences and humanities offers for its enthusiasts a complex network of paradigms and theoretical positions that should be chosen, case by case, for the practice of knowledge production in each of the fields of knowledge. It is not with the succession of paradigms that supersede each other, thus making the science advance from irreversible ruptures that the social and human scientists deal with, but with the possibility of establishing a communication between different worlds (BARROS, 2008). It is possible to perceive, more markedly, a process of “translation” of knowledge than the mere “conversion” of the same between scientists and social researchers. The conversions of researchers who have decided to migrate to a new paradigm, despite that fact that it happens, are always an individual decision, and not the needs of the scientific community. It is impossible to expect that a mass adoption of a particular group of researchers to a new paradigm occurs, especially considering the nature of break with the past of such work, which directly promotes, at first, the division of the scientific community to those who adopt the new theoretical framework, and those who fiercely defend the point that was overcome (KUHN, 2006). The transition process is long and can often take decades until the new paradigm is definitively established or even generations, as with most of the community of physicists who joined the Newtonian paradigm, and then considered it surpassed by the “Theory of Relativity”, of Albert Einstein. Even if a historical materialist could persuade a positivist to leave his theoretical field, he perfectly understands that he is unable to convert in a massively way all the positivists who are dedicated to that area. Likewise, although it is possible to convince a social scientist to adopt a new paradigm in his studies, this conversion process would be a long and tortuous one, marked by debates and discussions by both sides. It is vital to understand that you it is not possible to impose to the whole scientific field a single theoretical current within the paradigm, since it would represent a single solution for all the theoretical and empirical issues set out in years and years of research. The concept proposed by Thomas Kuhn for the understanding of science and research came to occupy a prominent place in the context of studies on the history of the various disciplines. The concept of paradigm, however, as explained by the author, needs adaptations, according to its application into one or other field of knowledge, especially when we have in mind the social and human sciences. Advisable to remember that at another time of his reflections, when cutting edges of his conceptual framework,

Kuhn came to speak of a “disciplinary matrix” - a notion that could be proved as being more effective in relation to a broader universe of values that affect every scientific community in question.

With due reverence, we disagree with the author. Despite the need to adapt the concept of paradigm for the social sciences, such adjustments do not invalidate its concept. Designed in a framework of historicity and adaptation to the human sciences, the notions of “disciplinary matrix” and “paradigm” can be adapted particularly well to the study of the History Theory, for example. In this conceptual framework, the “disciplinary matrix” would correspond, first, to a broader universe of values that would hardly be put into question by most practitioners from the field. Although they do not provide the final answers to all empirical questions raised in the social and human field, the social paradigm gives us the basis for the starting point of a research, which is established by the multidisciplinary nature of the various actors involved in the issue now debated, from the most diverse fields (WALLERSTEIN, 1991).

Thomas Kuhn also suggests that the above examples are also part of a disciplinary matrix. Appropriate to point that such examples are not part of the disciplinary core of the matter to be discussed, but in any case, it is inserted as a complete set of models available to all researchers and scientists, be they beginners or not. For the author, the examples are, first, several real solutions to issues that researchers and students since the beginning of their scientific, academic, laboratorial education, or even reading chapters of scientific books (KUHN, 2006).

For the author, such responses indicate, through examples, how the fieldworkers should carry out their work. In history, it is possible to encounter several examples through the repertoire of methods and techniques made available to historians for the systematic analysis of the different available sources. It will be through such archetype, that an applicable methodological operation can be used to an analogous situation, being of no matter which current of thought or paradigm the historian takes as a reference. For historians, it is in the methodological framework, primarily, that the archetypes are at his disposal in larger quantities, given the fact that theoretical and conceptual choices, in the majorly of cases, already begin to be a part of a more specific scientific field, in line with theoretical perspectives and historiographical paradigms, understood as subsets that fit within the disciplinary matrix but form specific territories, sometimes competing, within this matrix. This brings us, by the way, to the next aspect to be discussed. Once the paradigms are overcome, it is possible to observe the existence of numerous theoretical perspectives; it would be the case, for example, to think of the numerous theoretical perspectives that populate the paradigm of historical materialism or the historicist paradigm. It is possible that, at certain times, one of these currents come into conflict with the other regarding

the use of certain concepts, approaches, or even the interpretation and possibilities of application of certain principles that compose the paradigm. Historians are accustomed to pervade languages and expressive elements, belonging to different fields of knowledge. Such as other human scientists, the historians very commonly deal with words and phrases in common use, so their language is generally easily communicable to the public. It's easier to a non-specialist public to understand a historian, than to understand an economist or a professional attached to the study of the law, for example, even more difficult will be to easily comprehend the language of theoretical physicists and economists when they are using mathematical formulas and a conceptual system based on which, for a full understanding of it, a technical knowledge is needed on the subject. Yet, even historians have their own language, transversal to the different levels that are established from a more comprehensive framework, which is the disciplinary matrix.

CONCLUSION

The classic paradigm of the social sciences emerged and developed up unto the present day, based on the consideration about the aspects and movements of society. However, the local social groups (of a country) are being gradually assimilated or subsumed by global society, a reality that, still, it is not acknowledged. This global society presents empirical and methodological challenges that require new concepts, categories and interpretations. It's possible to observe and debate about how society and the state should relate to each other, which one should be subordinated to the other and which one have the duty to take the highest moral values. Thus, was born the paradigm of thinking that the borders of society and the state are the same or, if not, could (and should) be.

The global society as a disciplinary matrix of a global knowledge, and maker of new social paradigms, has been the subject of studies and interpretations in its geopolitical, cultural, historical, economic, political, and linguistic, among others, aspects (WALLERSTEIN, 1991). Apart from the information and insights that arise in our times at researches relative to the national society, and at the same time there is the proliferation of theories about the settings and movements of global society.

Thus, the epistemological key moment of the debate arises, in which it is possible to identify the existence of the classical paradigm, grounded on the consideration of the local society (national), being surrounded by something larger, formal and really, by the new paradigm, constructed on the reflection on the subject of the global society. The idea of a paradigm that relates to the social sciences has deep roots in the idea of the site, the identity of a people, and the globalization movements all of which replaces such paradigms, antagonistic point

in regards of the ideas of Thomas Kuhn, who explores the concept that such fields, due to their complexity cannot create matrices of knowledge. The national society continues to have validity, with its territory, population, and all sorts of values that represent their existence in the world, a parallel to the thought of Sartre (1999), that defines human existence by their values. It is the space in which its members develop their activities from the beginning to end of their lives. What often the researcher does not realize, not in an empirical, historical, theoretical or methodological view is that, of all reality in which individuals and classes, nations and nationalities, cultures and civilizations are inserted as the focal points of the local paradigm, a globalized one replaces it. Acknowledge the existence of a social paradigm, with local or global facets, shows that there is an empirical basis in the social sciences and humanities, which contradicts the thought of Thomas Kuhn about the difficulty of recognizing such existence. There are indeed problems in the definition of such paradigms because of the existence of the multiple disciplines in the face of various social sciences, however as previously seen, social scientists can engage in their respective fields, and thus exchange knowledge to build a value. The process of globalization accentuates this standardization, since the exchange of ideas becomes even more flagrant, allowing techniques, easily shared, and increasingly found responses. A complete exhaustion of the discussions is not possible; nonetheless, the existence of social paradigms in constant evolution allows that answers can be obtained in a determinate period by the satisfaction of those who embark in the world of research.

REFERENCES

- BARROS, J. D'A. Sobre a noção de Paradigma e seu uso nas ciências humanas. *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas*, Florianópolis, v.11, n.98, p. 426-444, jan/jun. 2010.
- BARROS, L. O. As Ciências Sociais na Contemporaneidade: paradigmas e conflitos. *PRACS: Revista de Humanidades do Curso de Ciências Sociais UNIFAP*, Macapá, n. 1, 2008.
- BOURDÉ, G.; MARTIN, H. *As escolas históricas*. Lisboa: Editora Europa América, 2000.
- KUHN, T. *A Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- KUHN, T. As ciências naturais e as ciências sociais. In: KUHN, T. *O Caminho desde a estrutura*. São Paulo: Unesp, 2006. p. 265-273.
- LÖVY, M. *Nacionalismos e internacionalismos da época de Marx até nossos dias*. São Paulo: Xamã VM Ed, 2000.
- MORIN, E. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2000.
- SARTRE, J. P. *O existencialismo é um humanismo*. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- WALLERSTEIN, I. *Unthinking social Science*. The limits of nineteenth-century paradigms. Cambridge: Polity Press, 1991.

A HERMENÊUTICA DIATÓPICA COMO MECANISMO DE DIÁLOGO ENTRE NAÇÕES MULTICULTURAIS NAS PROBLEMÁTICAS ENVOLVENDO OS DIREITOS DAS MULHERES

DIATOPICAL HERMENEUTICS AS A MECHANISM FOR DIALOGUE AMONG MULTICULTURAL NATIONS IN ISSUES INVOLVING WOMEN'S RIGHTS

Fernando de Brito Alves

Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, é especialista em História e historiografia: sociedade e cultura; pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Atualmente é Assessor Jurídico da UENP, Editor da Revista Argumenta, Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (2014-2022), e professor das Faculdades Integradas de Ourinhos. Realizou estágio de pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014). Tem experiência na área de Filosofia Política e Direito

Ananda do Valle Clavilho Courinho

Advogada. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC

Submetido em: 21/02/2019

Aprovado em: 08/05/2019

Resumo: O presente estudo traz inicialmente uma abordagem a respeito de duas importantes teorias do Direito Constitucional, sendo elas a universalização dos direitos humanos e o relativismo cultural. No decorrer da argumentação, percebe-se que o embate entre as duas teorias não se faz necessário, já que o que se almeja é alcançar um equilíbrio entre ambas. Neste contexto, surge a hermenêutica diatópica, que busca criar um diálogo entre as diversas culturas sem qualquer tipo de imposição cultural ou etnocentrismo. Desta forma, torna-se possível questionar com legitimidade determinados atos que são praticados contra a vida das mulheres em algumas regiões do mundo, como por exemplo, as mutilações genitais femininas que ainda hoje ocorrem em diversos países do mundo, especialmente na África e no Oriente Médio. Por fim, vislumbra-se a necessidade de dar visibilidade aos problemas vivenciados pelas mulheres e de se questionar a estrutura patriarcal

vigente sobre o pretexto de ser uma herança cultural. Conclui-se que fazer uso da hermenêutica diatópica e da real interpretação de multiculturalidade, em conjunto com o combate a violência contra a mulher, atualmente se mostra o melhor caminho para equalizar as diferenças culturais e os direitos humanos universais. O método utilizado para a análise foi a revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Relativismo Cultural; Hermenêutica Diatópica.

Abstract: *The present study initially presents an approach regarding two important theories of Constitutional Law, being they the universalization of human rights and cultural relativism. In the course of the argument, it is noticed that the clash between the two theories is not necessary, since the aim is to achieve a balance between the two. In this context, the diatopical hermeneutics arises, which seeks to create a dialogue between different cultures without any kind of cultural imposition or ethnocentrism. In this way, it becomes possible to legitimately question certain acts that are practiced against the lives of women in some regions of the world, for example, female genital mutilations that still occur today in several countries of the world, especially in Africa and the Middle East. Finally, the need to give visibility to the problems experienced by women and to question the current patriarchal structure on the pretext of being a cultural heritage is glimpsed. It is concluded that making use of diatopical hermeneutics and the real interpretation of multiculturalism, together with the fight against violence against women, is currently the best way to equalize cultural differences and universal human rights. The method adopted was literature review.*

Keywords: Human Rights; Cultural relativism; Diatopical Hermeneutics.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O relativismo cultural e o universalismo dos direitos humanos. 1.1. Um debate infrutífero. 2. A existência da hermenêutica diatópica como forma de diálogo entre nações multiculturais. 3. O diálogo multicultural como opção de ferramenta para garantia dos direitos das mulheres. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe em seus capítulos iniciais uma análise dos fundamentos teóricos que embasam a teoria da universalização dos direitos humanos, bem como a do relativismo cultural, para em seguida compreender a teoria da hermenêutica diatópica e por fim viabilizar uma análise dos direitos das mulheres em diferentes regiões do mundo.

A teoria universalista criada pelos países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial traz um núcleo de direitos humanos fundamentais que deveriam ser inerentes a toda pessoa humana, conhecido por alguns teóricos como mínimo existencial. Para os adeptos desta teoria, todas as pessoas possuem um rol de direitos inatos, que a acompanham durante toda sua vida e que devem ser respeitados independentemente de sua cultura ou do local onde vivem.

Porém, estes países não partilharam do mesmo processo histórico e cultural vivido por países orientais, e ainda hoje possuem realidades completamente dis-

tintas, com diversas práticas embasadas em crenças religiosas e fatores que não encontram similaridade com a cultura ocidental.

Por esta razão, surge a discussão a respeito da autenticidade de se aplicar mundialmente um núcleo de direitos criados no ocidente, pois em tese esta seria uma clara manifestação de etnocentrismo, já que se desconsiderariam as raízes das práticas culturais orientais e se buscaria impor uma cultura estranha à cultura local, considerando, desta forma, que uma seria valorativamente superior à outra.

Neste contexto, por meio da teoria da hermenêutica diatópica, foi possível compreender que não há teoria certa ou errada, sendo ambas parcialmente válidas e, sendo assim, é preciso que esta dicotomia seja superada, pois tais conceitos polarizados são extremamente prejudiciais para que haja uma concepção realmente emancipatória de direitos humanos. Esta teoria defende que haja um diálogo intercultural, com a conciliação de diferentes pontos de vistas, respeitando uma visão multicultural.

A partir desta compreensão, o último capítulo busca analisar a funcionalidade desta teoria nas discussões a respeito do que seria um núcleo essencial dos direitos humanos das mulheres, tendo em vista que são diversas as práticas que acometem as orientais que não condizem com os direitos considerados universais pela cultura ocidental.

Porém, é preciso analisá-las dentro de seu contexto social e histórico para que algo possa ser feito com a devida efetividade. Por fim, para este estudo fosse devidamente realizado, a metodologia de pesquisa utilizada foi notoriamente a pesquisa bibliográfica e a análise de dados quantitativos.

2 O RELATIVISMO CULTURAL E O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS

A discussão a respeito da existência de um núcleo irreduzível de direitos inerentes a pessoa humana remonta ao século passado. Após as barbáries ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, restou evidente que algo deveria ser feito para manter a paz e evitar que conflitos dessas proporções ocorressem novamente.

Após um longo planejamento e discussões em conferências históricas, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi elaborada em São Francisco de 25 de abril a 26 de junho de 1945 por representantes de 50 países participantes da Conferência sobre Organização Internacional e posteriormente ratificada pela China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética em 24 de outubro de 1945. (ONU, 2017)

A ONU surgiu com o objetivo de trazer paz a todas as nações globais e em 1948 produziu a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que foi elaborada por diversos representantes do mundo e estabeleceu a proteção universal dos direitos humanos, com a pretensão de que todas as nações acolhessem e internalizassem tais direitos como essenciais ao homem.

A presunção de que tais direitos devem ser inerentes a todas as pessoas é o que se convencionou chamar de universalismo. Por esta teoria, os direitos humanos devem ser respeitados, considerados e obedecidos por todos os indivíduos, independentemente de condições sociais ou culturais distintas. A universalidade dos direitos humanos é claramente explanada por Flávia Piovesan (2009):

Quem tem direitos? Responde a Declaração que os direitos humanos são universais porque clama, ela, pela extensão universal desses direitos sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. O ser humano é um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade como um valor intrínseco à condição humana. Aqui o rechaço a equação nazista, que entendia que era apenas sujeito de direito aquele que pertencesse à raça pura ariana. Não, o valor da dignidade humana é um valor intrínseco à condição humana e não um valor extrínseco, a depender da minha condição social, econômica, religiosa, nacional ou qualquer outro critério.

A autora complementa afirmando que a Declaração também impactou na linguagem dos Direitos Humanos, alegando a importância tanto dos direitos civis e políticos, os *“blue rights”*, quanto dos direitos econômicos, sociais e culturais, chamados de *“red rights”*:

Quais direitos? A Declaração afirma a indivisibilidade dos direitos humanos. Nos seus 30 artigos, parte deles traduzem direitos civis e políticos, parte deles traduzem direitos econômicos, sociais e culturais. E o que vem a declaração a impactar na linguagem dos direitos humanos? Vem a dizer: tão importantes quanto os blue rights – os direitos civis e políticos – são os red rights. Os direitos econômicos, sociais e culturais estão em paridade, em grau de importância. Tão importante quanto a liberdade de expressão é o acesso à saúde, à educação e ao trabalho. Tão grave quanto morrer sob tortura é morrer de fome. Há uma paridade com relação ao eixo liberdade e ao eixo igualdade. Não bastando isso, a visão integral dos direitos humanos, ou seja, a declaração compõe o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, firmando, assim, uma relação de interdependência, inter-relação e indivisibilidade. Não só estão em pé de igualdade mas um depende do outro. Não há verdadeira liberdade sem igualdade ao passo que há verdadeira igualdade sem liberdade. (PIOVESAN, 2009)

A jurista conclui este pensamento com a afirmação de que a partir desta visão surge o direito protetivo internacional de direitos humanos e que hoje há o sistema global, os sistemas regionais de proteção na Europa, América e África e o sistema local, doméstico de proteção dos direitos humanos, que inter-relacionam e dialogam entre si (PIOVESAN, 2009).

Porém, de encontro com a teoria do universalismo surge a teoria do relativismo dos direitos humanos. Segundo esta teoria, tal núcleo irredutível de direitos humanos fundamentais foi estabelecido por uma cultura ocidental, que não partilhou do mesmo processo histórico e sociocultural vivido por países do oriente.

Por esta razão, surge uma discussão a respeito da aplicabilidade mundial de um núcleo de direitos criados no ocidente, o que para defensores da teoria do relativismo cultural seria uma clara manifestação de imperialismo, bem como de etnocentrismo. Nas palavras de André de Carvalho Ramos (2005):

Vários autores desconfiam de uso do discurso de proteção de direitos humanos com um elemento da política relações exteriores de numerosos Estados, em especial dos Estados ocidentais, que se mostram incoerentes em vários casos, omitindo-se na defesa de direitos humanos na exata medida de seus interesses políticos e econômicos. [...] Como exemplo, as relações exteriores dos Estados Unidos mostrariam que a universalidade dos direitos humanos, de acordo com essa visão, é instrumento de uso específico para o atingimento de fins econômicos e políticos, sendo descartável quando inconveniente. O caso sempre citado é o constante embargo norte-americano a Cuba, justificado por violações maciças de direitos humanos por parte do governo comunista local, e as relações amistosas dos Estados Unidos com a China comunista, sem contar o apoio explícito norte-americano a contumazes violadores de direitos humanos.

No mesmo sentido, um argumento da teoria relativista se embasa na ideia de que um núcleo de direitos humanos fundamentais criado pelo ocidente traria uma visão de mundo antropocêntrica, o que por consequência negaria qualquer ideologia baseada em uma visão cosmoteológica existente em determinadas culturas (PANIKKAR, 2005).

Outro argumento a favor do relativismo cultural é no sentido de que a cultura ocidental estaria tentando impor seus valores ao oriente numa relação “*top down*”, pois a adoção da DUDH se deu em um foro de apenas 56 países, incluindo 8 abstenções, o que resulta em cerca de apenas um quarto dos países do mundo. Tendo em vista que se almejou constituir um documento que tivesse validade em todos os países existentes, o número de adesões realmente não se mostra tão expressivo.

Outro ponto de vista que diverge do universalismo é claramente explanado por Donnelly (2011), e diz respeito à concepção individualista de direitos na cultura ocidental. Enquanto em culturas orientais existe a valorização do coletivo e do direito comunitário em detrimento do direito puramente individual, a cultura do ocidente tende a valorizar o indivíduo de forma isolada, protegendo no plano principal a sua dignidade. Em suas palavras:

Uma das diferenças chaves entre a moderna concepção ocidental de dignidade humana e a concepção não ocidental se atém em muito ao elemento do individualismo constante da concepção ocidental. Os direitos relativos aos indivíduos tendem, obviamente, a ser mais individualísticos em sua realização e efeitos que os direitos concernentes a grupos. Quando estes direitos situam-se em um nível básico, esse individualismo reflete a inexistência quase completa de reivindicações sociais. A concepção não ocidental também aponta essa diferença. Por exemplo, Asmaron Legesse escreve que uma diferença crítica entre a África e as tradições ocidentais refere à importância que esta última atribui aos indivíduos em si. Nas democracias liberais do mundo ocidental, o titular primeiro de direitos é a pessoa humana. O indivíduo assume uma posição quase sagrada. Há uma perpétua e obsessiva preocupação com a dignidade do indivíduo, seu valor, autonomia e propriedade individual. Escrevendo a partir de uma perspectiva islâmica, no mesmo sentido, Ahmad Yamani observa que o Ocidente é extremamente zeloso na defesa de liberdades, direitos e dignidade individual, enfatizando a importância de atos exercidos por indivíduos no exercício desses direitos, de forma a pôr em risco a comunidade.

Percebe-se, portanto, que a multiculturalidade reflete na forma com que os direitos e garantias são percebidos pela sociedade, sendo a cultura ocidental mais voltada a proteger liberdades individuais, enquanto há uma tendência da cultura oriental prezar por direitos e garantias da coletividade.

2.1 UM DEBATE INFRUTÍFERO

Apesar de aparentemente serem teorias extremamente divergentes, o embate entre o relativismo cultural e o universalismo dos direitos fundamentais não se mostra frutífero para a solução dos problemas globais e, de forma antagônica, se mostra até mesmo prejudicial para uma concepção emancipatória dos direitos humanos.

Segundo Boaventura de Souza Santos (2004), o debate entre universalismo e relativismo cultural é intrinsecamente falso. O autor explana que todas as cultu-

ras são relativas, apesar de aspirarem a preocupações e valores universais e que o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorreto.

Para o professor, contra o relativismo, há que se desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação. Seria necessário que na medida em que o debate levantado pelos direitos humanos evoluísse para um diálogo competitivo entre culturas diferentes sobre princípios da dignidade humana, tal competição induzisse as coligações transnacionais a competir por exigências máximas em detrimento de valores mínimos.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Boaventura, ambas as teorias apresentam falhas e ambas têm seu mérito. O universalismo, por exemplo, está viciado por conceitos como o de globalização, propagados pela cultura ocidental.

Para o autor, não há somente uma globalização, mas globalizações de impactos e funcionamentos diferentes. Haveria, em sua definição, o globalismo localizado, bem como o localismo globalizado. Em suas palavras, o globalismo localizado é descrito da seguinte forma:

À segunda forma de globalização chamo globalismo localizado. Consiste no impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, as quais são, por essa via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais. Tais globalismos localizados incluem: enclaves de comércio livre ou zonas francas; desflorestamento e destruição maciça dos recursos naturais para pagamento da dívida externa; uso turístico de tesouros históricos, lugares ou cerimônias religiosos, artesanato e vida selvagem; dumping ecológico (“compra” pelos países do Terceiro Mundo de lixos tóxicos produzidos nos países capitalistas centrais para gerar divisas externas); conversão da agricultura de subsistência em agricultura para exportação como parte do ajustamento estrutural; etnicização do local de trabalho (desvalorização do salário pelo facto de os trabalhadores serem de um grupo étnico considerado inferior ou menos exigente) (SANTOS, 2004).

Já a outra forma de globalização, chamada pelo autor de localismo globalizado, é assim descrita:

Localismo globalizado [...] consiste no processo pelo qual determinado fenómeno local é globalizado com sucesso, seja a actividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em língua franca, a globalização do fast food americano ou da sua música popular, ou a adopção mundial das leis de propriedade intelectual ou de telecomunicações dos EUA (SANTOS, 2004).

Para Santos (2004), todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. A incompletude provém da própria existência de uma grande pluralidade de culturas, pois se cada cultura fosse realmente completa por si só, existiria tão somente esta cultura.

A noção de completude está na raiz de um excesso de sentido de que aparentemente padecem todas as culturas, e por esta razão a incompletude é mais facilmente notada no exterior, partindo da perspectiva de uma cultura externa. Para o autor, uma das tarefas mais importantes para construir uma concepção multicultural de direitos humanos é aumentar a consciência da incompletude cultural de cada povo.

Por estes ensinamentos, é possível perceber que tanto a teoria da universalidade dos direitos humanos, quanto a do relativismo cultural, são passíveis de serem compreendidas, tendo em vista que partem de pontos de vistas totalmente distintos.

Aos olhos de uma cultura ocidental, diversas práticas orientais claramente atentam contra a dignidade da pessoa humana. Já para pessoas que nasceram e viveram em um microcosmo totalmente diverso, muitas dessas práticas podem ter seu embasamento perfeitamente compreensível frente seu histórico social.

Desta forma, como alegado por Santos, não há o que se falar teoria certa ou errada. É preciso que haja um diálogo entre as diversas culturas, de forma que surja uma real multiculturalidade que beneficie a todos sem que haja uma cultura subjugada em prejuízo de outra.

Santos (2004) traz sabiamente que dois imperativos interculturais devem ser aceitos por todos os grupos empenhados na chamada “hermenêutica diatópica”. O primeiro imperativo pode formular-se, segundo suas palavras, da seguinte forma:

[...] das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro. Como vimos, das duas diferentes interpretações do Corão, An-na'im escolhe a que possui o círculo mais amplo de reciprocidade, a que abrange igualmente muçulmanos e não-muçulmanos, homens e mulheres. O mesmo procedimento deve ser adotado na cultura ocidental. Das duas versões de direitos humanos existentes na nossa cultura - a liberal e a marxista - a marxista deve ser adoptada, pois amplia para os domínios económico e social a igualdade que a versão liberal apenas considera legítima no domínio político (SANTOS, 2004).

Ainda de acordo com o autor, o segundo imperativo intercultural pode ser enunciado do seguinte modo:

Uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença, **as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.** Este é, consabidamente, um imperativo muito difícil de atingir e de manter. Os Estados constitucionais multinacionais como a Bélgica aproximam-se dele em alguns aspectos. Existe neste momento grande esperança que a África do Sul venha a ser outro exemplo (SANTOS, 2004, grifo nosso).

Percebe-se, portanto, que as culturas têm versões distintas de dignidade humana, algumas mais amplas do que outras, algumas com um círculo de reciprocidade mais largo do que outras, algumas mais receptivas a outras culturas.

Como exemplo, pode-se citar a modernidade ocidental que se dividiu em duas concepções e práticas de direitos humanos totalmente diferentes - a liberal e a marxista - uma dando prioridade aos direitos cívicos e políticos, a outra priorizando os direitos sociais e econômicos (SANTOS, 2004).

Porém, apesar de todas as distinções, resta evidente que o ideal, como já exposto, seria que as pessoas e os grupos sociais tivessem o direito de serem iguais quando a diferença os inferiorizasse, e o direito de serem diferentes quando a igualdade os descaracterizasse.

3 A EXISTÊNCIA DA HERMENÊUTICA DIATÓPICA COMO FORMA DE DIÁLOGO ENTRE NAÇÕES MULTICULTURAIS

Desde o surgimento da DUDH de 1948, muito se discute a respeito da aparente contraposição existente entre as teorias universalista e relativista. Porém, como dito anteriormente, tal debate se mostrou infrutífero e prejudicial para uma concepção emancipatória dos direitos humanos.

Atualmente, um entendimento que se mostra adequado vem sendo chamado de multiculturalismo, também chamado de hermenêutica diatópica por Boaventura de Souza Santos. Flávia Piovesan alega também compartilhar deste mesmo entendimento:

Neste passo, compartilho da visão de Boaventura de Sousa Santos em defesa de uma concepção multicultural dos direitos humanos inspirada no diálogo entre culturas a compor um multiculturalismo emancipatório. Portanto fugiríamos aqui de um localismo globalizado ou mesmo de um globalismo localizado. Defendo aqui o universalismo de confluência, de ponto de chegada e não de ponto de partida, defendo o que Bhikhu

Parekh chama de universalismo pluralista não etnocêntrico, baseado no diálogo entre as culturas. Lembro autores como Amartya Sen, que busca o diálogo entre direitos humanos e valores asiáticos, Abdullah Arned An-na'im, que busca o diálogo entre islamismo e direitos humanos. E volto ao tema do diálogo entre as culturas, volto ao tema do respeito à diversidade e volto à idéia de Amartya Sen, para quem nós temos que transitar do lema do pós-11 de Setembro, que era o choque civilizatório – crash of civilization – para a idéia do diálogo civilizatório – dialogue among civilization. Lembro, ainda, Gadamer, para quem o diálogo quando é exitoso nos toca, mexe conosco, deixa algo em nós e por isso o diálogo exitoso tem uma força transformadora. (PIOVESAN, 2009).

Flávia escreve a respeito de uma série de inquietudes e crê que o Estado laico é uma garantia essencial para o exercício dos direitos humanos, pois confundir Estado com religião implicaria na adoção oficial de dogmas incontestáveis, na imposição de uma moral única a inviabilizar qualquer projeto de sociedade pluralista aberta e democrática.

A jurista também discorre a respeito da necessidade de se tutelar não só direitos civis e políticos, como também os direitos sociais, econômicos e culturais, pois eles seriam uma dimensão fundamental dos direitos humanos. A autora diz que tais direitos não são mera caridade, compaixão ou generosidade estatal e que se os direitos civis e políticos mantêm a democracia em limites aceitáveis, os direitos sociais são os que estabelecem limites adequados aos mercados, pois mercados e eleições por si só não são suficientes para assegurar direitos humanos a todos. (PIOVESAN, 2009)

Desta forma, para tentar buscar um diálogo entre concepções tão distintas, Boaventura de Souza Santos elucida o conceito de “hermenêutica diatópica”, que se faz extremamente necessário para o presente estudo. Nos dizeres do autor:

A luta pelos direitos humanos e, em geral, pela defesa e promoção da dignidade humana não é um mero exercício intelectual, é uma prática que resulta de uma entrega moral, afectiva e emocional ancorada na incondicionalidade do inconformismo e da exigência de ação. Tal entrega só é possível a partir de uma identificação profunda com postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização. Por esta razão, a luta pelos direitos humanos ou pela dignidade humana nunca será eficaz se assentar em canibalização ou mimetismo cultural, daí a necessidade do diálogo intercultural e da hermenêutica diatópica. A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que

se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objeto inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura, outro noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico (SANTOS, 2004).

Portanto, a hermenêutica diatópica consistiria em uma aceitação da ideia de que os Direitos Humanos, quando analisados em sua pretensão de serem universais, encontram resistência nas diferenças culturais entre os povos e esta resistência não pode ser simplesmente ignorada. É preciso compreendê-la fundamentalmente.

Por conseguinte, a divergência entre culturas representa de fato uma dificuldade para a universalização dos Direitos Humanos tais como foram definidos após a Declaração da ONU de 1948. Por esta razão, o autor propõe que ao implementar a DUDH, é necessário considerar os topoi culturais de cada nação.

Estes “topoi” culturais seriam os valores que uma determinada nação aceita de forma absoluta, sendo, portanto, os lugares-comuns argumentativos e culturais de cada povo. Segundo Santos, topoi fortes tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando ‘usados’ numa cultura diferente. Um topoi retirado do seu contexto deixa de ser uma verdade absoluta para se tornar, no máximo, em um argumento.

Por esta razão, Boaventura menciona que se faz necessário ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura, outro noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico. Nesse sentido também afirma Fernando de Brito Alves (2013).

É a ideia do surgimento deste diálogo que traz uma boa perspectiva para a discussão. Como analisado, as culturas não são completas, nem bastam a si mesmas. É preciso que o diálogo em questão não parta de rígidos pressupostos, mas que haja uma maleabilidade no entendimento de razões morais, sociais e filosóficas.

4 O DIÁLOGO MULTICULTURAL COMO OPÇÃO DE FERRAMENTA PARA A GARANTIA DOS DIREITOS DAS MULHERES

Diversas são as práticas culturais realizadas com as mulheres em diferentes países do mundo que não guardam compatibilidade com os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tais como a clitoridectomia (mutilação genital feminina), os casamentos arranjados, o dote obrigatório das noivas, a desigualdade entre os sexos, entre tantas outras praticadas milenarmente em diferentes comunidades.

A cultura muçulmana, por exemplo, ainda hoje é extremamente patriarcal, sendo as mulheres submetidas a diversas práticas totalmente incompatíveis com a cultura ocidental. Não se trata de uma cultura mais desenvolvida que a outra, tendo em vista que o ocidente também não se libertou totalmente de sua estrutura patriarcal, apesar das grandes melhoras percebidas nas últimas décadas.

Porém, as situações as quais as mulheres são submetidas em determinados lugares merecem serem discutidas, pois na maioria das vezes elas nem ao menos tem a consciência de que em outros lugares do mundo aquelas práticas não são vistas com normalidade e em muitos casos essas situações envolvem rituais que ameaçam a vida de centenas de mulheres e crianças. Para esta situação, parece adequado invocar os ensinamentos de Boaventura a respeito da hermenêutica diatópica.

As violências perpetuadas contra as mulheres em diversos países do mundo, sob o véu da diversidade cultural, apesar de serem frequentes na África e no Oriente Médio, não estão restritas a estas localidades. Ainda hoje países como a Colômbia e o México possuem tribos que praticam a mutilação genital feminina, o que mostra que o problema está longe de ser solucionado. Por estimativa da ONU, 3 milhões de meninas tem o risco de serem mutiladas e morrerem por decorrência disso anualmente em todo o planeta. Percebe-se que se trata de uma situação problemática de nível global, que envolve questões não só sociais como de saúde pública.

O autor Boaventura definiu, conforme dito anteriormente, que as pessoas e os grupos sociais têm o direito de serem iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito de serem diferentes quando a igualdade os descaracteriza. Tal definição se mostra adequada a situação em comento, pois a diferença entre as culturas em questão inferioriza e denigre a saúde física e psicológica das mulheres que sofrem estes tipos de práticas, que podem até mesmo levá-las a morte em alguns casos.

Ao se falar do uso de uma burca, por exemplo, podemos dizer que uma possível igualdade seria um fator de descaracterização cultural. Porém, no caso de práticas como a da mutilação genital das mulheres, o ponto de partida é uma herança nitidamente patriarcal que além de violar os direitos humanos, muitas vezes viola direitos das crianças, pois meninas com idade entre 4 e 8 anos sofrem esta prática sem terem qualquer direito de escolha.

As crianças na maioria das vezes não possuem discernimento suficiente para compreender a prática a que serão submetidas e as consequências que irão refletir durante toda sua vida, tais como infecções, hemorragias, traumas psicológicos, sociais, sexual e reprodutivos.

Um caso emblemático a respeito deste tema foi protagonizado pela ativista Waris Dirie. No livro “Flor do Deserto” (DIRIE, 1998), Waris Dirie, hoje embaixadora especial da ONU na erradicação da mutilação genital feminina, conta a história de como foi mutilada na Somália, fato que também ocorreu com muitas outras meninas de sua tribo. O livro traz toda a discussão em análise, tratando a respeito dos limites das práticas culturais, quando tais práticas se tornam uma infração aos direitos básicos do ser humano.

Por vezes as mulheres são levadas a crer que a prática a que são submetidas é necessária e obrigatória, pois elas não têm a informação e o contato com outras mulheres que não são obrigadas as mesmas situações. Desta forma, as mulheres que habitam, por exemplo, tribos isoladas de outras civilizações e que não tiveram acesso a outras realidades, creem que caso não se submetam às práticas de mutilação ou tantas outras tidas como culturais, estarão sendo impuras ou agindo de forma desrespeitosa para com sua comunidade.

Historicamente, percebeu-se que estas mulheres mutiladas, ao terem contato com outras mulheres que não foram obrigadas a se submeterem as mesmas práticas, reagiram com inconformismo e indignação com o que foram submetidas, a exemplo da história da ativista africana Waris Dirie, mencionada anteriormente.

Entretanto, o problema vai além de possibilitar que a mulher tenha a escolha da prática a que seu corpo será ou não submetido. Mesmo que exista a possibilidade de a mulher optar por não se submeter a uma prática como a da mutilação genital feminina, esta decisão ainda poderia lhe causar diversos danos em sua atmosfera social, pois é preciso que a mudança ocorra de forma estrutural.

Uma mulher que se negue a passar por este tipo de procedimento em uma sociedade notoriamente patriarcal poderá sofrer consequências como não poder realizar um matrimônio por ser considerada “impura” e até mesmo sua sobrevivência estaria em risco, pois a prática possui vinculação religiosa e certas comunidades não toleram qualquer divergência neste aspecto.

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres é um tratado internacional aprovado em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e tem o condão de proteger e almejar o tratamento isonômico com a alteração dos padrões socioculturais entre os sexos. O artigo 5º da Declaração diz que:

Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para: a) modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia de

inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.

Porém, países como a Somália são inflexíveis quanto a aspectos tidos como culturais, sem que haja qualquer reflexão a respeito de práticas como estas serem uma ameaça a vida de crianças e mulheres e não meramente um costume histórico e cultural.

O que se busca é um diálogo multicultural que consiga respeitar as diferenças, a diversidade e as peculiaridades de cada nação, sem impor nenhuma espécie de “localismo globalizado”, como definido por Boaventura de Sousa Santos, porém sem absorver acriticamente como culturais determinadas práticas que põem em risco a saúde de centenas de mulheres diariamente e que não apresentam qualquer contrapartida positiva para suas vidas.

Dados da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2008) estimam que a prática da mutilação genital feminina persiste em 28 países da África, na Ásia e no Oriente Médio em grupos muçulmanos, cristãos, judeus, animistas e ateístas, o que inviabiliza a concepção de que a prática do ato deriva de imposição religiosa.

Coincidentemente, em estudo publicado pela Social Institutions and Gender Index (SIGI), um índice da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) que avalia a discriminação entre homens e mulheres nas instituições públicas e sociais, ao fazer uma análise pôde concluir que o Iémen em 2014 era o país em que havia maior desigualdade entre homens e mulheres, país que tem os maiores índices de mutilação genital feminina nos dias de hoje.

O estudo considera aspectos como a discriminação da família, como a idade legal para casamentos, os casamentos infantis ou capacidade das mulheres de serem herdeiras, a violência sexual e mutilação genital feminina, a preferência por filhos homens e as restrições de recursos e das liberdades civis.

Em 2008 a Unicef e o UNFPA criaram um programa para acelerar mudanças em 15 países da África Oriental, Ocidental e África do Norte. Porém, como discutido anteriormente, o ideal não seria impor a cultura ocidental no oriente como se as concepções de vida ocidentais fossem de alguma forma superiores.

O ideal seria analisar as raízes e fundamentos históricos, os reflexos socio-culturais das práticas realizadas e realizar um debate intercultural entre as diferentes concepções. Nos últimos anos, diversas mulheres que sofreram certas práticas tidas como culturais, a exemplo da mutilação genital feminina, têm se revoltado contra estes tipos de situações, o que evidencia a necessidade de se levantar questionamentos, tendo em vista que as próprias viventes da cultura não se mostram de acordo com as práticas realizadas.

Segundo a UNICEF (2005), em todas as sociedades em que é praticada, a mutilação genital feminina é uma manifestação de desigualdade de gênero que está profundamente enraizada em estruturas de ordem social, econômica e política. Assim como a antiga prática chinesa de enfaixar os pés, a prática de dote e o casamento de crianças, a mutilação genital é uma forma de controle social da mulher. Estas práticas possuem o efeito de manter papéis de gênero normativos que são desiguais e prejudiciais para as mulheres.

Intitulada de “Eliminação da mutilação genital feminina”, uma declaração conjunta realizada por uma parceria entre a OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM e a OMS trouxe diversos dados e referências a esse respeito que colaboraram para a elucidação do tema.

A declaração afirma que há registro da prática da mutilação em todo o globo, apesar de ser predominante nas regiões do Oeste, Este e Nordeste da África, em alguns países da Ásia e do Oriente Médio e entre comunidades imigrantes na América do Norte e na Europa, mostrando que o problema é realmente alarmante.

Diversos exemplos são citados, como por exemplo, o fato de recém-nascidos cuja mãe tenha sido submetida a mutilação genital feminina, sofrerem uma taxa de mortalidade neonatal superior, quando comparada com recém-nascidos de mulheres que não foram submetidas a este procedimento.

As razões apresentadas pelas comunidades praticantes apresentam razões de índole social e religiosa para sua continuação, porém, a prática reflete a desigualdade de gênero profundamente enraizada, evidenciando a discriminação sofrida pelas mulheres.

Apesar da redução da taxa global de prevalência da mutilação genital feminina estar ocorrendo, a velocidade em que isso tem ocorrido ainda é lenta. Tendo em vista a ausência de benefícios para a saúde física e psicológica das mulheres, esta Declaração busca fazer um apelo a todos os Estados, organizações nacionais e internacionais, à sociedade civil e às comunidades para que defendam os direitos de meninas e mulheres.

Como observado, o número de mulheres que ainda são submetidas a estes procedimentos é muito expressivo. Não se trata da exceção em diversos países, como no Egito em que até 2005, 95.8% das mulheres ainda tinham seu órgão genital mutilado. Tal situação evidencia que realmente é preciso dar a devida atenção para o caso.

Em estudo publicado em 2012, Vera Maria Candau comenta a respeito de definições de multiculturalismo que enriquecem o debate. A autora aborda em

seu texto as possíveis diferenças existentes entre multiculturalismo e interculturalidade, explanando que para alguns autores o multiculturalismo tem sido visto como a afirmação dos diversos grupos culturais na sua diferença, enquanto o interculturalismo trabalharia a interrelação entre os diversos grupos culturais.

A autora afirma que também há posicionamento diverso, no sentido de que multiculturalismo e interculturalidade seriam sinônimos, sendo o multiculturalismo próprio da produção acadêmica do mundo anglo-saxão, enquanto a interculturalidade seria provida dos países de línguas neolatinas, em especial o espanhol e o francês.

Interessante se faz observar a definição trazida por esta autora a respeito dos diversos significados do multiculturalismo. Em especial, ela traz a definição de três variantes: o multiculturalismo assimilacionista, o multiculturalismo diferencialista e o multiculturalismo interativo, também chamado de interculturalidade. Em suas palavras:

No entanto, é possível reduzir a diversidade de sentidos atribuídos ao termo multiculturalismo a três fundamentais, que denomino multiculturalismo assimilacionista, multiculturalismo diferencialista e multiculturalismo interativo, também denominado interculturalidade. O primeiro parte do reconhecimento de que nas sociedades em que vivemos todos os cidadãos e cidadãs não têm as mesmas oportunidades, não existe igualdade de oportunidades. Há grupos, como os indígenas, negros, homossexuais, deficientes, pessoas oriundas de determinadas regiões geográficas do próprio país ou de outros países e de classes populares, que não têm o mesmo acesso a determinados serviços, bens, direitos fundamentais que outros grupos sociais, em geral, de classe média ou alta, brancos e pertencentes a grupos com altos níveis de escolarização. Uma política assimilacionista vai favorecer que todos se integrem na sociedade e sejam incorporados à cultura hegemônica. No entanto, não se mexe na matriz da sociedade, procura-se assimilar os grupos marginalizados e discriminados aos valores, mentalidades, conhecimentos socialmente valorizados pela cultura hegemônica. No caso da educação, promove-se uma política de universalização da escolarização, todos/as chamados a participar do sistema escolar, mas sem que se coloque em questão o caráter monocultural presente na sua dinâmica, tanto no que se refere aos conteúdos do currículo, quanto às relações entre os diferentes atores, às estratégias utilizadas nas salas de aula, aos valores privilegiados, etc. Quanto ao multiculturalismo diferencialista ou, segundo Amartya Sen (2006), "*monocultura plural*" parte da afirmação de que quando se enfatiza a assimilação termina-se por negar a diferença ou por silenciá-la. Propõe então colocar a ênfase no reconhecimento da diferença e,

para garantir a expressão das diferentes identidades culturais presentes num determinado contexto, garantir espaços em que estas se possam expressar. Afirma-se que somente assim os diferentes grupos sócio-culturais poderão manter suas matrizes culturais de base. No entanto, me situo na terceira perspectiva, que propõe um multiculturalismo aberto e interativo, que acentua a interculturalidade, por considerá-la a mais adequada para a construção de sociedades, democráticas e inclusivas, que articulem políticas de igualdade com políticas de identidade e reconhecimento dos diferentes grupos culturais (CANDAU, 2012).

Desta forma, a autora traz com clareza a discussão a respeito das diversas faces em que se torna possível analisar o multiculturalismo, evidenciando que criar uma identidade ou núcleo de direitos que sejam de fato multiculturais é tarefa extremamente árdua.

Outro aspecto relevante trazido por Candau é no tocante às concepções de educação intercultural. Segundo a autora são três as concepções principais, sendo elas a relacional, a funcional e a crítica. A primeira seria o contato e intercâmbio entre culturas e sujeitos socioculturais, concepção esta que minimizaria as relações interculturais ao âmbito das relações interpessoais e minimizaria os conflitos e a assimetria de poder entre pessoas e grupos de culturas diversas.

De acordo com a autora, na concepção funcional a interculturalidade seria assumida como estratégia para favorecer a coesão social, assimilando os grupos socioculturais subalternizados à cultura hegemônica. Este interculturalismo funcional seria orientado a diminuir as áreas de tensão e conflito entre os diversos grupos e movimentos sociais que focalizam questões socioidentitárias, sem alterar a estrutura e as relações de poder em vigência.

Por fim, a autora mostra-se adepta da teoria da interculturalidade crítica, a qual questiona as diferenças e desigualdades construídas ao longo da história entre diferentes grupos socioculturais, étnico-raciais, de gênero, orientação sexual, entre outros. Em seus dizeres:

Parte-se da afirmação de que a interculturalidade aponta à construção de sociedades que assumam as diferenças como constitutivas da democracia e sejam capazes de construir relações novas, verdadeiramente igualitárias entre os diferentes grupos socioculturais, o que supõe empoderar aqueles que foram historicamente inferiorizados (CANDAU, 2012).

Desta forma, torna-se possível assimilar que através da interculturalidade crítica, seria possível rever práticas e condutas que envolvem vidas de mulheres em todo planeta. A interculturalidade crítica pode ser vista como um fator de ex-

trama importância para a construção de identidades plurais e uma potencializadora de processos de empoderamento de sujeitos historicamente inferiorizados, notadamente o caso das mulheres na construção social da humanidade.

O fato da violência contra a mulher ainda não possuir a devida visibilidade em todo o planeta, seja em maior ou menor grau, é o que contribui para que determinadas práticas continuem sendo assimiladas como culturais, mesmo que as próprias mulheres que são submetidas a estas práticas não as desejem e as considerem verdadeiras violências. A busca por uma alternativa em favor da dignidade feminina é uma demanda urgente e que merece a total atenção da população de toda e qualquer cultura existente (BREGA FILHO; ALVES, 2013).

É necessário perceber que ao se buscar políticas em favor da dignidade das mulheres não se está renunciando à uma identidade cultural de determinada localidade. Para que isto seja possível, é preciso que haja de fato uma educação elucidativa, para que a violência contra a mulher tenha a devida visibilidade e seja compreendida como tal.

Percebe-se que não é coerente impor uma determinada lógica comportamental ocidental em um terreno de práticas, costumes e vivências completamente distintas, porém não se pode deixar de notar a desumanidade de determinadas ações praticadas na vida das mulheres, tendo em vista que têm aumentado os casos em que as próprias mulheres orientais têm se rebelado contra determinadas situações a que são submetidas em seus países.

Portanto, nota-se a importância de se desenvolver estudos a respeito da articulação das diversas formas de relacionar culturas, a fim de que esta interrelação seja feita de forma a beneficiar todas as partes envolvidas.

CONCLUSÃO

Após analisar as diversas teorias a respeito da aplicabilidade ou inaplicabilidade dos chamados Direitos Humanos Universais em todo território global, restou-se analisado que não há teoria certa ou errada no que diz respeito aos universalistas *versus* relativistas culturais.

O que se compreende é que é preciso evidenciar os casos em que determinadas práticas são, na verdade, nítidas expressões de violências contra as mulheres herdadas do patriarcado, como é o caso das mutilações genitais femininas que ocorrem em diversos países africanos.

Tendo em vista que as próprias mulheres muitas vezes não desejam e até mesmo rechaçam práticas a que são obrigadas a se submeter, não há o que se

falar em culturalismo, mas sim em lutar pelos direitos destas mulheres de serem as únicas responsáveis pelo que desejam submeter seus próprios corpos.

Desta forma, o interculturalismo se mostra essencial para que se coloque em primeiro lugar um diálogo intercultural de forma a não existir supremacia de um direito em relação a outro, ou de uma cultura em relação à outra.

Portanto, o reconhecimento da diversidade é fator essencial para que este diálogo entre culturas distintas realmente exista. O que se busca é que não haja discrepância na garantia dos direitos das pessoas e em especial das mulheres, mas sempre evidenciando o reconhecimento da diversidade.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*. Curitiba: Juruá, 2013.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. O direito das mulheres: uma abordagem crítica. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 10, p. 131-142, fev. 2013.
- CANAU, Vera Maria. Diferenças culturais, interculturalidade e educação em direitos humanos. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 33, n. 118, p. 235-250, 2012.
- CITTADINO, Rodrigo Cerveira. Flor do deserto, mutilação genital feminina e direitos humanos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3148, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21078>. Acesso em: 1 mar. 2018.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DONNELLY, Jack. Human rights and human dignity: na analytic critique of now-western conception of human rights. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional dos Direitos Humanos*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe. *Direito & Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia Geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MAZZON, José Afonso (coord.). *Preconceito e discriminação no ambiente escolar*. São Paulo: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas-USP e INEP, 2009.
- MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio. *Alteridade e Multiculturalismo*. Rio Grande do Sul: Ijuí, 2003.
- NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Até 86 milhões de meninas poderão sofrer com a mutilação genital feminina até 2030, alerta ONU*. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: [Revista DIREITO UFMS | Campo Grande, MS | v.5 | n.1 | p. 77 - 96 | jan./jun. 2019](https://naco-</p></div><div data-bbox=)

esunidas.org/ate-86-milhoes-de-meninas-poderao-sofrer-com-mutilacao-genital-feminina-ate-2030-alerta-onu/. Acesso em: 30 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Eliminação da mutilação genital feminina: declaração conjunta OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS*. Lisboa: Associação para o Planeamento da Família, 2009. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/mutilacao.pdf>. Acesso em 20 jan. 2018.

PANIKKAR, Raimundo. Is the notion of human rights a wetern concept? In RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua nova*: Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 39, p. 105-124, 1997.

UNITED NATIONS. *Secretary-General, in Message, Says Operationalizing Resolution Declaring 'Day of Zero Tolerance for Female Genital Mutilation' Can Have Profound Effect*. New York, 2014. Disponível em: <https://www.un.org/press/en/2014/sgsm15630.doc.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

WALZER, Michael. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. New York: Basic books, 2008.

A INCLUSÃO DIGITAL COMO FATOR PARA A EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE NA SUA DIMENSÃO SOCIAL

DIGITAL INCLUSION AS A FACTOR FOR THE EFFECTIVENESS OF SUSTAINABILITY IN ITS SOCIAL DIMENSION

Rafael Santos de Oliveira

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010), na área de concentração em Relações Internacionais, com período de realização de Estágio de Doutorado (doutorado-sanduíche) com bolsa da CAPES na Università Degli Studi di Padova - Itália (2009). Mestre em Integração Latino-Americana (Direito da Integração) pela Universidade Federal de Santa Maria (2005) e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Professor Adjunto IV no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), em regime de dedicação exclusiva e no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM (Mestrado). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (desde 2019). Coordenador do Curso de Direito Diurno da UFSM (2012/2018). Coordenador do projeto de pesquisa Ativismo digital e cidadania global (desde 2011). Parecerista ad hoc de diversas revistas jurídicas. Editor da Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM [Qualis A1] (desde 2012). Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisas Prof. Luis Alberto Warat (NPLAW/UFSM). Líder do Grupo de Pesquisas cadastrado no CNPq denominado CEPEDI - Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (www.ufsm.br/cepedi). Membro da Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC). Autor dos livros *Direito Ambiental Internacional: o papel da soft law em sua efetivação, Meio ambiente e a agricultura no século XXI* e organizador dos livros: *Direito Ambiental Contemporâneo: Prevenção e Prevenção; Mídias, Direitos da Sociedade em rede; Direito e novas mídias; Direito e novas tecnologias da informação*. Atua nas seguintes áreas de pesquisa: *ativismo digital e cidadania, novas mídias, ciberespaço, ciberdemocracia, governo eletrônico, direito e internet, direito internacional ambiental*. <http://orcid.org/0000-0001-5060-9779>

Larissa Nunes Cavalheiro

Doutoranda em Direito - linha de pesquisa *Direito e Multiculturalismo* - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões URI Campus Santo Ângelo. Mestra em Direito - área de concentração *'Direitos Emergentes na Sociedade Global'* -, na linha de pesquisa *'Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade'*, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE/RS) e em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Possui Bacharelado em Direito, pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Atualmente é Professora Titular da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI SLG. Professora Substituta do Curso de Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) durante os anos de 2016 - 2017. Atua principalmente nos seguintes temas: *Ética, Direitos Humanos, Direito Ambiental, Interculturalidade, Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade*

Gabriela Rousani Pinto

Pesquisadora do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet
Universidade Federal de Santa Maria

Submetido em: 29/03/2019

Aprovado em: 08/05/2019

Resumo: Para o alcance da sustentabilidade, é necessária a observância das dimensões ecológica ou ambiental, econômica e social, simultaneamente. Com relação à sustentabilidade social, deve ser buscada a redução de desigualdades sociais e observadas as características e demandas de cada comunidade. Nos últimos anos, as tecnologias de informação e comunicação modificaram todos os aspectos da vida das sociedades e as possibilidades de exercício de direitos, além da criação de novos direitos nos ordenamentos jurídicos, como o acesso à Internet e, de uma forma mais complexa, a inclusão digital. Nesse contexto, o artigo questiona: seria a inclusão digital um possível fator para se alcançar a sustentabilidade no aspecto social? Para o desenvolvimento do presente trabalho, a partir desta indagação, foram utilizados o método de abordagem hipotético-dedutivo, bem como o procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Chegou-se à conclusão de que, caso seja concretizada a inclusão digital, além do mero acesso às estruturas físicas de conexão à Internet, as possibilidades para o exercício de direitos se tornarão mais igualitárias e, possivelmente, as desigualdades sociais serão reduzidas, aumentando-se as chances de alcance da sustentabilidade social.

Palavras-chave: Inclusão digital; Sustentabilidade social; Direitos fundamentais.

Abstract: *To achieve sustainability, it is necessary to observe the ecological or environmental, economic and social dimensions simultaneously. With regard to social sustainability, it should be sought to reduce social inequalities and observe the characteristics and demands of each community. In recent years, information and communication technologies have modified all aspects of the life of societies and the possibilities of exercising rights, as well as the creation of new rights in legal systems, such as access to the Internet and, in a more complex way, the digital inclusion. In this context, the article questions: would digital inclusion be a possible factor to achieve sustainability in the social aspect? For this, the hypothetical-deductive approach was used, as well as the monographic procedure and the bibliographical and documentary research technique. It has come to the conclusion that if digital inclusion were to be achieved, in addition to mere access to physical Internet connection structures, the possibilities for exercising rights would become more egalitarian and, possibly, social inequalities would be reduced, increasing the chances of achieving social sustainability.*

Keywords: *Digital inclusion; Social sustainability; Fundamental rights.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origem e conceito da sustentabilidade social. 3. Inclusão digital como direito humano efetivador de outros direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de não existir consenso para a conceituação do termo sustentabilidade, ou desenvolvimento sustentável, grande parte das construções teóricas entende que o desenvolvimento sustentável em uma concepção tríplice, que in-

corpora a conservação da natureza externa (sustentabilidade ecológica ou ambiental), a sustentabilidade social e também uma sustentabilidade de caráter econômico, que precisam ser observadas concomitantemente.

Objeto central do estudo, a sustentabilidade social enfatiza oportunidades para o desenvolvimento de novas habilidades, novos processos e novas capacidades tecnológicas, a partir da construção de redes de confiança, reciprocidade e suporte, considerando-se as características culturais de cada comunidade e buscando-se a igualdade, a coesão e a inclusão social.

A transformação da sociedade em uma sociedade em rede a partir da ampliação da interconexão das redes de computadores de qualquer lugar do mundo por meio da Internet impactou intrinsecamente em todos os aspectos da vida das pessoas, desde a criação de novas interfaces de educação, trabalho, comunicação, até as relações interpessoais e público-privadas, a partir da aproximação dos políticos com as demandas dos cidadãos.

As tecnologias de informação e comunicação se tornaram importante ferramenta para o exercício de inúmeros direitos fundamentais, como o acesso à informação, a liberdade informação e a participação popular e, diante disso, o acesso à Internet foi considerado direito humano básico pela Organização das Nações Unidas.

Diante das modificações causadas pela evolução tecnológica das mídias de comunicação, principalmente a Internet, surge o questionamento: seria a inclusão digital um possível fator para o alcance da sustentabilidade no aspecto social?

Para responder o problema, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, a partir da compreensão ampla dos conceitos de sustentabilidade e inclusão digital e o contraste com a realidade brasileira, para a construção de uma hipótese de solução afirmativa, no caso da aplicação em conjunto de políticas públicas e projetos por meio de uma atuação conjunta do Poder Público e da sociedade civil, abrangendo a inclusão além do acesso físico às estruturas de acesso à rede de computadores, bem como o procedimento monográfico, a partir da análise e contextualização dos aspectos teóricos relativos à sustentabilidade, ou desenvolvimento sustentável, e à inclusão digital.

Já como técnica de pesquisa, foi usada a pesquisa bibliográfica e documental, com o emprego de obras de teóricos conceituados em cada área temática e a aplicação em conjunto com dados quantitativos e qualitativos relativos à população brasileira.

Assim, na primeira parte, foi realizado um estudo da origem do termo sustentabilidade, ou desenvolvimento sustentável, o surgimento do entendimento

desse conceito a partir de três aspectos (ambiental, econômico e social) e a explicação de cada um destes, principalmente, em relação ao conceito da sustentabilidade na dimensão social.

Já na segunda parte, foi abordado o surgimento e a expansão da Internet à sociedade civil, por meio da *world wide web*, a modificação causada pelas novas tecnológicas de informação e comunicação e, a partir disso, a necessidade de adaptação dos ordenamentos jurídicos a partir de novos direitos, como a inclusão digital. Após isso, se demonstra a consideração desse direito como humano e fundamental e contrastado com a realidade qualitativa e quantitativa brasileira.

2 ORIGEM E CONCEITO DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL

O conceito de sustentabilidade teve sua origem no relatório “Nosso Futuro Comum”, criado em 1987 pela Organização das Nações Unidas, e redigido pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, sob a liderança da ex-Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland.

No relatório “Nosso Futuro Comum”, a Comissão de Brundtland definiu o desenvolvimento sustentável como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras de atenderem às suas próprias necessidades (BRUNDTLAND, 1987). Cabe ressaltar, desde logo, que não existe um único conceito para o termo sustentabilidade, mas grande parte das construções teóricas entende que desenvolvimento sustentável incorpora a conservação da natureza externa (sustentabilidade ecológica), a sustentabilidade social e também uma sustentabilidade econômica.

Juarez Freitas (2012, p. 55), por exemplo, entende que a sustentabilidade pode ser considerada como uma “[...] questão de inteligência sistêmica e de equilíbrio ecológico em sentido amplo. É, cognitiva e axiologicamente, diretiva relacionada ao desenvolvimento natural e imaterial (no sentido de não adstrita à mera satisfação das necessidades básicas).

Todavia, alguns autores, instituições e práticas de política ambiental continuam privilegiando ou considerando exclusivamente a sustentabilidade sua na dimensão ambiental, onde, na maioria dos casos, os aspectos sociais e econômicos da sustentabilidade sempre complementam os da sustentabilidade ecológica (WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, 1987).

A origem da separação do conceito de sustentabilidade em três aspectos (ambiental, econômico e social) ocorreu a partir do modelo *Triple Bottom Line* elaborado pelo economista John Elkington. Ao adotar esse modelo, que se trata de uma medida de desempenho e performance dos três aspectos, uma socieda-

de, para alcançar a sustentabilidade, deve considerar uma posição proativa que busque, concomitantemente, a eficiência econômica, a preservação ambiental e a justiça ou equidade social, não apenas o lucro proporcionado ao mercado. Caso um desses componentes não seja sustentável, o desenvolvimento geral também não o será (ELKINGTON, 2001).

Além disso, os aspectos não devem ser analisados isoladamente, mas a partir da formação de intersecções. A intersecção dos aspectos econômicos e ambientais, por exemplo, geram a ecoeficiência, que é a representação da utilização consciente dos equipamentos de produção, aplicados à tecnologia, o que gera, assim, a redução da degradação do meio ambiente, ou seja, a diminuição dos custos ambientais.

Já a intersecção dos aspectos sociais e ambientais gera a justiça ambiental, sendo ela responsável pela equidade intra e intergerações, tendo como consequência a necessidade de investimentos em educação e treinamento para indivíduos e comunidades. Por fim, a intersecção dos aspectos econômicos e sociais geram a ética empresarial, com vistas à empresa conceder o tratamento igualitário às pessoas (LOURENÇO; CARVALHO, 2013).

Consoante ao entendimento de Juarez Freitas (2012, p. 57):

Uma acepção acanhada da sustentabilidade, em versão mono, pouco ou nada serve, já porque não dá conta do entrelaçamento das dimensões, já porque deixa de incorporar a dimensão valorativa ou ética do desenvolvimento imperativo de universalização concreta das práticas conducentes ao bem-estar duradouro) e a dimensão jurídico-política (normatividade de princípio constitucional, direta e imediatamente incidente), que muda a concepção e a interpretação de todo o Direito (como é o caso emblemático do Direito Administrativo, que incorporou explicitamente o princípio, no plano das normas infraconstitucionais).

Conforme o autor, a sustentabilidade é multidimensional¹ justamente porque o bem-estar é multidimensional e as dimensões possuem uma interconexão. Assim, “todas as dimensões entrelaçadas compõem o quadro de cores limpas da sustentabilidade como princípio constitucional² e como valor” (FREITAS, 2012, p. 57).

¹ Importante mencionar que Juarez Freitas concebe a sustentabilidade em cinco dimensões, a ambiental, a social, a econômica, a ética e a jurídica-política.

² No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da sustentabilidade está previsto, principalmente, no artigo 225, da Constituição Federal de 1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”. (BRASIL, 1988)

Em relação a cada aspecto ou dimensão, primeiramente, a sustentabilidade ecológica diz respeito a certo equilíbrio e manutenção de ecossistemas, à conservação de espécies e à manutenção de um estoque genético das espécies, que garanta a resiliência ante impactos externos. Embora no esquema não esteja explícito, a sustentabilidade ecológica também inclui a manutenção dos recursos naturais abióticos com a menor interferência humana possível.

No conjunto, a sustentabilidade ecológica corresponde ao conceito de conservação da natureza no sentido da natureza externa ao ser humano. Por isso, se analisada isoladamente, sem a consideração dos outros aspectos, a sustentabilidade ecológica perpetua a separação entre o sujeito ser humano e o objeto, natureza.

Em suma, de acordo com Juarez Freitas (2012, p. 65):

(a) não pode haver qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado e, que é mais importante, no limite, (b) não pode sequer haver vida humana sem o zeloso resguardo de sustentabilidade ambiental, em tempo útil, donde segue que (c) ou se protege a qualidade ambiental ou, simplesmente, não haverá futuro para a nossa espécie.

Em relação ao conceito de sustentabilidade econômica, este não pode ficar restrito apenas ao crescimento econômico e à eficiência produtiva, visto que um crescimento ilimitado, como é aquele comandado pelo sistema capitalista, não é congruente com a sustentabilidade ambiental (REES; WACKERNAGEL, 1999, p. 47-52). Assim, para os economistas ambientais, deve haver uma correção dos processos produtivos para obter um desenvolvimento capitalista sustentável, por exemplo, a partir da substituição do uso de recursos naturais não-renováveis por renováveis e a redução das práticas que geram poluição (PEARCE; TURNER, 1995).

A sustentabilidade econômica não pode ser separada da consideração das consequências a longo prazo. Nesse sentido, a natureza não pode ser vista como simples capital e, para isso, a regulação estatal se faz impositiva para evitar que a exploração incontrolável do mercado com vistas ao crescimento somente econômico interfira irremediavelmente na complexidade do mundo natural.

Em suma, Juarez Freitas (2012, p. 67) aduz que:

A visão econômica da sustentabilidade, especialmente iluminada pelos progressos recentes da economia comportamental, revela-se decisivo para que (a) a sustentabilidade lide adequadamente com custos e benefícios, diretos e indiretos, assim como o “trade-off” entre eficiências e equidade intra e inter-geracional; (b) a economicidade (princípio encapsulado no art. 70 da CF) experimente o significado de combate ao

desperdício “latu sensu” e (c) a regulação do mercado aconteça de sorte a permitir que a eficiência guarde real subordinação à eficácia.

Em relação ao terceiro aspecto, objeto de discussão, até a década de 1990, o conceito de sustentabilidade social era utilizado apenas com a finalidade de reforçar o interesse pela sustentabilidade ecológica sendo difícil a distinção dessas duas dimensões, como já abordado. Nessa época, duas temáticas concentravam a discussão sobre sustentabilidade social: a pobreza e o incremento populacional (PIMENTEL; WESTRA; NOSS, 2000).

A partir de uma consideração simplificada, a sustentabilidade social enfatiza oportunidades para o desenvolvimento de novas habilidades, novos processos e novas capacidades tecnológicas, a partir da construção de redes de confiança, reciprocidade e suporte, considerando-se as características culturais de cada comunidade e buscando-se a igualdade, a coesão e a inclusão social.

É pacífico o entendimento de que não é possível o alcance de um desenvolvimento sustentável unicamente com o crescimento econômico, mas observando-se diversos aspectos, dentre os mais básicos, a superação ou redução da desigualdade social. Essa desigualdade possui origens distintas em cada sociedade, portanto, esta deve observar as razões para o aparecimento do problema para, após isso, resolvê-lo.

Na América Latina, por exemplo, a acentuada desigualdade social tem raízes históricas e coloniais, persistindo em regimes republicanos.

Esta desigualdade remonta a uma negação de direitos sistemática com base em questões raciais e de propriedade, relegando grande parcela da população à subjugação e segregação, além do impedimento ao acesso de infraestruturas básicas. Com a reprodução de privilégios a determinadas classes dominantes – geralmente relacionadas à economia de exportação da época ou, mais atualmente, às instituições financeiras - em detrimento de outras, manteve-se as assimetrias nas condições de vida e de direitos, perpetuando, por meio, de um padrão de desenvolvimento, as disparidades econômicas (FOLADORI, 2002). Esses fatos efetivaram a desigualdade digital, um fenômeno que também é chamado de apartheid digital, pois divide as pessoas em dois grupos: os que podem ter acesso às redes e os que não podem. Sobre essa divisão, Pierre Levy (1999, p. 33) enfatiza que “[...] cada novo sistema de comunicação fabrica seus excluídos. Não havia iletrados antes da invenção da escrita. A impressão e a televisão introduziram a divisão entre aqueles que publicam ou estão na mídia e os outros”.

A partir deste pensamento, abstrai-se a necessidade de eliminar os fatores que tornam os excluídos desiguais, ou seja, mobilizar os setores sociais visando

a inclusão de toda a população no mundo digital e, conseqüentemente, retirar o monopólio do mundo rico.

Em relação ao Brasil, Leonardo Boff (2012) exemplifica, a partir de dados coletados até 2012, que no país, apenas cinco mil famílias controlam cerca de 46% do Produto Interno Bruto (PIB). Além disso, o Governo destina 150 bilhões de reais para o pagamento de juros dos empréstimos e apenas 50 bilhões para programas sociais. Outro problema grave é o fato de que 1% da população detém 48% da extensão do território brasileiro. Esses dados, conforme o autor, demonstram a impossibilidade e a falsidade do desenvolvimento socialmente justo.

Bruno Jean (2010, p. 51) entende que é necessária a promoção de um desenvolvimento territorial e econômico correspondente às demandas sociais de desenvolvimento, visto que os territórios são entidades socioespaciais, ou relacionadas às atividades humanas conduzidas num dado espaço. Eles refletem, portanto, um procedimento de construção política e social.

Nesse sentido, para o alcance da sustentabilidade social, deve-se pensar em uma política de apoio a iniciativas de coletividades regionais e locais que clamam por uma pluralidade de atores sociais, para a elaboração cooperativa de diagnósticos e projetos comunitários de acordo com as demandas. Buscando solucionar a desigualdade presente nesta questão, ocorreu nos anos 2000, a União Internacional de Telecomunicações, na qual houve a união entre a Secretaria Geral da ONU e um conglomerado de grandes corporações que realizaram uma reunião entre chefes de Estado em prol da organização de um plano de investimentos para expandir a rede no mundo em desenvolvimento.

A reunião realizada pelas Nações Unidas teve como resultado a Declaração de Princípios de Genebra, a qual pretendia promover oportunidades digitais para todos, visando especialmente os mais marginalizados.

Guillermo Foladori (2002) entende que uma maior igualdade em matéria de oportunidades, direitos e bem-estar proporciona condições para um país enfrentar os desafios que o contexto dinâmico mundial apresenta. A ampliação da igualdade influencia positivamente no fortalecimento da representação política de grupos segregados, conferindo a estes uma maior participação democrática, nas decisões do Poder Público, na distribuição de recursos necessários para o cumprimento de suas demandas a ampliação de serviços e políticas públicas gerais ou direcionadas.

Conforme o autor, são objetivos da sustentabilidade social o empoderamento e igualdade, a mobilidade social, a coesão cultural e o desenvolvimento institucional, tendo como principal consequência a participação social.

Foladori analisou o desenvolvimento do conceito de sustentabilidade social em três décadas. Como abordado, inicialmente, durante a década de 1980 até aproximadamente os anos 2000, a sustentabilidade social teve como eixo central a pobreza e o incremento populacional. Depois, evoluiu a partir da adoção de critérios, como a governança e o empoderamento, pressupondo-se que o desenvolvimento deve agregar valor para as comunidades, a partir do desenvolvimento do capital humano dos indivíduos e do capital social.

Nesse contexto, Abubakari Ahmed e Ronald McQuaid (2005) balizaram o entendimento de que o conceito de sustentabilidade social enfatiza a administração de recursos sociais, incluindo indivíduos e suas competências e habilidades, instituições, relacionamentos e valores sociais. Nesse sentido, Juarez Freitas (2012, p. 60) explica que “as sociedades equitativas, não as mais ricas e assimétricas, são aquelas percebidas como as mais aptas a produzir bem-estar”. Com isso, a sustentabilidade vista em sua dimensão social necessitaria das seguintes condições:

(a) o incremento da equidade intra e intergeracional; (b) condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas, com educação de qualidade para o convívio; (c) o engajamento na causa do desenvolvimento que perdura e faz a sociedade mais apta a sobreviver, a longo prazo, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos (FREITAS, 2012, p. 60).

Assim, desenvolvimento sustentável deve ser aplicado nas esferas política, econômico, social e ambiental, a partir das características e sentidos de cada aspecto, para que possa haver uma mudança nos rumos e que seja traçada uma nova estratégia para a plena coabitação entre seres humanos e natureza, de uma maneira equilibrada e permanente. Edgar Morin (2000, p. 76) ensina que:

É preciso aprender a “estar aqui” no planeta. Aprender a estar aqui significa: aprender a viver, a dividir, a comunicar, a comungar [...] precisamos doravante aprender a ser, viver, dividir e comunicar como humanos do planeta Terra, não mais somente pertencer a uma cultura, mas também ser terrenos. Devemo-nos dedicar não só a dominar, mas a condicionar, melhorar, compreender.

Cabe mencionar que a sustentabilidade é considerada por Juarez Freitas (2012, p. 74) como princípio-síntese, não mera norma vaga, que determina a universalização concreta e eficaz do respeito às condições multidimensionais da qualidade de vida, buscando a proteção ao direito ao futuro. Para isso, é necessária a garantia da biodiversidade e a compatibilização dos imperativos de eficiência, com a eficácia e a equidade intergeracional, extrapolados os limites do antropocentrismo exacerbado.

Para fins de expansão da compreensão do conceito e da abrangência da sustentabilidade, importante comentar sobre a dimensão jurídico-política concebida pelo autor Juarez Freitas, considerada neste estudo como parte e meio efetivador da sustentabilidade social, visto que busca, em suma, a equidade social, a partir da atuação do Estado.

Segundo o Freitas (2012, p. 74):

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

Para isso, exige-se em uma sociedade o resguardo, dentre outros, dos seguintes direitos fundamentais: “o direito à democracia, preferencialmente direta, com o emprego intensificado das novas tecnologias e das redes sociais” e “o direito à informação livre e de conteúdo qualificado, de maneira a garantir, sem censura, o acesso universal à internet, assim como a superação da opacidade na execução dos orçamentos públicos e a subordinação dos gastos públicos aos ditames da sustentabilidade” (FREITAS, 2012, p. 69-70).

Atualmente, o acesso democrático à tecnologia humana faz a sociedade buscar novos anseios traduzidos em bem-estar social e expansão dos horizontes individuais e coletivos. Diante da relação intrínseca entre os mais diversos aspectos da vida de qualquer indivíduo com as novas tecnologias de informação e comunicação, a inclusão digital, entendida como um direito fundamental efetivador de outros direitos é essencial ao alcance da sustentabilidade social. É o que se demonstra no tópico seguinte.

3 INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO HUMANO EFETIVADOR DE OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A criação e a expansão das possibilidades de acesso às novas tecnologias de informação e comunicação, principalmente a Internet (que só chegou ao setor privado a partir do desenvolvimento da *world wide web*) interferiram na configuração da sociedade global e, direta ou indiretamente, em todos os aspectos da vida dos membros que a integram, como a modificação das formas de relação e a possibilidade de criação e compartilhamento de informações, que ocorre em tempo real e de forma expansiva.

A transformação da sociedade em uma sociedade em rede³ a partir da ampliação da interconexão das redes de computadores de qualquer lugar do mundo por meio da Internet impactou intrinsecamente em todos os aspectos da vida das pessoas, desde a criação de novas interfaces de educação, trabalho, comunicação, até as relações interpessoais e público-privadas, a partir da aproximação dos políticos com as demandas dos cidadãos. Em síntese, é possível identificar que há três elementos que podem alinhar a introdução dessa nova sociedade: a reestruturação produtiva, a evolução tecnológica e a reorganização política (OLIVEIRA; BAZI, 2008).

Diante desse contexto, os ordenamentos jurídicos precisaram evoluir e se adaptar à nova realidade dinâmica apresentada por essas tecnologias por meio da criação de novos direitos, como o acesso à Internet e, de forma mais abrangente e efetiva, a inclusão digital⁴, uma vez que a impossibilidade do exercício gera exclusão social e a ampliação das desigualdades.

Especificamente em relação ao direito à inclusão digital, objeto do estudo, trata-se de um direito fundamental, visto que é efetivador da grande maioria dos outros direitos. A partir da sua garantia, o direito à igualdade é reconhecido (perante à lei e relativo às oportunidades), bem como o da liberdade, por meio da participação democrática e do exercício dos direitos políticos de forma mais qualitativa e da liberdade de expressão e possibilidade de construção da opinião pública por meio de fontes diversas, tornando o processo do Estado democrático de Direito mais legítimo.

A inclusão digital é uma adaptação do conceito de inclusão social, construído a partir da releitura, a partir dos anos 1960 e 1970, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, consoante à nova configuração global. Conforme Vitor Hugo Pereira Gonçalves (2011, p. 30):

O discurso da inclusão social tornou-se vivo e atuante em todos os níveis e extratos das sociedades do mundo todo. O discurso da inclusão social foi apreendido e apropriado por negros, índios, pessoas com defi-

³ Sociedade em rede é uma expressão criada por Manuel Castells. Segundo o autor “A revolução da tecnologia da informação e a reestruturação do capitalismo introduziram uma nova forma de sociedade, a sociedade em rede. Essa sociedade é caracterizada pela globalização das atividades econômicas decisivas do ponto de vista estratégico, por sua forma de organização em redes; pela flexibilidade e instabilidade do emprego e pela individualização da mão-de-obra. Por uma cultura de virtualidade real construída a partir de um sistema de mídia onipresente, interligado e altamente diversificado”. (CASTELLS, 2000. p. 17).

⁴ O termo “inclusão digital” possui significado mais abrangente em relação ao acesso à Internet, pois, acredita-se que não basta o acesso às estruturas que permitem o acesso à web, mas também a capacidade de compreender e utilizar adequadamente os recursos digitais, a partir da educação digital.

ciência, mulheres, homossexuais, etc, enfim, todos os excluídos por práticas sociais, históricas, econômicas e culturais. Foi dentro deste contexto de contestação e práticas excludentes estabelecidas que surgiu a apropriação do termo inclusão para designar a luta pelo acesso às TIC como meio de superação de desigualdades. A esta luta foi atribuído o nome de inclusão digital.

Conforme André Lemos (2007, p. 31), inclusão digital significa o acesso da população ao mundo digital equiparando as potencialidades num ambiente geográfico, social, etário e intelectual diversificado, em tentativa de se garantir não apenas a capacitação/treinamento do indivíduo ao uso do equipamento, mas estimular o exercício dos direitos garantidos a cada cidadão como educação, acesso à informação e participação nas atividades do núcleo social que este se encontra, garantindo a construção de sua cidadania.

Devido à importância desse direito, a Organização das Nações Unidas (ONU), em assembleia geral do Conselho de Direitos Humanos (HUMAN RIGHT COUNCIL, 2011, p. 7) reconheceu o acesso à Internet como direito humano básico, em 16 de maio de 2011, principalmente por efetivar o direito ao acesso à informação⁵. Conforme a ONU, não promover o acesso à internet ou limitá-lo de qualquer forma ocasionam uma clara violação ao parágrafo 2º do artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (recepção no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 593/1992), conforme disposto no relatório:

De fato, a Internet tornou-se um meio fundamental pelo qual os indivíduos podem exercer seu direito à liberdade de opinião e expressão, tal como garantido pelo artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. O último prevê que:

- (A) Todos devem ter o direito de manter opiniões sem interferências;
- (B) Todos devem ter direito à liberdade de expressão; Este direito deve incluir a liberdade de buscar, receber e transmitir informações e idéias de todos os tipos, independentemente das fronteiras, oralmente, por escrito ou impressas, sob a forma de arte ou através de qualquer outro meio de sua escolha;
- (C) O exercício dos direitos previstos no parágrafo 2 deste artigo contém deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições, mas estas devem ser apenas as previstas na lei e são necessárias;

⁵ De acordo com Antonio Enrique Pérez Luño, enquanto os direitos humanos resultam de tratados internacionais e visam a proteção da pessoa independentemente da sua origem e vinculação territorial, os direitos fundamentais são os direitos humanos que foram positivados nas constituições de cada ordenamento jurídico (PÉREZ-LUÑO, 2005, p. 51-53).

(D) pelo respeito dos direitos ou reputação de outros;

(E) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou da saúde pública ou da moral. (Tradução)⁶

Além disso, o artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 expressa que “todo ser humano tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios”. Assim, o progresso científico e seus benefícios são meios para garantir o usufruto, a participação e a apropriação das tecnologias e da cultura produzida por meio delas.

De acordo com Perez Luño (2003, p. 68) a Internet cria novas oportunidades para os cidadãos se expressarem de forma imediata, por meio de algum dispositivo. Esse equipamento conectado é o instrumento que possibilita a expressão de opiniões, pontos de vista, o que otimiza as formas de comunicação entre os cidadãos e administração pública, uma vez que pode ocorrer de forma direta e menos burocrática.

Ademais, conforme Ricardo Piana (2007, p. 109), as novas tecnologias de informação e comunicação possibilitam uma maior participação do cidadão na tomada das decisões e uma aproximação entre este e o Poder Público, além do aumento da transparência pública, a partir dos Portais de Transparência, do Governo Eletrônico e do Serviço de Informação e Comunicação (e-SIC).

A inclusão digital permite também a participação na cibercultura, que, segundo Pierre Lèvy, (1999, p. 17) se trata de:

Modos de pensamento e de valores que se desenvolvem com o crescimento do ciberespaço, definido por meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores, abrangendo não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo

⁶ Texto original: “Indeed, the Internet has become a key means by which individuals can exercise their right to freedom of opinion and expression, as guaranteed by article 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. The latter provides that:

(a) Everyone shall have the right to hold opinions without interference;

(b) Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice;

(c) The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary;

(d) for respect of the rights or reputations of others;

(e) for the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals”. (HUMAN RIGHT COUNCIL. 2011, p. 7).

oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo.

Outra vantagem é a melhor interação social entre os internautas, a reflexão, o acesso às diversas fontes de informação e à diversidade cultural, bem como a ampliação do acesso a ferramentas educacionais e desenvolvimento de habilidades, o que beneficia, simultaneamente, o indivíduo e o ambiente macro. Consoante ao entendimento de André Lemos (2010, p. 88):

Ainda sobre os benefícios advindos do acesso à rede, ressalta-se a capacidade de o indivíduo ser verdadeiro ator das ações sociais, diferente do que ocorria quando do fortalecimento da mídia televisiva e jornalística, podendo ser formador e divulgador de opinião, deixar suas impressões políticas e culturais, enfim, produzir conhecimento. Assim, “deve-se reconhecer que a internet, ampliando a circulação da palavra, oferece ao cidadão uma ampliação da esfera pública midiática que estava restrita ao poder das grandes corporações midiáticas.

Todavia, a expansão das novas tecnologias de informação e comunicação no mundo globalizado se deu de forma desigual, o que gerou a maior efetivação e possibilidade de exercício de direitos a apenas parcela da população mundial, tendo como consequência o agravamento das desigualdades sociais. Por isso, surge a necessidade de um trabalho conjunto da sociedade civil e do Estado, por meio de projetos políticas públicas para garantir não só acesso aos equipamentos e recursos digitais, mas a sua compreensão e capacitação para um uso inteligente e benéfico.

Infere-se que a exclusão digital não está relacionada somente à falta de acesso físico às estruturas que possibilitam a conexão na Internet (*hardwares* e *softwares*), mas, ela ocorre igualmente devido ao nível educacional, à dificuldade de compreensão do monolinguismo geralmente utilizado na web, à falta da utilização de qualidade do que é oferecido por essas tecnologias e, inclusive ao desinteresse econômico das grandes corporações detentoras das estruturas que garantem o acesso à rede mundial de computadores.

Conforme André Lemos (2007, p. 42):

Podemos definir exclusão digital como a falta de capacidade técnica, social, cultural, intelectual e econômica de acesso às novas tecnologias e aos desafios da sociedade da informação. Essa incapacidade não deve ser vista de forma meramente técnica ou econômica, mas também cognitiva e social. [...] A perspectiva meramente tecnocrática deve ser abandonada em prol de uma visão mais complexa do processo de inclusão. A ação de incluir deve ser vista como uma ação complexa que visa a ampliação dos capitais técnico, cultural, social e intelectual.

Em relação ao cenário brasileiro, cerca da metade da população ainda não possui qualquer tipo de acesso à Internet em 2014, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (GOMES, 2016). Os dados demonstram que, naquele ano, 36,8 milhões de casas estavam conectadas à *world wide web*, o que representa 54,9% do total de domicílios, totalizando cerca 95,4 milhões de brasileiros conectados, cujo maior índice de uso da Internet foi encontrado entre os domicílios com renda *per capita* de mais de cinco salários mínimos (88,9%), diminuindo proporcionalmente à redução da renda nas classes mais baixas.

Desse modo, Rezende (2005, p. 59) afirma que:

A exclusão digital possui forte correlação com outras formas de desigualdade social e, em geral, as taxas mais altas desta exclusão encontram-se nos setores de mais baixa renda. A desigualdade social no campo das comunicações, na sociedade moderna de consumo de massa, não se expressa somente no acesso ao bem material – rádio, telefone, televisão, Internet –, mas também na capacidade do usuário de retirar, a partir de sua capacitação intelectual ou profissional, o máximo proveito das potencialidades oferecidas por cada instrumento de comunicação e informação.

Além da renda e da capacidade intelectual se tratarem de fator limitador ao acesso⁷, existem ainda disparidades regionais de acesso, visto que, consoante dados da Pesquisa TIC Domicílios de 2015, promovida pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, a maior concentração de internautas ocorre na Região Sudeste (64%), seguida da Região Sul (61%), da Região Centro-Oeste (59%) e, por último, das Regiões Norte (51%) e Nordeste (49%), que registram menores índices de conexão (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2016).

Outro fator limitante para a real inclusão digital é a falta de qualidade do acesso à Internet. Em relação ao eixo temático “Comunicação”, por exemplo, 85% da população mandou mensagens por WhatsApp, Skype ou chat do Facebook e 77% utilizou redes sociais, como Facebook, Instagram ou Snapchat. Em relação à busca por informações, apenas 58% procurou informações sobre produtos e serviços e 31% buscou informações em sites de enciclopédia online.

⁷ De acordo com pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, em 2013, a Internet no Brasil obteve a segunda maior média de preços da banda larga em um estudo realizado com dados de 15 países, dentre eles desenvolvidos e emergentes. Os dados consideram o valor cobrado pela conexão de 1 Mbps e fazem uma média com a renda da população do país, resultando em quantas horas o cidadão precisaria trabalhar para pagar pelo acesso à internet banda larga. De acordo com o estudo, a média de preço no Brasil para contratar uma conexão de 1 Mbps é de US\$ 25,06 por mês (considerando uma renda média por hora de US\$ 5). No Japão, o mais bem colocado, a média de valor é de US\$ 0,27; no entanto, a média de renda do país asiático é de US\$ 18. (CAMPI, 2013)

Já quanto ao eixo temático “Educação e Trabalho”, por exemplo, apenas 43% da população realizou atividades ou pesquisas escolares, 9% fez algum tipo de curso à distância e 37% estudou na Internet por conta própria. Preocupante também é o fato de que há um baixo costume de compartilhamento e produção de conteúdo na Internet (66%).

Especificamente quanto às ferramentas para exercício da cidadania e da democracia na Web, apenas 59% das pessoas utilizaram plataformas de Governo Eletrônico nos 12 meses anteriores à pesquisa. Ademais, apenas 26% procuraram informações oferecidas por sites de governo e apenas uma minoria buscou entrar em contato com o Poder Público (7% por email, 6% pelo site oficial e 8% por meio dos perfis oficiais nas redes sociais). Quanto às consultas públicas, 4% da população entrevistada escreveu sugestões ou opiniões em fóruns de consultas públicas de sites de governo e 5% participou de votações ou enquetes nesses portais.

Diante da realidade qualitativa apresentada, fica claro que a utilização, por parte da maioria da população brasileira possui caráter eminentemente recreativo, talvez por falta de educação para o uso adequado ou, até mesmo, por falta de interesse, ao invés de adquirir informações e participar ativamente da gestão pública. Sobre este fato Calgaris (2005) faz uma crítica à falta de cuidado e interesse de criar modelos que consigam efetivar a inclusão social, tendo em vista que:

Somente colocar um computador na mão das pessoas ou vendê-lo a um preço menor não é, definitivamente, inclusão digital. É preciso ensiná-las a utilizá-lo em benefício próprio e coletivo. Induzir a inclusão social a partir da digital ainda é um cenário pouco estudado no Brasil, mas tem à frente os bons resultados obtidos pelo CDI no País, cujas ações são reconhecidas e elogiadas mundialmente.

A ideia de transformar a inclusão digital em política pública possibilitaria o alcance da sustentabilidade social, visto que propiciaria o desenvolvimento humano local e nacional e a aproximação das parcelas da população. Tem-se consciência de que o mercado e as grandes corporações dominantes dos softwares de acesso à rede não possuem interesse em incluir na era da informação os extratos pobres e desprovidos de dinheiro, por esse motivo, é necessária a intervenção pública.

Além disso, própria alfabetização e escolarização da população não é massiva, nem a utilização trará benefícios transformadores se não houver uma alfabetização digital e a formação básica para o uso inteligente da Internet. A velocidade da inclusão é decisiva para que a sociedade tenha sujeitos e quadros em número suficiente para aproveitar as vantagens do desenvolvimento no contexto da globalização, como a liberdade de expressão e o direito de se comunicar.

As novas tecnologias de informação e comunicação, notadamente a Internet, se tornaram importantes ferramentas para a promoção ou organização de lutas sociais e afirmação e reivindicação de direitos a minorias tradicionalmente segregadas e sem possibilidade de manifestação, fenômeno chamado de cibertivismo, termo advindo dos Estados Unidos que propõe a difusão de informações para melhor difundir ideais, movimentos, organizar protestos e boicotes. Sobre essa disseminação, Castells (2002, p. 11) aduz que “a construção de redes é operada pelo ato de comunicação. Comunicação é o processo de compartilhar significados pela troca das informações. Para a sociedade em geral, a principal fonte da produção social de significado é o processo da comunicação socializada”.

Daí que a promoção do acesso à web, a partir da inclusão digital, de uma maneira ampla, ocasionaria também na aproximação entre comunidades distantes e o Poder Público, com a possibilidade de divulgação de suas demandas particulares, além da condição de promover a cultura local, perpetuando-a na rede, visto que a conservação física ou oral por muitas vezes é falha e pode gerar a perda de características, símbolos e costumes ao longo do tempo, porquanto o que é colocado na Internet, além da possibilidade de ser amplamente difundido é permanente.

Diante disso, Juarez Freitas (2012, p. 58) conclui que:

Não se admite o modelo de desenvolvimento excludente. [...] Não se admite a discriminação negativa (inclusive de gênero). Válidas são apenas as distinções voltadas a auxiliar os desfavorecidos, mediante ações positivas e compensações que permitam fazer frente à pobreza medida por padrões confiáveis, que levem em conta necessariamente a gravidade das questões ambientais.

A redução na distância discrepante de poder entre grupos sociais não será automática, dado o caráter histórico das relações de poder, patrimônio, reconhecimento e redes de relações na sociedade. As desigualdades como as de gênero, idade etnia devem ser consideradas sob pena de uma cidadania genérica ser fonte reprodutora dessas discrepâncias tão comuns no dia a dia.

Assim, promover o exercício de direito de maneira igualitária exige um esforço em mudanças institucionais profundas, e a inclusão digital é ferramenta essencial ao debate e à conscientização a partir do compartilhamento de vivências e para a construção de soluções a partir da aproximação com o Poder Público, para erradicar ou, ao menos, reduzir as desigualdades, alcançando-se, assim, a sustentabilidade na sua concepção social.

CONCLUSÃO

A luta pela inclusão digital é uma luta pela inclusão social de uma grande parcela da população brasileira, que não possui oportunidades amplas para o exercício de direitos e está excluída de parte dos benefícios do mundo globalizado. A apropriação pelas comunidades e pelas parcelas da população socialmente excluídas da tecnologia da informação. Além disso, pode ser uma ferramenta de reconhecimento e conservação das multiculturalidade, desta forma indo além, promovendo uma interculturalidade, pois não apenas reconhece a multiplicidade de culturas, mas as aproxima. Além disso, as novas tecnologias de informação e comunicação podem servir como meio de denúncia e comunicação às autoridades públicas das demandas locais das comunidades, bem como de construção de uma opinião pública mais crítica.

A sustentabilidade social busca a promoção de um desenvolvimento territorial e econômico correspondente às demandas sociais de desenvolvimento, cujo conhecimento pode ser proporcionado de forma mais abrangente, a partir da inclusão digital. Ademais, como analisado, a sustentabilidade em uma sociedade só pode ser alcançada a partir de uma maior igualdade em matéria de oportunidades, direitos e bem-estar, que proporcionam condições para um país enfrentar os desafios que o contexto dinâmico mundial apresenta.

Assim, havendo inclusão digital, um direito humano e fundamental efetivador de outros direitos, como a liberdade de expressão, a participação democrática e o acesso à informação, a sociedade passa a exercer efetivamente a democracia e a cidadania, posto que pode aproveitar as redes virtuais para divulgar impressões, informações e conhecimento, pode pesquisar dados dos governantes e dos cofres públicos, participar de fóruns de debates, comunicar-se com pessoas do mundo inteiro, enfim, pode transformar a esfera pública em um espaço para importantes discussões políticas.

Todavia, foi visto que não basta o barateamento e o acesso às estruturas que possibilitam a conexão à Internet, mas, igualmente, a capacitação e a educação digital, caso contrário, mesmo com a utilização, se esta não for de qualidade, possivelmente não trará benefícios à pessoa e à comunidade, o que não contribui com a redução de qualquer desigualdade.

Por esse motivo, o Poder Público, em conjunto com a sociedade devem construir políticas públicas que possuam como objetivo principal o aproveitamento do potencial das novas tecnologias de informação e comunicação para criar novas formas de vínculo comunitário, dinamizar a participação política e ajudar a população na apropriação social dessas tecnologias.

REFERÊNCIAS

AHMED, Abubakari; MCQUAID, Ronald. W. Entrepreneurship, management, and sustainable development. *World Review of Entrepreneurship, Management, and Sustainable Development*, Olney, v. 1, n. 1, p. 6-30, 2005.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é: o que não é*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Our common future: report of the world commission on environment and development*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

CALIGARIS, César. *Inclusão digital: o que é e a quem se destina?* Webinsider, 2005. Disponível em: <https://webinsider.com.br/inclusao-digital-o-que-e-e-a-quem-se-destina>. Acesso em: 20 ago. 2018

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

ELKINGTON, John. *Canibais com garfo e faca*. São Paulo: Makron Books, 2001.

FOLADORI, Guillermo. Avanços e limites da sustentabilidade social. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, n. 102, p. 103-113, jan./jun. 2002. Disponível em: <http://www.ipardes.pr.gov.br/ojs/index.php/revistaparanaense/article/view/214/176>. Acesso em: 07 jan. 2019.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GONÇALVES, Vitor Hugo Pereira. *Inclusão digital como direito fundamental*. 2011. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-30102012-092412/pt-br.php>. Acesso em: 23 fev. 2019.

HUMAN RIGHT COUNCIL. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. Frank La Ruep*. Organization of United Nations, 2011. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em: 20 jan. 2019.

GOMES, Helton Simões. Internet chega pela 1ª vez a mais de 50% das casas no Brasil, mostra IBGE. *Portal G1: tecnologias e games*, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/internet-chega-pela-1-vez-mais-de-50-das-casas-no-brasil-mostra-ibge.html>. Acesso em: 17 fev. 2019.

CAMPI, Monica. Internet no Brasil é a 2ª mais cara do mundo, diz pesquisa. *Exame*, 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/internet-no-brasil-e-a-2a-mais-cara-do-mundo-diz-pesquisa/>. Acesso em: 13 mar. 2019.

JEAN, Bruno. Do desenvolvimento regional ao desenvolvimento territorial sustentável: rumo a um desenvolvimento territorial solidário para um bom desenvolvimento dos territórios rurais. In: VIEIRA, Paulo F. *et al.* (Org.). *Desenvolvimento territorial sustentável no Brasil*. Florianópolis: Aped; Secco, 2010.

LEMOS, André. *Caderno de Viagem: comunicação, lugares e tecnologias*. Porto Alegre: Editora Plus. 2010.

LEMONS, André. *Cidade Digital: portais, inclusão e redes no Brasil*. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2007.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LOURENÇO, Mariane Lemos; CARVALHO, Denise. Sustentabilidade social e desenvolvimento sustentável. *RACE- Revista de Administração, Contabilidade e Economia*, Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 9-38, jan/jun, 2013. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/race/article/view/2346/pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC Domicílios 2015*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Dom_2015_LIVRO_ELETRONICO.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

OLIVEIRA, Antonio Francisco Maia; BAZI, Rogério Eduardo Rodrigues. Sociedade da Informação, transformação e inclusão social: a questão da produção de conteúdos. *Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação e Biblioteconomia*, João Pessoa, v. 3, n. 1, 2008. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/pcbib/article/view/6157>. Acesso em: 10 maio 2018.

PEARCE, David; TURNER, Ferry. *Economía de los recursos naturales y del medio ambiente*. Madrid: Celeste Ediciones, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?* Barcelona: Gedisa, 2003.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2005.

PIANA, Ricardo Sebastián. *Gobierno electrónico: gobierno, tecnologías y reformas*. La Plata: Univ. de la Plata, 2007.

PIMENTEL, David; WESTRA, Laura; NOSS, Reed F. *Ecological integrity*. Integrating environment, conservation, and health. Washington, D.C.: Island Press; California: Covelo, 2000.

REES, William; WACKERNAGEL, Mathis. Monetary analysis: turning a blind eye on sustainability. *Ecological Economics*, Amsterdam, v. 29, p. 47-52, 1999. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800998000792>. Acesso em: 13 fev. 2019.

REZENDE, Laura Vilela Rodrigues. *O processo de alfabetização em informação inserido em projetos de inclusão digital: uma análise crítica*. 2005. Dissertação (Mestrado Ciência da Informação) – Universidade de Brasília, Brasília, 2005. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17344/1/2005_LauraVilelaRodriguesRezende.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our common future*. Oxford: Oxford University, 1987.

O PAPEL DA JUSTIÇA NA RECONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE: OS MECANISMOS DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO APLICADOS NO PÓS- GENOCÍDIO EM RUANDA

THE ROLE OF JUSTICE IN THE RECONSTRUCTION OF A SOCIETY: THE TRANSITIONAL JUSTICE MECHANISMS APPLIED IN THE POST-GENOCIDE IN RWANDA

Bárbara de Abreu Oliveira

Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia. Atualmente é
mestranda do Programa de Pós- Graduação em Direitos Humanos pela Universidade Federal de
Pernambuco.

Jayme Benvenuto Lima Júnior

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor dos programas de Pós-graduação
em Direito e em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista de
Produtividade em Pesquisa 2 do CNPq.

Submetido em: 15/03/2019

Aprovado em: 27/04/2019

Resumo: O século XX foi marcado por conflitos como o genocídio de Ruanda, fruto do colonialismo belga que gerou tensões entre as etnias Tutsis e Hutus, o que ocasionou no fim do século a morte de mais de oitocentas mil pessoas. Utilizando-se do método qualitativo, através de um levantamento bibliográfico, os autores do presente artigo visam apresentar uma visão a respeito das causas e das consequências do conflito no território Ruandês. Além disso, este trabalho busca entender quais foram os mecanismos de justiça instaurados em Ruanda no pós-genocídio com vistas à reconciliação, aplicando a definição dos conceitos de Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva no processo de transição. A reconciliação é muito mais que apenas uma simples ferramenta que possibilita a prevenção de futuros conflitos; pelo contrário, ela também proporciona que o indivíduo, seja ele vítima ou perpetrador, consiga dar continuidade a sua vida e se reinserir na sociedade.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Conflitos Internacionais. Justiça de Transição. Justiça Restaurativa.

Abstract: *The twentieth century was marked by conflicts such as the Rwandan genocide, a result of Belgian colonialism that generated tensions between the ethnic Tutsis and Hutus, which caused the death of more than eight hundred thousand people at the end of the century. Using the qualitative*

method, through a bibliographical survey, the authors of this article aim to present a vision about the causes and consequences of the conflict in Rwandan territory. In addition, this paper seeks to understand the mechanisms of justice established in Rwanda in the post-genocide with a view to reconciliation, applying the definition of the concepts of Restorative Justice and Retributive Justice in the transition process. Reconciliation is much more than just a simple tool that enables the prevention of future conflicts; on the contrary, it also provides that the individual, be he victim or perpetrator, can give continuity to his life and reinsert himself in society.

Keywords: Human rights. International Conflicts. Justice of Transition. Restorative Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Principais causas do conflito étnico em Ruanda. 3. A justiça de transição como um meio para a reconstrução social em Ruanda. 4. Os principais métodos de justiça de transição aplicados em Ruanda. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Situado na África, Ruanda tem como as principais fontes de economia a agricultura e apicultura. Antes da colonização belga, foram registrados conflitos entre as três principais etnias - Hutus, os Tutsis e os Twa -, embora em nada comparável ao ódio vivenciado durante o final do século XIX e todo o século XX. Segundo muitos estudos históricos, a colonização belga teria incentivado as diferenças e as divergências entre os grupos étnicos, especialmente entre os Hutus, majoritário, e a minoria Tutsi. A região central da África onde hoje se encontra o estado nacional ruandês tomou parte no que se denominava no século XIX Estado Livre do Congo, uma situação tolerada pelo sistema de estados europeus, em que “o imenso território da África Central” era “única colônia no mundo controlada por um só homem” (HOCHSCHILD, 1999, p. 9-13), o Rei Leopoldo II, da Bélgica. Embora o monarca fosse conhecido na Europa pela sua alegada filantropia, ele enriquecera ainda mais com um sistema de trabalho escravo adotado para a extração ilegal de marfim, látex e minérios. O marfim da presa dos elefantes era transformado em cabos de faca, tacos de bilhar, pentes, leques, porta-guardanapos, teclas de piano para órgãos, peças de xadrez, crucifixos, caixas de rapé, broches e estatuetas (HOCHSCHILD, 1999, p. 71).

A dominação belga durante e depois do Estado Livre do Congo, do Rei Leopoldo II, teria reforçado as divergências entre as tribos, promovendo inclusive distinções raciais exportadas da Europa, as quais tratavam os Hutus como inferiores aos Tutsis. Enquanto durou a dominação belga, os Hutus acusaram os dominadores de privilegiar os Tutsis em empregos públicos, por considerá-los mais adequados ao exercício de tais funções. Com o fim da colonização belga, durante a maior parte do século XX, as duas principais etnias habitantes do território

onde atualmente se encontra Ruanda revezaram-se no poder, tendo consequências negativas para aquela que não estava no poder.

O conflito étnico do ano de 1994, entre as etnias Hutus e Tutsis, resultou na morte de mais de oitocentas mil pessoas e um grande número de refugiados. Após o genocídio, em meio de tanta dor e tristeza, o país passou a lidar com a tarefa de pacificação, por meio de um processo de justiça de transição. O processo de reconstrução social de Ruanda foi um momento de grande participação tanto do governo local, quanto da comunidade internacional, incluindo a ajuda de organizações internacionais e ONG's internacionais.

A reconstrução social no país possibilitou que diversos mecanismos de justiça de transição fossem inseridos em Ruanda, incluindo a criação do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda em 1994, tribunais nacionais e de aparaatos como comissões de verdade, medidas disciplinares e iniciativas a nível local.

Através de uma análise qualitativa, o presente artigo utilizou-se de um levantamento bibliográfico, tendo como principal objetivo evidenciar o papel da justiça de transição que possibilita certa capacidade de reconstrução em sociedades que passaram por momentos de graves violações aos Direitos Humanos, dando enfoque principalmente na situação vivenciada pelo povo Ruandês. Por meio das fontes primárias e secundárias que contribuíram para a elaboração desse estudo, a primeira sessão deste artigo tem como objetivo abordar as causas e as consequências do conflito étnico ruandês, a segunda visa conceituar Justiça Restaurativa e Retributiva, e por último, este artigo busca refletir a respeito dos avanços resultantes da aplicação dos mecanismos de justiça de transição no país.

Por fim, este estudo entende que a justiça de transição aplicada em países que vivenciaram grandes violações de Direitos Humanos é precisa, podendo proporcionar uma grande reconciliação no território. Além disso, compreende que, mesmo com a instauração de diversos aparatos que visam colaborar com a reconstrução social no local, os mesmos não tem a capacidade de extinguir o grande desastre que causou a morte de incontáveis vítimas.

2 PRINCIPAIS CAUSAS DO CONFLITO ÉTNICO EM RUANDA

A República de Ruanda é um país situado na região dos Grandes Lagos da África centro oriental, fazendo fronteira com Uganda, Burundi, República Democrática do Congo e Tanzânia. Em 1994, Ruanda foi marcada por uma série de conflitos étnicos, que desencadeou o assassinato de mais de oitocentas mil pessoas. Considerado um país territorialmente pequeno, as principais fontes de economia são a agricultura e a pecuária (PAULA, 2011, p. 28).

Em seus primórdios, a região onde hoje se estabeleceu a República de Ruanda chegou a ter governos autônomos e relativamente bem sucedidos, situação que foi destruída pela conquista europeia. Durante o período de dominação, o continente africano sofreu divisões impostas em suas tribos. Em 1894, a Alemanha tomou posse de Ruanda, sucedendo a Bélgica na dominação. Após a derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, o território passou a ser administrado outra vez pela Bélgica mediante um mandato estabelecido no âmbito da Liga das Nações. Em 1933, por força da colonização belga, a população de Ruanda teve seus grupos étnicos classificados como Hutu, Tutsi e Twa (PAULA, 2011, p. 28).

A etnia Twa era minoria, representando apenas 1% da população, enquanto os Hutus compunham 84% da população e os Tutsi 15%. A diferenciação étnica se baseava na aparência física, sendo que “a característica física principal, em comparação com os Tutsis, é o fato de que os Hutus seriam mais baixos e de constituição física mais compacta. Os Tutsis seriam mais altos e teriam feições angulosas” (PAULA, 2011, p. 26). Além disso,

Na década de 1920, os belgas estabeleceram um sistema de carteiras de identidade que impedia que o portador migrasse de um grupo a outro. Não havendo prova de ancestralidade e sendo as características físicas indefinidas [...], aplicava-se uma fórmula simples: quem possuísse dez ou mais vacas era Tutsi, quem possuísse menos eram Hutus. Reverteu-se, assim, o processo de mútua assimilação e aticou-se o antagonismo latente (SANTOS, 2011, p. 33).

No período pré-colonial, os Hutus e os Tutsis eram um só povo que falava a mesma língua e vivia em conjunto. De acordo com Newbury¹ (1995, apud NIKUZE, 2014, p. 1089).

Quando os colonos belgas chegaram em 1916, trataram os hutus e os tutsis como grupos separados. O poder colonial polarizou ainda mais os grupos, classificandoos ruandeses em grupos étnicos e obrigando-os a possuir cartões de identidade étnica, classificando as pessoas de acordo com sua etnia. Os belgas consideravam os tutsis superiores aos hutus e, portanto, os tutsis eram favorecidos em cargos administrativos, educação e empregos no setor moderno (NIKUZE, 2014, p. 1089, tradução nossa).²

¹ Nikuze, D. (2014), “The Genocide against the Tutsi in Rwanda: Origins, causes, implementation, consequences, and the post-genocide era”, *International Journal of Development and Sustainability*, Vol. 3 No. 5, p. 1086-1098.

² “When the Belgian colonists arrived in 1916, they treated the Hutu and the Tutsi as separate groups. The colonial power further polarized the groups by classifying Rwandans into ethnic groups and making it obligatory for them to carry ethnic identity cards classifying people according to their ethnicity. The Belgians deemed the Tutsi to be superior to the Hutu and thus Tutsi were favoured

Uma das características da dominação belga durante o colonialismo foi o domínio indireto, ou seja, eram permitidas atribuições africanas no exercício do governo, mas sempre em uma posição subordinada. Condições dessa natureza, impostas pelos belgas, acirraram ainda mais a segregação dentro do território ruandês (FUSINATO, 2014, p. 22- 26).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, novos movimentos em prol da independência no continente africano começaram a surgir. É apenas em 1960 que Ruanda se tornou independente, ocasião em que foi eleito presidente Grégoire Kayibanda, do Partido do Movimento de Emancipação Muhutu (FUSINATO, 2014, p. 26). Entretanto, a situação política na República de Ruanda se encontrava por demais frágil, uma vez que:

No pós-independência o clima de instabilidade aumenta, com o agravamento das tensões entre os dois grupos. Nessa altura, os Bahutus estavam no poder, e um clima de revanchismo contra os Batutsis começou a imperar. Em 1973, o General Juvénal Habyarimana- que pertencia ao grupo Bahutu- liderou um golpe de Estado que destituiu o presidente eleito em 1960, Grégoire Kayibanda [...] é a partir de 1959, com a Revolução Social Hutu, que se pode observar um agravamento das questões políticas em Ruanda (FUSINATO, 2014, p. 26-27).

Mais tarde, em 1990, além de enfrentar uma crise econômica profunda, o governo Ruandês ainda tinha de lidar com guerras civis. Nesse ano, Ruanda foi invadida por um exército extremista estabelecido em Uganda, conhecido como Frente Patriótica Ruandesa (FPR). O grupo era formado por Tutsis que foram exilados do país durante os conflitos pretéritos (PAULA, 2011, p. 30).

Apesar da independência, Ruanda continuava marcada por um alto índice de criminalidade, em particular de homicídios, situação que possivelmente era agravada pela convivência forçada das várias etnias tornadas inimigas, e pelas crises econômicas resultantes do colonialismo (MAIA, 2001, p. 106). Em meio a tais crises, o desemprego em massa assombrava o país, o que fazia com que jovens desempregados “acabassem se juntando às milícias organizadas pelo próprio governo, que disponibilizavam treinamento militar em troca de condições de sobrevivência” (FUSINATO, 2014, p. 31). Com isso, foram criados campos de treinamento para assassinatos em massa e doutrinação de ódio, resultando em arranjos como a milícia denominada *Interhamwe*, que:

[...] atraía centenas de jovens sem lar, e as adesões se alastravam pelo país como um vírus. O movimento constituía a milícia extremista hutu, e muitos dos seus membros eram treinados por soldados do governo

in administrative positions, education and jobs in the modern sector” (NIKUZE, 2014, p. 1089).

para lutar e matar. Viajavam em bandos e usavam uniformes informais - camisas folgadas, estampadas num berrante vermelho, amarelo e verde – que reproduziram as cores do seu partido (ILIBAGIZA, 2008, apud FUSINATO, 2014, p. 31).³

Além da criação de campos de treinamentos para assassinatos em massa, emissoras de rádio também passaram a ser usadas para incitar a violência e disseminar o ódio, como foi o caso da *RadioTélévision Libre de Mille Collines* - RTLM, que propagavam “mensagens de ódio aos Tutsis, tornando estas mensagens em uma campanha que incentivava o extermínio dos denominados inimigos” (GUEDES, 2017, p. 20).

É evidente que o conteúdo explorado pelos meios de comunicação governistas, principalmente o rádio (como é o caso da *Radio Télévision Libre de Mille Collines* - RTLM), acaba exacerbando uma plural e complexa relação histórica entre tutsis e hutus, os quais chegaram a ter uma série de casos de conflitos desde a Revolução Hutu de 1959. Nesse sentido, a propaganda governistas anti-FPR e anti-tutsi na década de 1990 corroborou significativamente com a massiva participação popular de ruandeses no genocídio (FONSECA, 2016, p. 151).

Em 1992, pressões externas sobre o país insinuavam que o governo Ruandês deveria negociar com a FPR, e, assim, assinar os Acordos de Arusha. Esses acordos nada mais eram que uma forma de apaziguar a situação política no país, proporcionando a volta dos refugiados ruandeses e permitindo a divisão do poder entre a FPR e o Movimento Republicano Nacional por Democracia e Desenvolvimento (MRND) (PAULA, 2011, p. 33). Além desses acordos em prol da manutenção da paz no país, em 5 de outubro de 1993, foi estabelecida, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), através da resolução 875, a Missão de Assistência da ONU para Ruanda- UNAMIR.

No dia 6 de abril de 1994, o avião que transportava o presidente Juvenal Habyarimana foi atingido por dois mísseis. Com a queda do avião, os “Bahutus extremistas passaram a acusar a FPR, a UNAMIR e os opositores do governo de serem responsáveis pelo acidente” (FUSINATO, 2014, p. 33). A morte de Habyarimana foi muito mais do que um simples acontecimento, foi um marco na história de Ruanda, tornando-se o estopim para o início dos conflitos violentos entre os grupos étnicos tutsis e hutus.

[...] apesar dos esforços pela democratização, o cenário que se podia observar nas ruas de Ruanda era de uma perseguição cada vez maior

³ILIBAGIZA, Immaculée. Sobrevivi para contar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

a Batutsis e a opositores do governo. As denúncias de práticas violentas e mortes aumentavam a cada dia, as manifestações contra o governo eram abafadas e a repressão chegou a níveis insustentáveis (SILVA, 2003, apud FUSINATO, 2014, p. 32).⁴

Após a morte do presidente, os assassinatos em massa tornaram-se uma realidade ainda mais premente. A UNAMIR buscava estabelecer um acordo entre as partes, porém sua participação no conflito era limitada, na medida em que o mandato concedido pela ONU não permitia o uso da força (FUSINATO, 2014).

O elevado número de vítimas fatais não se deu apenas em razão dos assassinatos em massa que assombravam Ruanda, as pessoas também morriam por contágio de doenças e pela falta de água limpa e de alimentação. De acordo com Luiz Augusto de Paula (2011):

Um número estimado de 5.000 pessoas morria por dia entre abril e julho de 1994 devido a ausência de necessidades básicas. Na capital, Kigali [...] mais de 67.000 corpos foram recolhidos na primeira semana (quase 10.000 pessoas mortas por dia) [...] alguns rios de Ruanda, como o Kagera, ficaram repletos de corpos [...] mais de 40.000 corpos foram recolhidos do Lago Vitória (PAULA, 2011, p. 38).

Após o território ruandês sofrer a dominação belga, é possível constatar que “a construção destas duas identidades foi claramente fabricada e manipulada pela presença colonial” (SILVA, 2011, p. 94), o que acirrou ainda mais o conflito naquele território, gerando inúmeras mortes no fim de 1944, além de dois milhões de refugiados (UNHCR, 2000). Em seguida, trataremos dos conceitos de justiça restaurativa e justiça retributiva, complementares aos parâmetros da justiça de transição, que possibilita a reconciliação dentro de um país que sofreu inúmeras violações no campo do direito humanitário e dos direitos humanos.

3 A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO UM MEIO PARA A RECONSTRUÇÃO SOCIAL EM RUANDA

De acordo com Guedes (2017, p. 12), “a justiça de transição é um ramo de estudo no direito internacional caracterizada pelo processo de reformas em uma sociedade para reparar danos e promover mudanças”. A justiça de transição costuma envolver uma de combinação de aparatos, sejam eles judiciais ou não judiciais para se buscar a reconciliação. Diante disto, existem duas principais formas

⁴ SILVA, Alexandre dos Santos. A intervenção comunitária em Ruanda. In: *A intervenção humanitária em três quase-Estados africanos: Somália, Ruanda e Libéria*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Instituto de Relações Internacionais, 2003.

de justiça: restaurativa e retributiva. Para Pelizzoli (2016), o conceito de justiça tradicional é limitado:

Tomada como instituição, Justiça é um conceito reducionista e seqüestrado em seu sentido amplo; tomado como objeto do Direito, por mais amplo, normatizável ou filosófico que este seja, não alcança a efetividade, flexibilidade e amplitude das práticas sociais [...] A instituição Justiça, no contexto liberal de sua materialização a partir do séc. XIX, sequestrou a ideia ampla de Justiça e de práticas sociais com sua formalização, burocratização, legalismo, escaninhos jurídicos e influências advocatícias e econômicas (PELIZZOLI, 2016, não paginado).

A justiça restaurativa busca a conciliação entre vítimas, ofensores e a sociedade (TIVERON, 2012, p. 160). O autor Pelizzoli em sua obra “Círculos de Diálogo: Base Restaurativa para a Justiça e os Direitos Humanos” (2014) apresenta que, de acordo com Zehr⁵ (2008, apud PELIZZOLI, 2014) os cinco princípios da justiça restaurativa, sendo eles:

1. Focaliza o dano e as conseqüentes necessidades das vítimas, assim como das comunidades e dos ofensores;
2. Ocupa-se das obrigações que resultam desses danos (as obrigações dos ofensores, assim como da comunidade e da sociedade);
3. Usa processos inclusivos e colaborativos;
4. Envolve aqueles com uma participação legítima na situação, incluindo vítimas, ofensores, membros da comunidade e a sociedade e;
5. Busca reparar erros (ZEHR, 2008, apud PELIZZOLI, 2014, não paginado).

Em relação à complementaridade proposta pela justiça restaurativa em relação à justiça de transição, de acordo com Tiveron (2012), as duas podem apresentar certa semelhança, “visto que em ambas há o desejo de superar o passo e seguir de forma prospectiva, a fim de construir uma nova sociedade baseada em fortes laços comunitários” (TIVERON, 2012, p. 161). Ao exercerem suas funções em conjunto,

Os mecanismos de justiça restaurativa podem ser úteis para realizar um processo de transição bem-sucedido [...], em que transições após os conflitos armados ou guerras civis, em que a violência é simétrica ou horizontal, ou seja, em que cada ator armado e suas bases sociais são, ao mesmo tempo, vítimas e autores de crimes atrozes. [...] Fórmulas de transição com base restaurativa e perdões recíprocos são bem mais eficazes (TIVERON, 2012, p. 161-162).

Já a justiça retributiva é utilizada apenas para julgar e punir, pelo que “tende a estigmatizar as pessoas, rotulando-as indelevelmente de forma negativa”

⁵ZEHR, H. Trocando as lentes – novo foco sobre o crime e a justiça. SP: Palas Athena, 2008.

(DEDAVID, 2011, p. 78). As doutrinas da justiça retributiva são utilizadas nos dias de hoje principalmente em processos criminais, em que é possível perceber a construção de um espaço de insegurança e de injustiça (ALMEIDA; PINHEIRO, 2017, p. 183).

Visto que tanto a justiça de transição como a restaurativa buscam a reconciliação de um modo geral, o termo “reconciliação” pode ser definido como um meio de “prevenir futuros conflitos com causas no passado traumático, consolidar a paz, quebrar o ciclo de violência e estabelecer ou reintroduzir instituições político-sociais democráticas e eficazes” (KOWALSKI, 2009, p.3). Além do esforço para reconstruir uma sociedade, a reconciliação possibilita que tanto as vítimas, quanto os agressores dêem seguimento à sua vida na sociedade.

De acordo com Michael Humphrey⁶ (2005, apud KOWALSKI, 2009), o fator reconciliação vem emergindo desde os anos 1980. De lá para cá vem sendo criado um vasto aparato que visa à proteção dos direitos humanos, bem como à reconciliação entre a vítima e o agressor. Foram instaurados instrumentos como “tribunais internacionais, nacionais e comunitários; anistias e libertação de prisioneiros políticos; medidas disciplinares; comissões da verdade; tribunais e comissões para questões de propriedade; compensações e iniciativas a nível local” (KOWALSKI, 2009, p. 4).

Portanto, após uma breve explanação acerca dos conceitos de justiça restaurativa e justiça retributiva, a próxima sessão deste artigo tem como objetivo apresentar os principais meios aplicados pela justiça de transição em Ruanda em busca da reconciliação no país.

4 OS PRINCIPAIS MÉTODOS DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO APLICADOS EM RUANDA

Após o genocídio em Ruanda, foi constatada a urgente necessidade de se estabelecer uma justiça que punisse os perpetradores. O processo de reconstrução do país se deu com a incorporação da justiça de transição, porém se iniciou com utilização da justiça retributiva, ou seja, a aplicação da justiça em termos tradicionais.

Ao optar pela justiça de transição, de acordo Pierre Hazan⁷ (2006, apud FUSINATO, 2014, p. 41), “existem quatro principais mecanismos de aplicação da

⁶Humphrey, Michael (2005) “Reconciliation and the Therapeutic State” *Journal of Intercultural Studies*.26(3), 203-220.

⁷HAZAN, Pierre. Medir el impacto de las políticas de castigo y de perdón: en favor de una evaluación de la justicia de transición. *International Review of the Red Cross*, 2006, nº 861.

justiça de transição em países que passaram por violações graves de Direitos Humanos”. Sendo eles: justiça; busca pela verdade; reformas institucionais e; reparações às vítimas.

O primeiro mecanismo, a justiça, consiste na responsabilização penal sobre o indivíduo violador de direitos humanos. Como dito anteriormente, “a questão da justiça é primordial na reconciliação nacional, pois traz consolo às vítimas e impulsiona o processo de reforma” (FUSINATO, 2014, p. 41). A aplicação da justiça retributiva no pós-genocídio de Ruanda pode verificada com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda (TPIR) e os Tribunais de Gacaca.

Criado sob os moldes do Tribunal *ad hoc* para a antiga Iugoslávia (1993), o Tribunal *ad hoc* para Ruanda foi instaurado com base na Resolução 955, do Conselho de Segurança da ONU, em novembro de 1994, com intuito de julgar cidadãos responsáveis pela prática de crimes internacionais, entre os quais genocídio e crimes contra a humanidade. Até 1996, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda julgou 93 ruandeses, dos quais 61 foram condenados, sendo os principais responsáveis pelos massacres ordenados pelo governo, incluindo políticos e militares, e jornalistas que instigaram as atrocidades (FONSECA, 2016). Mesmo com todos os esforços aplicados pelo TPIR, ainda não era o suficiente para julgar todos responsáveis, isso se dá pelo fato de que

Quando se trata de violações generalizadas e sistemáticas que envolvem dezenas ou centenas de crimes, os sistemas da justiça penal simplesmente não são suficientes. Isso se deve ao fato de que o processo da justiça penal deve demonstrar um comprometimento minucioso com a equidade e o devido processo legal com a necessária implicação de uma designação significativa de tempo e recursos [...] o reconhecimento da incapacidade estrutural dos sistemas da justiça penal para enfrentar as atrocidades em massa não deve ser interpretado como uma deslegitimação do papel do julgamento ou da pena no processo de encarregar-se dos crimes do passado. Apesar dos seus altos custos e progresso lento, os dois tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda têm feito contribuições importantes ao desenvolvimento progressivo do direito penal internacional (ZYL, 2011, p. 50).

Através do estabelecimento do TPIR, friso aqui a importância que criação dos Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda representaram na jurisprudência internacional, influenciando posteriormente a normativa do Estatuto de Roma (1998), que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional em 2002.

Em resposta ao grande número de julgamentos, posteriormente foram estabelecidos tribunais locais, a exemplo dos tribunais Gacaca. O sistema jurídico

posto em prática nos julgamentos dos perpetradores do genocídio ruandês chama a atenção por

[...] além de possuir um objetivo mais voltado para um processo de conciliação da história, da memória e do país, foi realizado a partir de tribunais tradicionais comunitários baseado em questões costumeiras [...] É nesse sentido que apontamos para um “antigo novo” sistema jurídico, já que os Tribunais Gacaca partem de uma experiência jurídica costumeira da sociedade Banyarwanda (BORNKAMM, 2012, apud FONSECA, 2016, p. 152).⁸

De fato, “O sistema de Tribunais Gacaca foi o modelo alternativo para tentar dar resposta ao volume de processos” (KOWALSKI, 2009, p. 7). Conforme Kowalski (2009), nos julgamentos o público tinha participação ativa.

O público pode intervir durante as sessões. A confissão, o arrependimento e o pedido de desculpa tem um papel muito importante no estabelecimento da sanção, que varia entre os trinta anos de prisão até a prestação de trabalho a favor da comunidade [...] Esta experiência jurisdicional assenta em estruturas tradicionais comunitárias com ampla participação de toda a população e envolvimento de entidades administrativas e religiosas, ao mesmo tempo que é acentuada a ideia de expiação da culpa e de reintegração na comunidade (KOWALSKI, 2009, p. 7-8).

Jean Hatzfeld (2005), em seu livro “Uma Temporada de Facões: relatos do genocídio em Ruanda” apresenta o papel libertador da confissão em situações de extrema violência. Um de seus entrevistados, preso no momento da entrevista, lhe fala a respeito do conselho recebido de sua esposa:

Uma noite ela me deu uma bronca: “Alphonse, desconfie, tudo o que vocês estão fazendo terá consequências malditas, porque é uma coisa extraordinária, que ultrapassa o humano. Todo esse sangue provoca o destino que nos é reservado depois da morte. Estamos caminhando para a danação.” No final, ela se negava a dividir a cama, dormia no chão e dizia: “Você está cortando tanta gente que não é mais capaz de contá-los. Tenho medo dessa infâmia. Você está virando um bicho, não durmo com um bicho” (HATZFELD, 2005, p. 127).

O segundo principal mecanismo, a busca pela verdade, é aplicado através das comissões da verdade. A própria busca pela verdade está inserida na justiça restaurativa e, conforme Paul Van Zyl⁹ argumenta em sua obra “Promovendo a

⁸ BORNKAMM, Paul Christoph. Rwanda’s Gacaca Courts: Between Retribution and Reparation, Oxford, Oxford university press, 2012, p. 31.

⁹ Artigo publicado originalmente em Van Zyl, Paul. “Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies”. Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding, Alan Bryden e Heiner Hänggi (eds.),

justiça transicional em sociedades pós- conflito” (2011, p. 51), “o estabelecimento de uma verdade oficial sobre um passado brutal pode ajudar a sensibilizar as futuras gerações contra o revisionismo e dar poder aos cidadãos para que reconheçam e oponham resistência a um retorno às práticas abusivas”. Os próprios tribunais de Gacaca; que foram inseridos na perspectiva da justiça retributiva, desempenharam ações inseridas na justiça restaurativa, uma vez que, segundo Pierre Hazan¹⁰ (2005, apud FUSINATO, 2014, p. 42), “a possibilidade de testemunhar e/ou conhecer os fatos que permearam o conflito possui efeito terapêutico em um grande número de vítimas”.

As comissões de verdade dão voz no espaço público às vítimas e seus testemunhos podem contribuir para contestar as mentiras oficiais e os mitos relacionados às violações dos direitos humanos. O testemunho das vítimas na África do Sul tornou impossível negar que a tortura era tolerada oficialmente e que se de forma estendida e sistemática [...] Dar voz oficial às vítimas também pode ajudar a reduzir seus sentimentos de indignação e raiva [...] as comissões da verdade também ajudam a proporcionar e dar ímpeto à transformação das instituições estatais (ZYL, 2011, p. 51-52).

Estabelecida antes do conflito, em 1990, a Comissão Internacional da Investigação sobre Violações de Direitos Humanos em Ruanda, iniciou seus trabalhos relatando as possíveis violações aos direitos humanos que estavam ocorrendo. Apesar de inúmeros esforços adotados antes e depois do genocídio, essa comissão, por exemplo, serviu para que o conflito fosse enxergado no âmbito internacional. Porém, nenhuma comissão da verdade foi instaurada em Ruanda no pós-genocídio. No meio tempo, a ONU, em conjunto com suas agências, operara com uma ação de coleta de dados e informações, o que significou um elemento em busca da verdade, também inserido nos parâmetros da justiça restaurativa. Mais tarde, esses dados foram extremamente úteis nos julgamentos dos perpetradores do genocídio (GUEDES, 2017, p. 33-88).

A ONU estabeleceu visitas regulares a Ruanda com intuito de coletar informações sobre as condições que o país estava enfrentando. Com a HRFOR a organização enviava tropas oficiais cuja função era averiguar os abusos dos Direitos Humanos e realizar investigações especiais (GUEDES, 2017, p. 88).

DCAF, Genebra, 2005. A versão em português foi traduzida e publicada pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça no “Dossiê: o que é justiça de transição?” da Revista Anistia Política e Justiça de Transição, nº. 01. © 2005 Lit-Verlag. Traduzido e publicado com permissão.

¹⁰ HAZAN, Pierre. Medir el impacto de las políticas de castigo y de perdón: en favor de una evaluación de la justicia de transición. *International Review of the Red Cross*. 2006, nº 861.

O penúltimo mecanismo de justiça de transição instaurado no pós-genocídio de Ruanda se baseia nas reformas institucionais. Nessa etapa de transição, o governo assume o controle do Estado após o período conflituoso em busca da redemocratização. O primeiro ato de reformas institucionais verificado em Ruanda foi após a morte do presidente Habyarimana. “Mesmo que pessoas filiadas ao MRDN tenham assumido o governo durante o genocídio, a ausência da principal figura que representava o regime vigente já marcava uma reforma” (FUSINATO, 2014, p. 43).

Por fim, o último elemento da justiça de transição é a reparação às vítimas. De acordo com Gabriela Guedes (2017, p. 87), “a reparação é um dos elementos mais característicos da justiça de transição, é com este método que se torna possível prever um caminho para a reconciliação e superação através da restituição das violações sofridas pela sociedade”.

Tendo isto em vista, o Estado deve ter o comprometimento em ofertar a reparação através de meios. Algumas formas de reparação podem se basear em: “ajuda material, assistência psicológica e medidas simbólicas” (GUEDES, 2017, p. 87). Além disso, por meio da justiça restaurativa, pode-se propor “pedidos públicos de perdão, a construção de monumentos em homenagens às vítimas, o estabelecimento de datas de comemoração nacional, ou a construção de memoriais” (FUSINATO, 2014, p. 43), o que termina compondo um cenário de reconciliação. Nesse sentido, em Ruanda um dos principais meios utilizados para reparação das vítimas esteve diretamente relacionado aos julgamentos nos tribunais de Gacaca, nos quais:

Além das manifestações de arrependimentos e pedidos públicos de perdão, outras formas de compensação às vítimas foram aplicadas (FUSINATO, 2014, p. 43). A compensação está igualmente prevista na legislação, sendo paga individualmente pelo culpado, por exemplo sob a forma de serviço comunitário- reconstrução das casas destruídas, trabalho agrícola e outros. Isto significa uma maior ligação à comunidade e à própria vítima (FERREIRA, 2002, p. 21).

Além disso, é importante citar o papel das Missões de Paz realizadas pela ONU no processo de transição. Diante disso, através da resolução S/RES/872, do Conselho de Segurança, de outubro de 1993, foi criada a Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda (UNAMIR) (FUSINATO, 2014).

Na perspectiva de reparação através da ajuda material, foi criado o projeto *Imidugudu*. Estabelecido pelo governo do Ruanda em conjunto com a ONU, o projeto visava ofertar abrigo às pessoas que ficaram sem moradia durante o conflito. O projeto contava com o monitoramento da ONU, por meio do qual era obrigação

dos representantes oficiais acompanharem os desafios e as conquistas em torno da reconstrução das comunidades. Em relação à assistência psicológica, esta era provida tanto por organizações internacionais quanto por organizações não governamentais. O processo educacional em Ruanda também recebeu auxílio da ONU através do plano *School in a Box*. O kit possuía materiais escolares para as crianças e cartilhas visando desenvolver aptidões dos educadores (GUEDES, 2017, p. 88).

Como medida simbólica, foi construído o *Kigali Genocide Memorial*, um espaço voltado para o enterro e a homenagem às vítimas do genocídio. Além disso, “esse memorial também traz a função de recontar o passado através de exposições de documentos, e conscientizar a população a fim de prevenir a ocorrência de demais conflitos étnicos” (GUEDES, 2017, p. 90). O processo de reconciliação em Ruanda também contou com a criação do Memorial *Kwibuka*, instituído para marcar o 20º ano do genocídio.

Citando Bergson, Seixas (2004) ensina que “a memória tem um destino prático, realiza a síntese do passado e do presente visando ao futuro, contrai os momentos passados para deles “se servir” e para que isso se manifeste em ações interessadas” (SEIXAS, 2004, p. 53), as quais visam à não repetição dos erros e à construção de formas de apaziguamento social.

A seguinte passagem do livro de Jean Hatzfeld (2005) faz-nos pensar a respeito de onde e por quem teria sido gerado todo o ódio referenciado neste artigo, na prática de um genocídio. Sem refutarmos a responsabilidade dos ruandeses, o depoimento colhido de Berthe pelo autor nos faz retornar ao início deste trabalho, e pensar se trata de uma mera recusa em aceitar o inominável como parte da própria cultura ou se outra coisa:

Um número ainda maior de africanos recusa a africanidade desse genocídio, invoca uma tragédia fomentada em outro lugar, com argumentos variados, como os de Berthe: “O caso de Ruanda foge aos costumes africanos. Um africano massacra por causa da raiva ou da fome na boca do estômago. Ou massacra só o necessário para confiscar os diamantes e coisas do gênero. Não massacra de barriga cheia e de coração em paz nas colinas de plantações de feijão, como os *interahamwe*. Acho que estes aprenderam mal uma lição vinda de outro lugar, de fora da África. Não sei quem semeou a ideia de genocídio. Não, não digo que seja o colono. Realmente, não sei quem foi, mas não foi um africano” (HATZFELD, 2005, p. 244).

Permeado por um período de inúmeras violações maciças de direitos humanos, é imprescindível considerar as ações desenvolvidas pelos aparatos de

justiça de transição que foram aplicados na República do Ruanda. O passado não vai embora, portanto eis a necessidade de relembrar a situação vivida pelas vítimas e atribuir tanto o julgamento necessário aos perpetradores, quanto criar um ambiente favorável para que os dois lados possam viver sem que os traumas do passado influenciem em acontecimentos no futuro (BRITO, 2009).

CONCLUSÃO

O ano de 1990 em Ruanda foi marcado por um processo de redemocratização, cuja disputa desmedida pelo poder, amplificou as bases para a ocorrência de um conflito de grandes proporções. O genocídio de 1994 resultou na morte de mais de quinhentas mil pessoas (MAIA, 2001), segundo estimativas, podendo haver passado de um milhão de pessoas. Com o fim do conflito, Ruanda encontrou-se em estado de emergência, ocasião em que se percebeu a necessidade de adotar a perspectiva da justiça de transição e seus mecanismos para a reconstrução do país.

A justiça de transição tem como principal objetivo encontrar um equilíbrio entre a justiça e a paz em situações que foram marcadas por atrocidades. Ao contemplar a justiça de transição com as duas formas justiça, a restaurativa e a retributiva, foi necessária a incorporação de mecanismos de punição dos responsáveis, a busca pela verdade, as reparações e as reformas institucionais.

Após o desenvolvimento deste estudo, concluímos que os diversos mecanismos utilizados em Ruanda - como o Tribunal Penal Internacional e os tribunais de Gacaca - contribuíram para construção de bases para uma vida pacífica no país. Ademais, o estabelecimento do TPIR pode ser enxergado como um grande avanço no âmbito do direito internacional, visto que seu Estatuto contribuiu para a futura criação do Estatuto de Roma, que deu origem ao Tribunal Penal Internacional, em 1998.

Por mais que em alguns momentos as missões de paz estabelecidas pelas Nações Unidas possam ter apresentado certo descompasso com os objetivos buscados, parece-nos imprescindível enxergar a importância do papel desempenhado pelas Nações Unidas e suas agências no processo de reconciliação no país.

Depois de aplicada as medidas judiciais, o governo Ruandês propôs a aplicação de métodos compensatórios, como a reconstrução de casas e de abrigos para os refugiados, esforços na educação tanto para alunos quanto para os educadores, e a criação de festivais e memoriais. Após 10 anos do fim do conflito, foi inaugurado o *Kigali Genocide Memorial* para homenagear as vítimas do conflito, e após 20 anos, o festival e o memorial Kwibuka foram criados na busca por preservar a união e a esperança num futuro de entendimento (GUEDES, 2017).

Por mais que existam aparatos aplicáveis a conflitos armados, com vistas a contribuir para a pacificação social, nenhum é capaz de apagar a tragédia de um genocídio. Mas com sua aplicação, é possível alcançar uma reconciliação em que a tônica não é o esquecimento, mas a lembrança com vistas à não repetição e à criação de bases democráticas de convivência. Nas palavras de um cidadão ruandês da etnia Tutsi (THOMSON, 2013, p.115, apud GUEDES, 2017, p. 69-70)¹¹: “[...] A reconciliação não é um assunto administrativo; é um caso do coração, de aceitar o errado e então perdoar os que o prejudicaram”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cristiane Roque de; PINHEIRO, Gabriela Arantes. Justiça Restaurativa como Prática de Resolução de Conflitos. *Revista Desafios*, Palmas, v. 04, n. 04, 2017. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/desafios/article/view/4148>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça Transicional e a Política da Memória: uma visão global. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 1, jan/jun 2009, p. 56-83. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anejos/2009revistaanistia01.pdf>. Acesso em: 22 Mai. 2019.

DEDAVID, Juliana Aguiar. *Justiça Restaurativa e Direitos Humanos: por um diálogo possível em matéria penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/164136/001026248.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 Jan. 2019.

FERREIRA, Patrícia M. Justiça e Reconciliação Pós-Conflito em África. *Cadernos de Estudos Africanos*, Lisboa, n. 7/8, p. 9-29, 2002. Disponível em: <https://journals.openedition.org/cea/1370#quotation>. Acesso em: 04 Jan. 2019.

FONSECA, Danilo Ferreira da. Direitos costumeiros e crimes internacionais: a justiça ruandesa após o genocídio de 1994 – Tribunais Gacaca e Abunzi. *Odeere: revista do programa de pós-graduação em Relações Étnicas e Contemporaneidade – UESB, Vitória da Conquista*, v. 1, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/odeere/article/viewFile/6070/5808>. Acesso em: 04 jan. 2019.

FUSINATO, Cristina Prachthäuser. *Entre o local e o global: avanços e desafios do modelo de justiça de transição aplicado em Ruanda no pós- genocídio*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/124664/Monografia%20da%20Cristina%20Prachth%C3%A4user%20Fusinato.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 jan. 2019.

GUEDES, Gabriela Effting. *Atuação da ONU no processo de justiça de transição no pós-genocídio de Ruanda: um estudo de caso do período de 1994 a 2014*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade do Sul de

¹¹ THOMSON, Susan. *Whispering Truth To Power: Everyday Resistance to Reconciliation in Rwanda*. Wisconsin: The University Of Wisconsin Press, 2013.

Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4915/TCC%20-%20Gabriela%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 jan. 2019.

HATZFELD, Jean. *Uma Temporada de Facções: relatos do genocídio em Ruanda*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HOCHSCHILD, Adam. *O fantasma do rei Leopoldo: uma história de cobiça, terror e heroísmo na África Central*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

KOWALSKI, Mateus. Justiça e reconciliação ao nível comunitário no Ruanda. *Programa de Doutorado Política Internacional e Resolução de Conflitos*, Coimbra, n. 3, 2009.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NIKUZE, Donatien. The Genocide against the Tutsi in Rwanda: Origins, causes, implementation, consequences, and the post-genocide era. 2014. *International Journal of Development and Sustainability*, v 3, n. 5, p. 1086-1098. Disponível em: <https://idsnet.com/ijds-v3n5-13.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2019.

PAULA, Luiz Augusto Módolo de. *Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-26032012-114115/pt-br.php>. Acesso em: 06 jan. 2019.

PELLIZZOLI, Marcelo L. Círculos de diálogo: base restaurativa para justiça e os Direitos Humanos. In: SILVA, Eduardo F.; GEDIEL, José A. P.; TRAUZYNSKI, Silvia C. *Direitos Humanos e políticas públicas*. Curitiba: Universidade Positivo, 2014. Disponível em: https://www.ufpe.br/documents/623543/624496/C%C3%ADrculos_de_Di%C3%A1logo_Base_Restaurativa_para_a_Justi%C3%A7a_e_os_Direitos_Humanos.pdf/592867ed-53fc-4d70-a682-ea757be95bef. Acesso em: 28 jan. 2019.

PELLIZZOLI, Marcelo L. Cultura de Paz Restaurativa: da sombra social às inteligências sistêmicas dos conflitos. In: PELLIZZOLI, M.L. (Org.). *Justiça restaurativa: caminhos da pacificação social*. Caxias do Sul: Ed. da UCS; Recife: Ed. da UFPE, 2016. Disponível em: https://www.ufpe.br/documents/623543/624496/1_Marcelo_Pelizzoli_JR.pdf/28896c83-8b-db-4210-8fea-f04c565dca2b. Acesso em 28 jan. 2019.

SANTOS. Luís Ivaldo Villafane Gomes. *A arquitetura de paz e segurança africana*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. 204 p. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/855-Arquitetura_de_Paz_e_Seguranca_Africana_A.pdf. Acesso em: 02 jan. 2019.

SEIXAS, Jacy Alves de. Percursos de memórias em terras de história: problemáticas atuais. In: NAXARA, Márcia; BRESCIANI, Stella. *Memória e (re)sentimento: indagações sobre uma questão sensível*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2004.

SILVA, Vera. As mulheres no conflito armado do Ruanda. *Ex aequo*, Lisboa, n. 24, p. 93-104, 2011. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602011000200008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 04 jan. 2019.

TIVERON, Raquel. Ébano e Marfim: a Justiça Restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 151-167. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/59709>. Acesso em: 06 jan. 2019.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). *The State of the World's Refugees*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós conflitos. In: REÁTEGUI, Félix (org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 47-71. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf. Acesso em: 06 jan. 2019.

A AFRONTA AOS DIREITOS HUMANOS E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO A PARTIR DA BUSCA E APREENSÃO COLETIVA EM ÁREAS PERIFÉRICAS

AN AFFRONT TO HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF DOMESTIC INVIOABILITY FROM THE SEARCH AND COLLECTIVE SEIZURE IN PERIPHERAL AREAS

Fernando Tadeu Marques

Professor, Advogado Criminalista. Doutorando em Direito e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista pela Escola Paulista de Direito em Direito Público.

Especialista pela Faculdade Anchieta em Docência no Ensino Superior. Bacharel em Direito pela Universidade Paulista. Exerce atividade docente como professor na graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de de Campinas (SP) e na pós-graduação de Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica de Poços de Caldas (MG); leciona na Escola Paulista de Direito (EPD) a disciplina Direito Penal Médico no Curso de pós-graduação de Direito Médico e Hospitalar; É Membro avaliador de artigos científicos na Universidade Central do Chile, na Universidade Federal de Santa Maria e no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integra como pesquisador na Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) o Grupo de Pesquisa Conflitos armados, massacres e genocídios na era contemporânea. É coordenador adjunto no IBCCRIM.

Christiany Pegorari Conte

Professor, Advogada. Doutoranda em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professora de Direito Penal e Processual Penal da graduação, pós-graduação e extensão da Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC Campinas. Professora de Direito Penal e Processual Penal da Federal Concursos/SP. Pesquisadora nas áreas de direito penal (ambiental e digital) e processo penal.

Nayara Araújo Ribeiro

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Submetido em: 08/01/2019

Aprovado em: 08/05/2019

Resumo: O direito à propriedade e a vida privada, conquistado há muito tempo, está hoje definido no conceito da garantia da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de assegurar a

inviolabilidade do domicílio do indivíduo parte da sociedade brasileira. Ocorre que muito se discute sobre a existência de limites a essas garantias básicas da pessoa. No caso desse direito em análise, pode-se notar que a própria Carta Magna, no artigo que o define, impôs quais seriam os casos que flexibilizariam a garantia da inviolabilidade do domicílio. Este trabalho terá como base de estudo a busca e apreensão, instrumento regido pelas normas de direito processual penal, que visa a partir de um mandado judicial permitir que agentes do judiciário adentrem na casa de uma pessoa, tendo como requisito para tal a plena definição do endereço e da coisa ou pessoa a que se vai buscar e apreender, porém em sua forma coletiva que, não necessariamente, obedece aos ditames impostos pela Lei para que não ocorram exageros ou graves violações aos direitos individuais.

Palavras-chave: Inviolabilidade; Busca; Apreensão; Direitos; Garantias; Domicílio; Coletivo.

Abstract: *The long-established right to property and private life is now defined in the concept of the guarantee of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, to ensure the inviolability of the individual's domicile in Brazilian society. It happens that much is discussed about the existence of limits to these basic guarantees of the person. In the case of this right under analysis, it can be noted that the Magna Carta itself, in the article that defines it, imposed which would be the cases that would make the inviolability of the domicile more flexible. This work will be based on a study of search and seizure, an instrument governed by the norms of criminal procedural law, which aims to allow judicial agents to enter the house of a person, having as a requirement to do so the full definition of the address and the thing or person to be sought and apprehended, but in its collective form that does not necessarily obey the dictates imposed by the Law so that there are no exaggerations or serious violations of individual rights.*

Keywords: *Inviolability; Search; Seizure; Rights; Guarantees; Residence; Collective.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Vida privada e a garantia da inviolabilidade do domicílio. 2.1. A inviolabilidade de domicílio na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 2.2. Compreensão do termo “domicílio”. 2.3. Flexibilização Constitucional à inviolabilidade de domicílio. 3. A busca e apreensão no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1 Conceito e formas. 4. Procedimentos para a busca e apreensão segundo o código de processo penal. 4.1. Forma de execução. 4.2. Limites da busca e apreensão no processo penal brasileiro. 5. O mandado de busca e apreensão coletivo e os direitos humanos. 6. O direito penal do inimigo a partir da busca e apreensão coletivo. 7. Seletividade da proteção constitucional no processo penal. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os Princípios Constitucionais do direito à vida privada e à inviolabilidade do domicílio estão sendo rediscutidos pela sociedade, frente ao descontrole dos índices da criminalidade e da violência. Em virtude de um histórico descaso do poder público com o direito à moradia do indivíduo, aliado ao crescimento desordenado de pequenos núcleos urbanos irregulares, o crime organizado utiliza esse cenário para se proteger da repressão, imposição e eficácia das Leis Penais brasileiras.

O cenário que se tenta descrever aqui é a periferia, locais afastados dos “olhos” do estado, onde, por exemplo, o patrulhamento ostensivo das polícias é de difícil execução, sendo muitas vezes inviável. Desta forma, em meio a pequenos becos e vielas apertadas, amontoadas de transeuntes, as moradias perdem sua identidade, restando apenas a identificação feita pelo costume da convivência, ou seja, somente os moradores sabem identificar onde “fulano” ou “beltrano” moram.

Essa situação não afeta apenas o direito à moradia e as condições dignas da vida do indivíduo, como seu acesso a saneamento básico e a educação, por exemplo, mas prejudica também a ação do Estado na vigilância e na manutenção da ordem pública. Assim, em meio a esse complexo cenário, fica prejudicada a observância do devido processo penal, resultando em violência e abuso de autoridade dos agentes do Estado que avançam nesses núcleos urbanos, violando o domicílio e a privacidade dos moradores.

Diante do clamor social pela estabilização da segurança e o restabelecimento da ordem pública, autoridades buscaram legitimar essas ações dos agentes da segurança pública, através do instituto da busca e apreensão de forma genérica ou coletiva. No entanto, apesar da legalidade do instituto aplicado de forma individual e prescrita em lei, a sua aplicação genérica e coletiva não encontra amparo em um sistema Penal positivado, pelo contrário, afronta garantias rígidas previstas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Partindo desse contexto, será discutido o conceito e aplicação do mandato de busca e apreensão e sua ilegitimidade quando aplicada de forma genérica ou coletiva, afrontando os direitos humanos e a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio prevista no artigo 5º, inciso XI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Será observada também a disposição e a fundamentação legal da busca e apreensão, explicando seus requisitos constantes do artigo 240 do Código de Processo Penal (CPP), e a partir desse conceito se indagará sua forma genérica e quais seus reflexos frente à necessidade social e como seu desenrolar se faz necessário no direito penal do inimigo, mesmo sendo aplicado apenas em localidades menos favorecidas e a margem da sociedade.

2 VIDA PRIVADA E A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

2.1 A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Carta Magna de 1988 trouxe no seu artigo 5º, inciso XI, as garantias quanto ao direito a vida privada e o direito a intimidade, contemplados no conceito

externo e no conceito interno, tendo por objetivo a proteção da liberdade das ações do indivíduo no seu íntimo, sem que seja atrapalhado por terceiros.

É a partir desse preceito que todo indivíduo pertencente ao território da República Federativa do Brasil tem garantido o que se encaixaria no direito de ir e vir, a liberdade de conduzir os atos necessários para decidir e manter, por estar ou não só, bem como de que maneira irá conduzir seu tempo da forma que melhor lhe convier. Assim, fica claro que a ação do Estado na vida privada, sem fundadas razões que o autorizem, constitui afronta aos direitos individuais.

Em detrimento dessas garantias constitucionais, foi tipificada como crime a violação de domicílio, conforme artigo 150 e incisos, do Código Penal, consolidando a importância de manter e preservar a liberdade do indivíduo. A certeza da tranquilidade e da inviolabilidade de seu domicílio está diretamente ligada com o bem-estar físico e mental de cada indivíduo frente à sociedade, para que, sentindo-se bem individualmente, reflita isso no seu meio de convívio.

2.2 COMPREENSÃO DO TERMO “DOMICÍLIO”

Domicílio deve abranger não só o local de moradia do indivíduo, mas também todos os ambientes em que habita. Por conta disso, podemos chamar de domicílio seu local de moradia e suas demais propriedades residenciais, mesmo que não as frequente com frequência, como por exemplo, seu local de trabalho, escola ou onde realiza suas atividades necessárias, de forma obrigatória ou por querer individual, sem precisar de grandes justificativas. De acordo com Dotti (1980, p. 69), o domicílio nada mais é do que “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.

2.3 FLEXIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL À INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

Mesmo tendo reservadas todas as garantias necessárias para a boa manutenção da intimidade individual, o direito da coletividade prevalece em algumas situações sobre o direito do indivíduo.

Segundo KAYZER (1984 *apud* SILVA, 2018, p. 186), há duas formas de se perturbar a vida privada:

[...] à divulgação, ou seja, o fato de levar ao conhecimento público, ou a pelo menos um número indeterminado de pessoas, eventos relevantes da vida pessoal e familiar; e a investigação, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes a vida pessoal e familiar, envolve-se aí também a proteção contra a conservação de documentos relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos.

Por isso, o artigo 5º, inciso XI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elenca as exceções nas quais é permitida a perturbação da vida privada e da inviolabilidade do domicílio, ou seja, nos casos de flagrante delito, desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, com a ressalva de que a busca domiciliar poderá ocorrer a qualquer momento, desde que consentida e autorizada pelo proprietário, porém, o mandado judicial só deverá ser realizado no período do dia.

3 A BUSCA E APREENSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 CONCEITO E FORMAS

Sobre o conceito de busca e apreensão, a doutrina brasileira classifica como um mandado judicial de medidas cautelares. No entanto, essa definição não é unânime por não representar conceitos preexistentes no processo penal. Misaggia (2002, p. 149), nos mostra que é necessário, num primeiro momento, desmembrar a junção entre busca e apreensão e analisar de forma separada, o que significa busca e o que significa apreensão. Esta análise separada é imprescindível para acentuar a independência de cada um deles, uma busca nem sempre precede uma apreensão, de forma que, nem toda apreensão acontece em decorrência de uma busca, caracterizando assim, institutos diferentes, com suas próprias peculiaridades.

De acordo com Pitombo (2005, p. 23-26):

A busca, portanto, é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semovente, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração.

Complementado o instituto da busca, o instituto da apreensão tem por finalidade do primeiro que, quando encontrado a prova ou indivíduo que se procurava, tome esse para que não haja sua perda, como explica Peret (2016, p.93): “a apreensão, por sua vez, seria o ato pelo qual a autoridade ou o seu agente retira a pessoa ou a coisa da esfera de quem a detém”.

Dessa forma, a apreensão se torna o objeto da busca, quando encontrado o que se queria achar, como define o artigo 240, §1º e suas alíneas, do Código de Processo Penal.

4 PROCEDIMENTOS PARA A BUSCA E APREENSÃO SEGUNDO O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A busca e apreensão por decisão judicial deverá ter iniciativa do juiz ou, na ausência deste, por autoridade policial com devido mandado, podendo ser de ofício ou a requerimento, conforme o artigo 243 do Código de Processo Penal, seguindo sempre o que a lei determina quanto aos requisitos do mandado.

Sendo necessário destacar que ao ser executado o mandado judicial previamente determinado, deverá ser feito de forma que cause o menor importuno possível aos que residam na casa e apenas no período do dia, conforme determina o artigo 248 do Código de Processo Penal.

Segundo Tornaghi (1983, p. 469-470), quando se respeita os requisitos impostos pelo Código Processual Penal, não se está pensando em proteger apenas aquele que terá seu direito a inviolabilidade restrito, mas também aquele que ordena e aquele que executa.

4.1 FORMA DE EXECUÇÃO

Partindo da limitação dada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, inciso XI, e os requisitos elencados no artigo 243 do Código de Processo Penal brasileiro, a regulamentação da forma e dos procedimentos a serem seguidos durante a diligência de busca, e como se deve dar, bem como as limitações da apreensão, é trazido pelo artigo 245 do mencionado código. Portanto, seguindo o rito da lei, as buscas domiciliares derivadas de determinação judicial devem se dar durante o dia assim como a própria Carta Magna já prescreve, salvo se permitido pelo proprietário que a busca se realize durante a noite.

Quanto ao horário, visto a inexistência de definição legal, muito foi discutido sobre o que seria considerado “dia”. Chegou-se a afirmar que dia seria aquele entre os crepúsculos, ou seja, entre as 6h da manhã e as 18h da noite (TORINHO FILHO, 2018, p. 313-315). No entanto, essa definição pode gerar conflitos, tendo em vista que o Brasil é um país com previsão do horário de verão, podendo estender o período de sol, em determinadas regiões do país, para além das 18h. Assim, buscou definir como dia o período que se encontra sobre a luz do sol, nas palavras de Nucci (2011, p. 563): “período que medeia o alvorecer e o anoitecer”, não sendo necessário adentrar em horários específicos e de forma elucidativa, como ressalva Peret.

Seguindo essa compreensão, não restarão inseguranças nem ao executor da medida, nem aquele que sofrerá o mandado. Faz-se necessário ainda esclarecer

que, iniciando a busca durante o dia, o fato dessa ultrapassar o anoitecer não invalida a diligência, conforme defende Espínola Filho (2000, p.275).

Quanto a aqueles que serão competentes para execução da medida, por ter, conforme Peret (2016, p. 119), “(...) nítido caráter repressivo”, o mandado de busca quando diz respeito a fase inquisitória do processo, deve ser executada pela polícia judiciária federal ou civil, conforme competência. Após a instrução criminal, a autoridade encarregada pela execução do mandado de busca é o oficial de justiça, ou ainda, em qualquer momento, pela autoridade judiciária que expediu o mandado, devendo apenas se atentar ao §1º do artigo 245 do Código de Processo Penal.

Quanto à possibilidade de a polícia militar realizar o mandado de busca, este tema foi alvo do Habeas Corpus 131.836-RJ, apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, que contrário a maioria da doutrina, aceitou que essa também realizasse os mandados de busca. No ato da medida, a forma legal requerida dispõe que a autoridade executora do mandado deverá mostrar e ler o documento ao morador ou a quem o represente, intimando que logo em seguida a porta seja aberta, conforme o caput do artigo 245 do Código de Processo Penal: “As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.”

A leitura do mandado se faz necessário ao morador, conforme defende Peret (2016, p. 122), explanando os seguintes ensinamentos: “(...) para cientificá-lo sobre quem pretende ingressar em sua casa e o objeto do varejamento”. Clara evidência da lei, querendo resguardar os cidadãos de abusos por parte da autoridade executora, a partir das garantias constitucionais. Se por ventura, ocorrer desobediência da ordem dada pela autoridade executora, há previsão legal, no §2º do artigo 245 do Código de Processo Penal, que permite o arrombamento da porta e a entrada forçada no domicílio.

No caso de o morador ou seu representante não se encontrar, a lei também autoriza o emprego de força, sendo requisitado um vizinho para que se faça presente durante a diligência, conforme o §4º do artigo 245 do Código de Processo Penal.

Sendo determinado o que se procura, o morador será intimado que o apreente, e sendo encontrado o que se buscava ocorrerá a imediata apreensão da pessoa ou coisa, conforme os §§ 5º e 6º do artigo 245 do Código de Processo Penal.

Ao final, a autoridade deverá lavrar o auto circunstanciado, que necessita da assinatura de duas testemunhas presentes no local do mandado, conforme o §7º

do artigo 245 do Código de Processo Penal. Este auto, deve ser lavrado mesmo quando a busca se der infrutífera, devendo descrever a diligência do início ao fim.

Segundo Espínola Filho (2000, p. 277):

O fato de estar legalmente exigido que seja circunstanciado o auto indica que, pormenorizada, minuciosamente, se descrevam todas as ocorrências: como foi encontrada a casa, aposento ou compartimento; presença ou ausência do acusado, do dono ou morador, parente, empregado, vizinho; se foi atendida a ordem, ou se houve dificuldades; se houve necessidade de arrombamentos, externos ou internos; se houve prisões; se se efetuaram buscas pessoais no curso da domiciliar; as coisas ou pessoas apreendidas, como e onde foram encontradas, se foram espontaneamente entregues, diante da intimação prévia para exibição da coisa ou pessoa determinadamente procurada; a hora de início da diligência e a em que findou.

Nas palavras de Peret (2016, p. 116):

Todos os requisitos legais devem ser atendidos para garantir a legalidade e a lisura da medida restritiva de direitos fundamentais. Não são essas exigências, meros caprichos do legislador, mas limites que visam resguardar os direitos individuais de quem sofre a medida, além de proteger o executor da busca.

Em análise ao defendido pelos autores mencionados acima, percebe-se que mais uma vez o princípio da legalidade deve ser o norteador da busca e apreensão como meio de velar pelos direitos individuais e fundamentais daquele que irá suportar tal procedimento judicial.

4.2 LIMITES DA BUSCA E APREENSÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

É de extremo interesse ao Estado Democrático de Direito que as garantias de seus indivíduos sejam respeitadas, e com a finalidade de que não se dê margem a possíveis abusos por parte das autoridades, por isso, o Código de Processo Penal delimita os atos e a forma como se devem dar as ações judiciais, visando a segurança não só daquele que sofrerá os efeitos destas, mas também, àqueles que irão executar os mandados e a àqueles que o expediram. Apenas com essa regulamentação a segurança jurídica será mantida.

Quanto a busca e a apreensão, estes têm muito bem estabelecidos seus limites desde início com a regulamentação do Código de Processo Penal e, posteriormente, a recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Quando não cumpridos, causam a ilegalidade da decisão e de toda a ação realiza-

da, causando abuso de direito àqueles que suportam o mandado e a insegurança a quem o realizou e quem o expediu.

Sobre isso Peret (2016, p. 143) afirma:

[...] considerando que a busca e a apreensão configuram restrições a direitos fundamentais constitucionalmente positivados, fica evidente que a observância de todos os regramentos e formalidades inerentes aos institutos não se trata de mero capricho ou preciosismo, mas de um pressuposto de legitimação da intervenção estatal na esfera das liberdades individuais. Isto porque o Estado Democrático de Direito somente se coaduna com um processo penal ético, no qual as regras são preestabelecidas e devidamente respeitadas por todos os atores do processo.

Muitas vezes, mesmo respeitadas às formalidades exigidas pelo mandado de busca, encontra-se dificuldade em limitar a apreensão no caso concreto. Segundo o artigo 244 do Código de Processo Penal, a finalidade da busca é a apreensão, porém, o legislador não elenca qual a extensão que esta última pode ter, até porque isso engessaria os atos dos realizadores do mandado, que no caso concreto podem se encontrar diante de uma situação que exija posição do Estado.

Pode-se exemplificar da seguinte forma: o policial, munido de mandado de apreensão contra um traficante, ao adentrar na residência do indivíduo se depara com, além dele próprio e o objeto da apreensão, substâncias ilícitas, armas e um cárcere privado acontecendo. Ora, não apreender tal conteúdo ilícito e não colocar fim ao crime em andamento, por não se encontrar descrito no mandado, seria ir de forma contrária ao previsto no artigo 301 do Código de Processo Penal, que determina o dever de agir dos agentes públicos frente a situações de flagrante delito. Mesmo assim, não se foge do que já foi mencionado quanto ao mandado de busca, o mesmo acontece para a apreensão, que deve ser o mais específico possível o que se pretende apreender para, também aqui, garantir que não ocorram abusos superiores a já intervenção do Estado na vida privada do indivíduo.

5 O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO E OS DIREITOS HUMANOS

Como foi exposto anteriormente, o mandado de busca é uma medida cautelar, de caráter liminar, que visa evitar que aquilo que se procura venha a se perder no decorrer do processo, podendo acontecer antes ou depois do inquérito policial, na fase de instrução ou durante a fase de execução, nesta última, visando à prisão do condenado. Já a apreensão é um meio de prova, para que se possa assegurar que não se perca o objeto da busca que se encontrava na posse de outra

pessoa, ou tido como prova do crime no processo, com finalidade probatória e assecuratória.

Aqui se trata da busca domiciliar, diligência expedida a todos os locais que caibam no conceito de “casa”, dado pelo artigo 150, §4º e incisos do Código Penal:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 4º - A expressão «casa» compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

É necessário salientar, que a busca e apreensão pode ocorrer independente de mandado para tanto quando a autoridade policial está frente a um flagrante delito, ou seja, fique demonstrada, sem qualquer sombra de dúvida, ocorrência de crime por parte do indivíduo que acabe por levar a conduta da violação de domicílio de forma justificada pelos policiais

Nas palavras de Dezem (2017, p. 674):

O problema reside justamente nesse ponto: na análise dos motivos que levaram a entrada do domicílio sem mandado. Não se pode fazer aqui o raciocínio do resultado para a ação desenvolvida, valendo-se do resultado como legitimador da conduta. Este raciocínio pernicioso põe ao chão a proteção constitucional do domicílio

Portanto, para que não hajam abusos, o mandado deverá conter as especificações trazidas pelo Código de Processo Penal, dentre eles, as fundadas razões são de extrema importância, demonstrando quais os indícios demonstrados que levaram a sujeição da garantia da inviolabilidade e da vida privada frente à segurança pública, sendo o seu apontamento tão relevante ao ponto de tornar as provas obtidas por meio da medida sem seu apontamento, ilícitas, como afirma a ministra Maria Thereza de Assis Moura, responsável pelo Habeas Corpus 51.586/PE, DJ 05.05.2008. (STF, 2012)

Requisito de igual relevância é encontrado na determinação precisa do local em que a busca irá ocorrer e seu proprietário, dependendo do caso admitir-se somente um ou outro, ou seja, a especificação ou da propriedade ou de seu proprietário, conforme Avena (2018, p. 703):

[...] se não for determinado (rua e número explicitados), deve ser ao menos determinável o local da busca, bem como quem lá reside ou está sendo investigado. Afinal, trata-se a busca domiciliar de medida de exceção, visto que importa em violação do domicílio e, conseqüentemente, da intimidade alheia. Nesse contexto, seriam inadmissíveis o pedido e a expedição de ordem judicial genérica, facultando-se a autoridade ou ao agente da autoridade a escolha do local a ser invadido. Assim, apenas em caráter excepcional admite-se seja a medida autorizada a medida sem a exata precisão do local e do morador. Mesmo nesses casos, contudo, é preciso que haja a possibilidade de determinação e pelo menos um deles deve ser informado ao juiz. Em suma, ou se conhece o endereço e se desconhece o morador ou vice e versa.

A indefinição quanto ao objeto da diligência não é admitida, como já restou provado, porém é possível a aplicação do fenômeno da serendipidade, que Avena (2018, p. 704) afirma ser a:

Chamada descoberta casual ou fortuita de provas, largamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Logo, não há de se cogitar de ilícitudes de prova resultante da apreensão do referido objeto simplesmente pelo fato de ter sido descoberto quando da procura de indícios de outro delito.

A necessária observância da norma quanto aos requisitos essenciais para a correta diligência do mandado de busca, implica a aquele que a cometer de forma ilícita, não respeitando seus procedimentos, responder por abuso de autoridade e conseqüente violação de domicílio, graças a dada garantia constitucional, as limitações trazidas por esta, bem como expressamente traz a o Código Penal, em seu art. 150.

A Lei 4898/65 disciplina o abuso de autoridade da seguinte forma, nos casos de violação de domicílio, nos artigos 3º, alínea “b”, 5º e 6º, a saber:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

b) à inviolabilidade do domicílio;

Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

É com base nessas garantias, mantidas pelos procedimentos advindos da norma infraconstitucional citada, que se pode perceber como a forma genérica do mandado de busca e apreensão acaba por dismantelar princípios fundamen-

tais tão protegidos pelo legislador. Dessa forma, quando a doutrina menciona o instituto da busca e apreensão, como sendo coletivo ou genérico, quer dizer respeito a aquele mandado, que não segue necessariamente os parâmetros delimitados pelo nosso Código de Processo Penal, quantos aos requisitos básicos que são necessários para a sua realização, como a indicação do domicílio em que se dará a diligência e seu proprietário, bem como vê afastada as fundadas razões que levaram ao pedido do mandado.

Aqui, generalidade e coletividade dizem respeito a falta de especialização tão requerida pela lei processual penal, no objetivo de que não haja abusos contra os indivíduos de nossa sociedade.

A partir do mandado de busca genérico é possível abranger casas que muitas vezes seriam difíceis de identificar, principalmente em grandes núcleos urbanos periféricos, que se encontram em situações de irregularidade, sem controle cadastral da propriedade ou da posse, através dos arquivos de urbanização Municipal ou dos Cartórios de Registros de Imóveis. Dessa forma, em um único mandado, seria possível abranger uma rua inteira, ou mesmo um bairro, no intuito de se apreender tudo que for ilícito.

A justificativa, conforme Habeas Corpus 131.836-RJ é, na alegação dos impetrantes, o único “meio de se combater os problemas de segurança pública” a partir do pensamento de que a segurança de todos se encontra a cima dos direitos individuais. (STF, 2014)

Assim, o Código de Processo Penal ao legislar sobre o conteúdo do mandado judicial, fixou em seu artigo 243 os requisitos imprescindíveis, sem os quais a invalidação da busca e apreensão se torna certa. Nas palavras de Mirabete (2008, p. 321):

A busca domiciliar é permitida ‘quando fundadas razões a autorizarem’ (art.240 §1º CPP)”. Como se trata de medida de exceção, constrangedora, que fere a liberdade individual, deve ser empregada com cautela e moderação, ou seja, quando se fundarem em suspeitas sérias de que a pessoa ou coisa procurada se encontra na casa em que a busca deve ser feita e na necessidade indiscutível da medida.

Dessa forma, não existe fundada legalidade e a eficácia, da forma genérica do mandado de busca e apreensão, por ser na prática, impossível cumprir os requisitos de validade exigidos no devido processo legal, pelo princípio da proporcionalidade, da fundamentação jurídica, o pressuposto de inocência, a inviolabilidade do domicílio e a vida privada.

De acordo com Peret (2016, p. 115):

O mandado vago, incerto ou genérico possui viés autoritário e é perigoso, uma vez que permite abusos na execução da diligência. Assim, não se coaduna com as exigências do Estado Democrático de Direito, uma vez que possibilita restringir indevidamente direitos fundamentais do cidadão. Inadmissível, desta forma, o mandado de busca genérico, abrangendo locais indeterminados ou pessoas minimamente identificadas.

É necessário destacar que a inobservância reiterada dos preceitos legais, nos procedimentos no âmbito penal, corrompe o estado democrático de direito, criando situações de exceção, atingindo os direitos fundamentais conquistados por toda a história da humanidade.

Assim, defende Almeida Junior (1911, p. 48-49) que a:

[...] ordem genérica de busca não tem efeito legal; é preciso que contenha uma designação clara e completa dos lugares que devem ser visitados; (...) na Câmara dos Comuns levantou-se a voz de Pitt, afirmando que ‘não há homem assás corrompido para defender os *general warrants* no terreno da legalidade.

Ao estabelecer todos os ditames constitucionais, a forma e todo o procedimento que é exigido ao mandado de busca e apreensão, é evidente que aqueles mandados que não seguem, por menor que sejam, os parâmetros da lei, são ilegais. Nesse sentido, tem-se o mandado de busca e apreensão coletivo, incontestavelmente ilegal em forma e conteúdo, graças a sua característica genérica, aspecto que a lei procura afastar, no intento de que as garantias constitucionais sejam mantidas.

De acordo com Peret (2016, p. 145):

É inadmissível, nesse contexto, que a decisão judicial e o mandado de apreensão confirmem poderes ilimitados para a autoridade executora proceder à apreensão indiscriminada e abusiva durante a diligência. Não pode, assim, o mandado judicial ser um “cheque em branco” para o executor da medida promover a devassa injustificada, no domicílio e na vida privada do cidadão.

Podemos citar como exemplo a intervenção na cidade do Rio de Janeiro nesse ano, assinada pelo presidente Michel Temer em 16 de fevereiro de 2018, no qual ficou evidente o despreparo das autoridades, que cometeram abusos contra os indivíduos que residem em áreas periféricas.

O jornalista Stabile divulgou a partir do jornal El País, no dia 03 de outubro desse ano, o editorial elaborado a partir de relatório realizado pela Ouvidoria Externa da Defensoria Pública do Rio de Janeiro contendo diversas denúncias por parte dos moradores e apontando diversas violações, como agressões, roubos

e até mesmo estupros por parte daqueles que deveriam estar ali para manter a ordem e restaurar a segurança. (STABILE,2018)

A situação é tão grave que o ouvidor-geral da Ouvidoria Externa da Defensoria Pública do Rio de Janeiro se pronunciou afirmando que não está surpreso pelos relatos de abusos. Segundo ele:

Não é a novidade, uma surpresa em termos do que encontrou, a surpresa são os componentes de crueldade, a dinâmica e sistemática dos fatos. Até discutimos sobre diferenciar as comunidades, mas o que mais acontece é que em qualquer um dos 30 tipos de violações acontecem em qualquer uma delas (STROZENBERG *apud* STABILE, 2018).

Assim, podemos identificar que os abusos vão acontecer, independentes de permissão. A questão que não é respondida, no entanto, é o que pior pode acontecer, quando existe autorização para inobservância do devido processo legal.

6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO A PARTIR DA BUSCA E APREENSÃO COLETIVO

Muitos autores tentaram entender o que leva e, principalmente, o que legitima um Estado a agir contra seus cidadãos ou contra ameaças exteriores como inimigos que não merecem direitos.

No sentido de entender o que seria inimigo, Hobbes (2000, p. 47) adverte que: “a liberdade que cada homem possui de usar próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida” e, dessa forma, cria a ideia de que o estado de guerra está permanentemente dentro do estado natural, onde todos sempre serão inimigos de todos, visto que os homens são inimigos uns dos outros, já que no estado de guerra não deve haver regras para dizer o que é justo ou não.

Para Locke (2014, p. 39), inimigos são aqueles que colocam as vontades individuais acima das vontades do coletivo e acabam por violar com as regras mínimas, desse modo violam o direito natural e criam o estado de guerra, não podendo mais ser vistos com humanidade, perdendo todos os seus direitos e por conta disso, podendo ser punidos com até mesmo a pena de morte.

Na visão de Kant (*apud* NOUR, 2013, p. 44), o estado de natureza e o estado de guerra são a mesma coisa, e a paz só pode ser alcançada pelo Estado Civil, graças ao controle social que trará segurança nas relações.

É nesse sentido que Jakobs (2012, p. 343) cria sua teoria. Para o autor existem duas formas de direito: aquela que é para o cidadão, onde mesmo que haja

violações as normas estabelecidas pelo Estado, é possível que este seja recuperado através de uma pena que o entenda como cidadão, ou seja, seu status se mantém frente a sociedade. E há também o direito penal do inimigo, e que deveria ser colocado em prática em situações de guerra, de forma totalmente legítima, onde o Estado vê o terrorista que atentou contra ordem democrática do país, ou mesmo indivíduo que não seguiu a lei, como inimigo. Assim, os direitos outrora garantidos no devido processo legal, podem ser ignorados. Porém, a limitação a esse poder do Estado é muito fina, há vários opositores a ideia de que ela deva passar da exceção para a regra, como afirma Zaffaroni (2007):

A admissão jurídica do conceito de inimigo no Direito (que não seja estritamente no contexto de guerra) sempre foi lógica e historicamente o primeiro sintoma de destruição autoritária do Estado de Direito.

Tal afirmação prevê que o uso indiscriminado, sem justificativa lógica em se tratar seus próprios cidadãos como inimigos e suprimir direitos, cometendo abusos, que só momentos de guerra, onde supressão total de direitos poderia de alguma forma ser alegados, é a maior demonstração que aquela nação, como garantidora de um Estado Democrático de direitos está falida.

Nesse mesmo contexto, Sueiro e Moreira (2005, p. 163) e afirmam que:

Os Estados ocidentais vão incorporando de maneira aparentemente cômoda uma lógica de emergência permanente ou perpétua. Isso reforça a ideia de que a terceira velocidade [do Direito Penal] (ou direito penal do inimigo, na terminologia de Jakobs) vai se estabilizando e ganhará terreno.

Sendo assim, os autores demonstram que ter como parâmetro a segurança pública em detrimento de abusos a direitos, como ocorre nos mandados de busca e apreensão coletivos, é tratar o nativo e, como já exposto acima, principalmente os que se encontram em áreas periféricas, como inimigos da Nação. Ao não os enxergarem como frutos da falta constante de direitos, são tratados como perigos constantes a serem controlados e, a esses inimigos, não há direitos, sendo defendida qualquer violação as suas garantias constitucionais.

7 SELETIVIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL

Entre os vários casos que ocorrem violações a direitos por via de mandados de busca e apreensão coletivos desde 1994, quando de fato a intervenção no Rio de Janeiro começou, estão casos emblemáticos, como por exemplo a prisão do traficante Elias Pereira da Silva, conhecido como Elias Maluco, de 36 anos, principal acusado da morte do jornalista da TV Globo, Tim Lopes. A prisão ocorreu pela

polícia civil no complexo do Alemão no Rio de Janeiro em 2002, conforme Rocha (2018) reportou ao jornal O Globo¹.

No ano de 2016, o mandado de busca e apreensão coletivo permitia que polícias civis e militares entrassem nas casas localizadas em quatro pontos da Cidade de Deus, e sequer tinha prazo determinado para sua realização. Em agosto de 2017, um mandado coletivo foi expedido para a realização de busca nas residências da comunidade do Jacarezinho e mais quatro favelas vizinhas, que foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, solicitada pela Defensoria Pública do Estado. No mês seguinte, a pedido da polícia civil, foi solicitado mandado de busca e apreensão coletivo para a Rocinha por suspeitas que os moradores estariam escondendo armas e drogas. Este não foi sequer entregue ao Plantão Judiciário, o que não evitou que casos de abusos das autoridades fossem realizados e relatados através das mídias sociais pelos moradores da região, conforme reporta Rocha (2018).

Porém, mesmo com pesquisa, não é possível encontrar expedições de mandados coletivos as áreas nobres de qualquer cidade do país. O que só é confirmado pelo Habeas Corpus coletivo nº154.118/DF, onde o subprocurador-geral da República afirma a seletividade do processo penal:

[...] não impressiona a alegação de que objeto de mandado coletivo de busca e apreensões são os bairros pobres. Não raro os chefes das macro organizações criminosas se ocultam em bairros elegantes, podendo, assim, o mandado recair sobre determinada área nobre de determinada cidade. (STF, 2018)

Não se pode aceitar que os direitos variem conforme cor, condição financeira ou área de moradia. Num Estado Democrático, suprimir direitos a um é suprimir direito a todos.

CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados e dada a importância da discussão sobre a afronta a direitos advindos através dos mandados de busca e apreensão coletivos, entende-se que os direitos individuais, como a vida privada e a inviolabilidade domiciliar, devem ser resguardados pelos mais diferentes povos e nações, até porque não existe a coletividade sem o indivíduo e este deve ter seu espaço protegido de todos, até, e, principalmente, do próprio Estado.

¹ROCHA, C. Análise: Mandado coletivo foi usado para prender Elias Maluco em 2002. **O Globo**, [S.l.], 20 fev. 2018. s, p. s. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/analise-mandado-coletivo-foi-usado-para-prender-elias-maluco-em-2002-22413400>. Acesso em: 05 out. 2018.

A busca e apreensão é um instituto que visa que direitos coletivos sejam garantidos em detrimento dos direitos individuais e a isso não há o que se falar. É exatamente tendo como premissa que em determinados momentos tal investidura é necessária que veio a norma regular os procedimentos que essa violação deve seguir e como sua forma e validade vai se dar. Os limites trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, principalmente, pelo Código de Processo Penal, visam proteger ao máximo possível todos os envolvidos no procedimento, desde aquele que irá sofrer restrição a sua garantia a inviolabilidade de seu domicílio, ao executor da medida e até mesmo aquele que proferiu a decisão judicial. O bem estar e a segurança são objetivos da lei, sem distinções do que quer que seja.

Como foi abordado, o mandado de busca e apreensão coletivo é uma dissonância na lei, algo que deve ser abolido de forma expressa em nossas normas. Ao não seguir os ritos que dão especificidade ao mandado e permitindo que se atinja de forma indiscriminada quem se bem entende, mesmo que não esteja sendo alvo de investigação pela simples justificativa da segurança pública, é, acima de tudo, não acreditar nas garantias aderentes de nossa Carta Política, o que só demonstra a ineficácia do Estado frente a atuações de suas autoridades investidas.

Em nenhum país com uma democracia consolidada esse tipo de afronta aos direitos humanos é permitido. Como se descreveu neste trabalho, o Brasil está séculos atrasado em relação ao resto do mundo. Ao invés da regra pelas garantias ao acesso de todos aos seus direitos, adotamos a ordem pelo direito penal do inimigo, onde o Estado vê seus próprios cidadãos como ameaças a serem controladas e neutralizadas, sem qualquer justificativa e, sendo na maioria dos casos, o verdadeiro culpado. Temos com isso, a seletividade do processo, e a seletividade dos direitos. Ao não se encaixar numa estrutura social, que leva em consideração, cor, raça, condição social e financeira e local de moradia, tem-se a estes o cerceamento de seus direitos básicos, como restou demonstrado.

Acredita-se que, ao fim, esse trabalho teve alcançado o objetivo de demonstrar como é fácil a restrição de direitos, através da busca e apreensão coletiva, a indivíduos moradores de áreas periféricas, por não serem enxergados como cidadãos e que, ao perderem esse status, são tratados como não merecedores a gozar os mesmos direitos da coletividade a que fazem parte, não por estarem cometendo ilícito, mas por não terem tido o privilégio de nascer numa região e numa realidade diferente.

A contribuição desse trabalho está no resultado alcançado pelo conhecimento individual trazido, e se espera que possa colaborar para que não haja abusos a direitos como atualmente é relatado, por ser intrínseco a vida cotidiana

daqueles que vivem em áreas periféricas, visando um Estado verdadeiramente democrático em que haja igualdade em direitos.

Muito ainda deve ser discutido e muito ainda deve ser pesquisado sobre o assunto, pois através do conhecimento é possível mudar tal realidade. Não foi possível nessas páginas abordar todos os aspectos que levam aqueles, que na maioria das vezes nem conhecem seus direitos, a os terem sucumbido, mas acredita-se que o caminho é esse.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, J. M. *O processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro. Francisco Alves & Cia, 1911. v.1.

AUDIÊNCIA PÚBLICA: Segurança pública e violações de direitos: impactos da intervenção Federal do Rio de Janeiro para o Brasil (2018). São Paulo. Segurança pública e violações de direitos: impactos da Intervenção Federal do Rio de Janeiro para o Brasil... [S.l.]: IBCCRIM, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YhPft8c384&feature=youtu.be>>. Acesso em: 05 out. 2018.

AVENA, N. *Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo: Método, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei n.3689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm . Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. *Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841*. Reformando o código do processo criminal. [S.l.], 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. *Lei n. 4.898, de 09 de dezembro de 1965*. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Brasília, 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus coletivo. RHC nº 154.118/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, n.33, 20 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus coletivo. RHC nº 131.836/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, n. 166, 09 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus coletivo. RHC nº 51.586/PE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, n. 85, 08 maio 2012.

DEZEM, G, M. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

DOMINONI, Marco *et al*. A intervenção federal, os mandados de busca e apreensão coletivos e a criminalização da pobreza. *Curso Clique Juris*, Niterói: [s.n], 2018. Disponível em <http://cursocliquejuris.com.br/blog/a-intervencao-federal-os-mandados-de-busca-e-apreensao-coletivos-e-a-criminalizacao-da-pobreza>. Acesso em: 05 out. 2018.

DOTTI, R. A. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 17, n. 66, 1980.

ESPINOLA FILHO, E. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000.v.3.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição (1787)*. Emenda Constitucional n.4, de 17 de setembro de 1787. Filadélfia, 1787. Disponível em: http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/constituicao_eua.pdf. Acesso em: 24 out. 2018

FERREIRA, A. B. H. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Editora Positivo, 2014.

GRINOVER, A. P. As nulidades no processo penal. 10. ed. In: GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. cap.V.

HOBBS, T. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Ícone Editora, 2000.

JAKOBS, G. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. São Paulo: Edipro, 2014.

MIRABETE, J. F. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas SA, 2008, cap. 8, p. 319-323.

MISSAGGIA, C. Da busca e apreensão no processo penal brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 48, p. 199-246, 2002.

NOUR, S. À paz perpétua de Kant. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NUCCI, G. S. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. São Paulo: RT 2011.

PERET, L. L. A. *(Re)pensando a busca e apreensão no processo penal: uma análise constitucional de seus limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PITOMBO, C. A. V. B. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2005, p.23-26.

ROCHA, C. Análise: Mandado coletivo foi usado para prender Elias Maluco em 2002. *O Globo*, [S.l.], 20 fev. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/analise-mandado-coletivo-foi-usado-para-prender-elias-maluco-em-2002-22413400>. Acesso em: 05 out. 2018.

SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo: direito a privacidade. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009. cap. II, p. 205-209

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

STABILE, A. Policiais estupraram meninas durante intervenção no Rio, aponta relatório da Defensoria Pública. *El País*, Brasil, 2018. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/02/politica/1538454557_419749.html. Acesso em: 05 out. 2018

SUEIRO, C. C.; MOREIRA, B. M. B. *La Expansión del Derecho Penal*, el terrorismo y sus dos discursos: del Derecho Penal del enemigo al autor por convicción. [S.l.]: [s.n], 2005.

TORNAGHI, H. B. *Curso de processo penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 1983. v.1.

TOURINHO FILHO, F. C. *Manual de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva 2018.

ZAFFARONI, E. R. *El Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Dykinson, 2007.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHER E A DESISTÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO NAS AUDIÊNCIAS PRELIMINARES NA CIDADE DE PASSO FUNDO-RS EM 2018

VIOLENCE AGAINST WOMEN AND THE DETENTION OF REPRESENTATION AT THE PRELIMINARY AUDIENCES IN THE CITY OF PASSO FUNDO-RS IN 2018

Felipe da Veiga Dias

Pós-doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com período de Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social”. Advogado. Passo Fundo – Rio Grande do Sul – Brasil.

Natália Tibola Maciel

Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) - Passo Fundo - RS. Advogada.

Submetido em: 09/01/2019

Aprovado em: 30/05/2019

Resumo: A pesquisa foi desenvolvida com o objetivo principal de elencar os motivos da desistência da representação nas audiências preliminares em casos de violência contra a mulher na cidade de Passo Fundo/RS. O problema de pesquisa se dá em determinar quais são os fatores que levam as mulheres vítimas de violência a não prosseguirem com a persecução penal nas audiências preliminares na cidade de Passo Fundo? O estudo se baseia em uma pesquisa de campo descritiva e de natureza qualitativa, pois busca determinar e elencar os fatores particulares que influenciam diretamente para que as mulheres vítimas de violência não prossigam com a persecução penal nas audiências preliminares. Assim concluindo-se que realizar um diagnóstico local acerca dos fatores mais influentes, como preocupação com os filhos ou alcoolismo, na desistência da persecução penal é essencial para a elaboração de ações e políticas efetivas na busca pelo fim da violência contra a mulher.

Palavras-chave: Audiência Preliminar; Pesquisa empírica de campo; Violência contra mulher.

Abstract: *The research was developed with the main objective of listing the reasons for the discontinuance of representation in preliminary hearings in cases of violence against women in the city of Passo Fundo, RS. The research problem is to determine what are the factors that lead women*

victims of violence not to proceed with the criminal prosecution in the preliminary hearings in the city of Passo Fundo? The study is based on descriptive and qualitative research, as it seeks to determine and list the particular factors that directly influence women's violence victims not to pursue criminal prosecution at preliminary hearings. Thus, concluding that a local diagnosis of the most influential factors, such as child or alcoholism, in the abandonment of criminal prosecution is essential for the elaboration of effective actions and policies in the search for an end to violence against women.

Keywords: Preliminary Hearing; Empirical field research; Violence against women.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A interferência direta da relação do agressor com os filhos na decisão da vítima de desistir da ação penal. 3. O registro da ocorrência como fator determinante para cessar a violência e reprimir o agressor. 4. O elo entre o alcoolismo e a violência contra mulher. 5. A reconciliação entre vítima e agressor, uma nova chance. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Neste estudo aborda-se o assunto da desistência da persecução penal com base nos dados coletados por meio de pesquisa empírica realizada nas audiências preliminares em Passo Fundo/RS. Com relação à pesquisa empírica realizada é importante referir que esta é uma das atividades por meio da qual o investigador pode produzir novos conhecimentos e, a pesquisa será empírica se as conclusões forem baseadas em observação ou experimentação (EPSTEIN; KING, 2013, p. 7). Ainda, cabe ressaltar a forma de sua organização, métodos de abordagem e os métodos de desenvolvimento, além disso, é de suma relevância destacar que a pesquisa é qualitativa e foi embasada em casos de violência doméstica que ocorreram na Comarca de Passo Fundo/RS no ano de 2018, com autorização da juíza Margareth Catarina Busollo Antunes Fontana, que atua na Vara, bem como tendo passado por submissão do Comitê de Ética da Faculdade Meridional (IMED – Passo Fundo – RS).

A ideia da pesquisa desde o início era obter dados que chegassem mais próximo da realidade do porque as vítimas desistiam de prosseguir com a persecução penal contra seus agressores. “Realidade, a propósito, é uma palavra de ordem nesse trabalho, pois a pesquisa empírica pressupõe, justamente, o direcionamento do olhar para o contexto fático. A pesquisa empírica não deixa de ser um instrumento que mensura a realidade” (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010, p. 3).

Preliminarmente, buscou-se acompanhar as audiências e entender um pouco mais a respeito das histórias ou acontecimentos que tenham levado as mulheres até aquela sala de audiências. Nesse primeiro contato, foi possível verificar diferentes perfis de mulheres, das mais explosivas até as mais introvertidas,

distintos também eram as reações dessas mulheres ao encontrarem com seus agressores, algumas esperançosas por uma mudança de comportamento da parte deles, e outras, ainda, visivelmente abaladas e tristes com o ocorrido.

Posteriormente, depois desse primeiro contato, eram realizadas as entrevistas, muitas mulheres ainda bastante emocionadas com o episódio, acabavam chorando em meio aos questionamentos que lhes eram sendo feitos. Muito além de estarem participando de uma pesquisa, aos poucos percebia-se que aquele momento de fala era importante, ter alguém interessado no que elas tinham a dizer surgia como um resquício de esperança em meio aquele ambiente tão delicado que viviam. Grande parte das entrevistadas relataram que após terem registrado a ocorrência os seus agressores não voltaram a lhes ameaçar ou agredir, e essa conduta receosa devia-se ao fato do medo que sentiam esses agressores de serem presos.

Outro fator importante, que cabe ressaltar, é que a grande maioria das vítimas quiseram prosseguir com as medidas protetivas pelo prazo de seis (6) meses, ou seja, ao mesmo tempo em que desistiam da persecução penal contra os agressores não abriam mão das medidas de proteção a que tinham direito.

Participaram da pesquisa cerca de 30 mulheres, com idade entre 18 e 59 anos, moradoras da cidade de Passo Fundo/RS, na sua maioria com o ensino médio completo e com renda média de dois salários mínimos. Todas as mulheres possuíam ao menos um filho e a maioria residiam em imóvel próprio.

Após a coleta dos dados iniciou-se a fase de organização e divisão dos resultados obtidos. As informações foram divididas da seguinte maneira: a) a interferência direta da relação do agressor com os filhos na decisão da vítima de desistir da ação penal; b) o registro da ocorrência como fator determinante para cessar a violência e coibir o agressor; c) o elo entre o alcoolismo e a violência doméstica contra mulher; d) a reconciliação entre vítima e agressor, uma nova chance.

2 A INTERFERÊNCIA DIRETA DA RELAÇÃO DO AGRESSOR COM OS FILHOS NA DECISÃO DA VÍTIMA DE DESISTIR DA AÇÃO PENAL

Sabe-se que num cenário de violência (enquanto relação de poder) (ARENDR, 1970, p.22) doméstica a desestruturação familiar é inevitável (ao menos de acordo com os relatos colhidos), e as possíveis consequências sobre os filhos são uma preocupação, especialmente, por parte da vítima. Deve-se a isso o fato de a grande maioria das mulheres entrevistadas citarem os filhos como principal motivo para a desistência. “Principalmente pelo meu filho sabe, eles se dão bem, meu filho gosta muito do pai dele e não quero prejudicar a relação deles” (Entrevis-

tada 3, 2018). “É ele quem cuida dos nossos filhos, porque eu trabalho em outra cidade, aí fica complicado prosseguir com essa situação” (Entrevistada 05, 2018). Ambas as entrevistadas mencionaram que apesar da relação entre o casal ter terminado, não gostariam que esse fato abalasse a relação entre o pai e os filhos.

No entanto, deve-se registrar que inexistente distinção de classe social, raça ou credo quando se toca neste tema, já que algumas suposições populares são apenas mitos, tal como o de que a violência somente ocorreria em locais desestabilizados ou “anormais”, quando em realidade os atos violentos encontram-se difundidos em toda a sociedade (CAVALCANTI, 2012).

Ainda assim, há evidências crescentes de que em um ambiente de violência doméstica, os filhos do casal que a presenciam, correm riscos eminentes de sofrerem com problemas psicológicos e comportamentais, além do que, há forte tendência de se tornarem adultos agressivos e violentos, que por sua vez poderão futuramente assumir um papel de agressor, em um terrível ciclo vicioso (ABRAMOVITCH; MAIA; CHENIAUX, 2008, p.35). A opção pela desistência da ação penal por parte das mulheres, nem sempre é em nome dos seus próprios interesses, por vezes, é muito mais uma atitude direcionada ao bem-estar dos filhos. “A gente resolveu tentar de novo pelos filhos, nós ‘temo’ cinco filhos juntos, uns já grandes que são casados, mas tem os menorzinhos, principalmente por eles né, precisam da gente junto” (Entrevistada 12, 2018).

A preocupação com os filhos é causa de grande parte das desistências, visto que a questão judicial, na visão destas mulheres vítimas da violência, poderia agravar, ainda mais, os transtornos que os filhos acabam desenvolvendo com a situação de violência em que vivem. “No contexto cultural considerado, as repercussões familiares dos conflitos conjugais ganham relevo nas narrativas femininas: a reprodução doméstica ameaçada, filhos ‘traumatizados’, ‘revoltados’ ou com dificuldades no desempenho escolar” (BRANDÃO, 2006, p. 214).

Sabe-se que uma das medidas protetivas de urgência é o afastamento do agressor do lar, o problema é que na maioria dos casos, quando se afasta o agressor do lar, se está afastando também um pai de seus filhos, ao menos parece ser nisso que creem as mulheres ao desistirem do prosseguimento das medidas protetivas e da ação penal contra os agressores.

As crianças aparecem, neste cenário, como vítimas. A mãe percebe que a denúncia contra o pai poderá afetar gravemente a segurança e o bem-estar do filho. O sentimento de culpa, já presente ao denunciar, é acrescido pelo sentimento de responsabilidade por privar o filho de um lar estável. Diante dos filhos, a mulher teme ser julgada. Ao pretender poupá-los, resolve esquecer o acontecido e fazer valer as

partes saudáveis do relacionamento familiar. Ao mesmo tempo, ela teme possíveis danos decorrentes da violência vivida sobre a criança (JONG; SADALA; TANAKA, 2008, p. 748).

Salienta-se ainda que a violência doméstica é mais comum em âmbitos familiares que possuam filhos, e durante as entrevistas pode-se constatar isso, visto que na totalidade das entrevistas realizadas, 100% das mulheres vítimas de violência que participaram da pesquisa possuíam ao menos um (01) filho. Além disso, pelos relatos, também foi possível notar que os filhos presenciam a violência que suas mães sofrem e, por vezes, também são vítimas junto com suas genitoras dessa violência. “Foram várias brigas, na verdade nós sempre brigamos muito, ele tem um sentimento de posse sobre mim sabe... teve uma vez que nós brigamos e ele disparou com uma arma contra mim, o nosso filho mais novo ‘tava’ no meu colo quando isso aconteceu” (Entrevistada 25, 2018).

As consequências para os filhos que presenciam a violência sofrida pela mãe em um ambiente de violência doméstica, podem ser graves e irreversíveis. Sérios problemas psicológicos podem ser desenvolvidos, além de um acompanhamento profissional que pode durar uma vida inteira. É basicamente nisso que uma mãe, vítima de violência, relata ao tomar a decisão pelo registro da ocorrência e pelo prosseguimento da persecução penal até a punição de seu agressor.

Esses traumas “imprimem profundas desestruturações no self, repercutindo e interferindo na apreensão das sensações e sentimentos (função Id), nas deliberações em relação às identificações e alienações frente as suas necessidades (função ego)”, o que pode gerar diversas “confusões e distorções perceptuais e afetivas, bem como, em sua imagem e auto-imagem (função personalidade)” (FERREIRA, 2010, p. 85).

Se as mulheres que são vítimas da violência tivessem apoio (privado ou por meio de políticas públicas) para reflexão a respeito do que seria o melhor ambiente familiar para os seus filhos, isso poderia representar um quadro distinto no número de registros contra seus agressores. A entrevistada 7, por exemplo, mesmo tendo desconfianças de uma violência sexual por parte do companheiro contra a filha, negligenciou e preferiu acreditar que a desconfiança não tinha fundamento. “A minha filha, essa que ‘ta’ comigo, ela tem 9 anos e ela tem muito medo dele, não chega nem perto, eu cheguei a desconfiar de outras coisas sabe..., mas aí ela nunca falou nada, deve ser porque ela via ele chegando bêbado e me agredindo” (Entrevistada 7, 2018).

Para que na prática as denúncias sejam mais frequentes e as ações penais sejam levadas adiante é preciso muito apoio e acolhimento a essas mulheres, especialmente do Poder Público, da família, dos amigos, que são quem de fato

tem a maior probabilidade de encorajar as mulheres e interferir em um ambiente familiar de violência, pois conhecem os personagens e percebem os sinais que a vítima externa ao estar sofrendo com a violência doméstica.

3 O REGISTRO DA OCORRÊNCIA COMO FATOR DETERMINANTE PARA CESSAR A VIOLÊNCIA E REPRIMIR O AGRESSOR

Ao longo das entrevistas, foi possível perceber que grande parte dos agressores, talvez reprimidos pelo medo de serem presos, não voltaram a repetir a violência que deu causa ao registro da ocorrência pelas mulheres. “É que depois que eu fui lá na delegacia aquele dia e registrei ele se acalmou, nunca mais me ameaçou” (Entrevistada 21, 2018).

“Depois que eu fiz o registro nem vi mais ele, parou de me perturbar, ele me perseguia, ia lá na frente do no meu serviço, ficava fazendo ameaça que se me visse com alguém ia matar os dois, mas depois que registrei graças a Deus sumiu, vi agora aqui na audiência só” (Entrevistada 16, 2018).

A partir dos relatos citados, e de outros muito semelhantes, se pode resumir que o fato de se registrar a ocorrência demonstra a coragem dessas mulheres, e esta coragem, ainda que tenha sido tomada num ato de desespero, inibe (em alguns casos) que novas ocorrências venham a acontecer, pelo menos durante certo tempo. Diante disso, percebe-se que o simples registro da ocorrência na delegacia, serve como uma forma (em tese) eficaz, a curto prazo, de combate à violência contra mulher, juntamente as medidas protetivas de urgência, que são concedidas as vítimas emergencialmente, agem nesse sentido, intimidando parte dos agressores.

Contudo, seguindo a máxima de que em toda regra há exceção, aqui não seria diferente, a postura agressiva e violenta de alguns dos agressores em audiência causou espanto, e em determinados momentos, até mesmo as medidas mais severas de proteção as vítimas pareciam ser frágeis e incapazes de conter aquele agressor, que além de machista (fruto da sociedade patriarcal e de toda carga cultural que molda o próprio sistema penal) (CERQUEIRA; MATOS; MARTINS; JUNIOR, 2015, p.7), estava convencido de estar com toda a razão. Para esses casos, a lei é bastante severa e o juiz poderá decretar a prisão preventiva do agressor em caso de desobediência, conforme prevê o artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006, incluído pela Lei nº 13.641/2018, e o artigo 20 da Lei 11.340/2006¹.

¹ “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial” (BRASIL, 2006).

Salutar mencionar que a Lei Maria da Penha objetiva trazer proteção e reprimir a violência contra a mulher, mas segundo aduz Campos, sua relevância se dá também como uma quebra a hegemonia de gênero no sistema penal, pois coloca em xeque “os pressupostos teóricos sob os quais têm se sustentado a formulação sexista sobre o que deve ou não ser considerado um tema de relevância jurídica” (CAMPOS, 2011, p. 7).

Apesar de não existirem garantias de que o agressor realmente ficará afastado, e de que não voltará a cometer novas formas de violência contra a mulher, o simples registro da ocorrência, ao menos na maioria dos casos pesquisados no âmbito local, foi (mesmo que momentaneamente) o suficiente para que as mulheres renunciassem ao direito de prosseguir com a persecução penal, talvez persuadidas por um falso sentimento de segurança por ter em mãos o registro. Embora, seja importante registrar que até o presente momento o quadro nacional demonstra a ineficácia legislativa e do próprio sistema penal em reduzir a situação da violência contra a mulher (AMARAL; MARTINS, 2018, p. 213).

Posto isso, uma parcela das mulheres que procuram as delegacias busca apenas saber informações acerca dos “direitos” que possuem com relação aos filhos, ao pagamento de pensão por parte do agressor e quanto a partilha dos bens no caso de um possível divórcio. “Algumas recorrem à polícia para se aconselharem [...]. Mesmo quando as queixas contemplam atos violentos previstos na legislação penal, nem sempre as vítimas estão decididas a formalizá-las em um registro de ocorrência” (BRANDÃO, 2006, p. 211).

Outro fator importante, que se pode perceber ao longo da pesquisa, é que a qualidade do atendimento na delegacia para o registro da ocorrência é fundamental para que as mulheres se sintam acolhidas e com a total assistência de que precisarem. Caso contrário, esse primeiro atendimento pode ter como consequência a descrença das mulheres em todo um sistema Judiciário de proteção, prevenção e punição. Uma das entrevistadas, ao ser questionada acerca da qualidade do atendimento que havia recebido na delegacia no momento em que foi até lá para efetuar o registro da ocorrência, relatou um péssimo atendimento.

Lá foi ruim, péssimo, além de ficar um tempão esperando quando fui conta o que tinha acontecido a atendente foi grossa comigo, quase fui embora sem registro mesmo. A gente já tá numa situação horrível e daí chega lá e é maltratada por eles que deviam proteger, ‘vamo’ recorrer a quem daí né!? (Entrevistada 15, 2018).

O atendimento nas delegacias deve ser qualificado e adequado funcionando como uma ferramenta imprescindível na proteção e acolhimento das mulheres vítimas de violência. Ademais, esse atendimento deve encorajar as mulheres, as

quais chegam até as delegacias tomadas por sentimentos de medo, vergonha e angústia, que prejudicam no momento de falar sobre a situação vivida (HANADA; D'OLIVEIRA; SCHRAIBER, 2010, p. 34). A qualidade do atendimento e do cuidado recebido nas instituições é muito importante, o encorajamento, o fornecimento de informações claras, a empatia pelo ocorrido e o não pré-julgamento contribuem significativamente para que as vítimas sigam até o final com suas denúncias. Em contrapartida, o descaso, a indiferença, o atendimento realizado de forma grosseira e preconceituosa são os maiores inibidores das denúncias.

Portanto, merece registro que as dificuldades encontradas nas delegacias locais, demonstram os problemas na implementação da legislação penal em todo território nacional, quando o assunto é a violência contra a mulher. “Os serviços ainda não são realidade em todo o país, concentram-se nos grandes centros e nas regiões Sul e Sudeste e não são considerados prioridades para o planejamento governamental da maioria dos estados e municípios” (CAMPOS, 2011, p. 61)².

Posto isso, no primeiro atendimento as mulheres devem ser informadas acerca de seus direitos e das possibilidades que possuem naquele momento, inclusive de serem acolhidas em instituições de proteção a mulher. Um dos relatos que causou espanto e despertou empatia imediata, foi a narrativa de uma das entrevistadas que quando questionada acerca do destino que havia tomado após registrar a ocorrência, balançando a cabeça e com um semblante triste e desacreditado relatou. “Pra onde fui depois que registrei... eu ainda tive que enfrentar mais essa, tive que voltar pra casa, casa que digo dos meus sogros né, porque de meu não tem é nada, trabalho e nem a cor do dinheiro eu vejo moça” (Entrevistada 12, 2018).

Ademais, outro possível obstáculo no prosseguimento das persecuções penais, sejam os chamados “inqueritos capengas”, caracterizados por serem aqueles ausentes de provas necessárias, como por exemplo, testemunhas e exames de corpo de delito. Muito provavelmente, em razão da demanda de trabalho e da escassez de recursos, as autoridades policiais e judiciárias acabam banalizando a violência contra mulher e, por vezes, de forma indireta incentivando a desistência da ação penal (BRANDÃO, 2006, p. 218).

Nessa lógica, percebe-se que ainda que se esteja longe de solucionar o problema, o atendimento humanizado nas delegacias as mulheres vítimas de violência parece apontar uma rota. Dar visibilidade e trazer à tona um assunto tão

² Embora não dependa de regulamentação, na prática, a efetivação da Lei tem se dado de maneira lenta e desigual. Em algumas localidades faltam casas-abrigo, centros de orientação e atendimento às vítimas, e centros de recuperação dos agressores, e mais, muitas vezes, as mulheres agredidas são orientadas, dentro da própria Delegacia, a não prestarem queixa contra seus agressores (CORTIZO; GOYENECHE, 2010, p. 108).

silenciado ao longo dos anos, parece ser um dos caminhos em busca do combate a todas as formas de violência contra mulher.

Além disso, o registro da ocorrência deve ser o primeiro passo para que as mulheres rompam com o ciclo da violência, o primeiro, mas não o único. As mulheres devem ser orientadas acerca da importância do prosseguimento da ação penal na prevenção de novas ocorrências de violência, seja contra ela ou contra qualquer outra mulher. A desistência da persecução penal após o registro da ocorrência pode dar a ideia de impunidade ao agressor, e de que se ele repetir a violência, anteriormente cometida, “não vai dar em nada”, mais uma vez.

Cabe mencionar também que não se está a demandar por simples visibilização punitiva dos problemas da violência (por vezes, letal) contra mulher, mas “se trata de politizar algo que foi naturalizado, algo que não foi observado e reconhecido em seu contexto de produção, qual seja patriarcal e necropolítico” (GOMES, 2015, p. 193).

Dito isso, a fim de dar prosseguimento a persecução penal, o apoio da família, em diversos casos, demonstrou-se determinante para que a mulher tomasse a decisão de denunciar, porém este mesmo apoio contribuiu na desistência da persecução penal, pois a mulher sentindo-se segura opta por adotar uma postura que não lhe traga mais problemas, desejando apenas seguir seu caminho ao lado de sua família e longe do agressor (JONG; SADALA; TANAKA, 2008, p. 748 – 749).

Os dados obtidos que demonstram relevância poder que o registro da ocorrência pode ter no sentido de reprimir os agressores, enaltecem a importância de se denunciar a violência doméstica, de não se calar diante de uma situação de agressão contra mulher, e de não negligenciar ao ver uma mulher ser brutalmente insultada e agredida por seu companheiro, familiar, ou por quem quer que seja. Reconhecer que o registro da ocorrência é um passo imprescindível na busca pela libertação da violência, é auxiliar direta e indiretamente no combate a violência contra todas as mulheres.

4 O ELO ENTRE O ALCOOLISMO E A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

A violência contra mulher acontece em diferentes classes sociais, independente de raça, religião ou grau de instrução, no entanto, existem alguns fatores que são considerados estimulantes desse fenômeno, dentre eles o uso de álcool é um dos que mais se sobressai. “O alcoolismo figura entre os dez principais problemas de saúde pública do mundo, sendo o quarto que produz mais incapacidades, com relação a dependência de álcool, a prevalência é entre homens” (RÓLDAN; GALERA, 2005, p.13).

Muitos estudos associam o consumo de álcool a um aumento significativo da violência contra mulher, especialmente a sofrida por mulheres e perpetradas por seus companheiros. As entrevistas realizadas só confirmam isso, na maioria assustadora dos casos o fator determinante para que as ameaças e agressões ocorressem, era o estado de embriaguez em que se encontravam os companheiros das vítimas. “Ele bebe muito sabe, daí chega em casa e quer quebrar tudo, me ameaça e ameaça as crianças, já mandei ele ir lá no ‘CAPS’ ele sempre diz que vai ir, mas nunca vai” (Entrevistada 4, 2018).

Para as mulheres, os agressores quando sóbrios comportam-se como ótimas pessoas, atenciosos e até carinhosos com a família. “O marido é bom e trabalhador: quando bebe, transforma-se. A mulher, após superar a revolta e o sofrimento da agressão, procura entender e justificar a fraqueza do companheiro” (JONG; SADALA; TANAKA, 2008, p. 749 – 750). “Meu marido é uma pessoa boa sabe, ajuda lá em casa, nunca falta nada pra nós, o problema é a bebida, se enfia lá naquele bar volta transtornado” (Entrevistada 9, 2018).

Na verdade, diversamente do que acreditam as mulheres vítimas da violência doméstica, seus agressores não agem de forma violenta somente em razão da bebida alcoólica que ingerem, na verdade o que a bebida faz é potencializar as reações de quem a consome, e no caso dos agressores que já são pessoas violentas e formadas em um pensamento machista, a bebida somente estimula que seu comportamento se concretize. O consumo de álcool e drogas em grandes proporções no Brasil, principalmente por homens, manifesta-se em mudanças de humor, desorientação, agressividade, expondo ao maior risco de praticar violência, em especial contra as mulheres (RABELO, 2007, p. 41).

Nesse sentido, relata a entrevistada que em determinada ocasião seu companheiro estava tão alterado pelo consumo de álcool que “ele pegou um espeto e quis fincar em mim, correu atrás de mim, aí me tranquei no quarto e depois fui dormir lá na minha irmã pra ele se acalma. Mas depois daí quando voltei pra casa nós ficamo de bem” (Entrevistada 20, 2018).

A relação do uso de álcool com a violência é complexa, e envolve vários fatores entre eles o biológico, o psicológico e os sociais. Ademais, a respeito dessa relação há diversas controversas, não há consenso se a relação é causal ou se o consumo excessivo é apenas uma desculpa para justificar o comportamento violento e agressivo que é intrínseco do agressor.

O fato das mulheres acreditarem na responsabilidade do álcool pelas agressões e ameaças que sofrem, diminui a culpa do agressor, aumentando a tolerância das vítimas. Talvez, esteja aí mais um fator responsável pela desistência na persecução penal, fator esse que preocupa, visto que a maior tolerância pode dar

margem para que novas violências ocorram. “Quanto ao período de reincidência da violência, o consumo de álcool pelo agressor parece aumentar o impacto da violência, suas consequências para a saúde da família e o prolongamento da violência” (FONSECA et al., 2009, p.747).

O elo entre a violência contra a mulher e o consumo de álcool é um problema notável, que atinge principalmente nas esferas da segurança e da saúde pública. A facilidade em comprar bebidas alcoólicas agrava a situação, bares, mercados e lojas de conveniência possuem o mais diversificado estoque de bebidas que podem ser adquiridas por um baixo preço. Além disso, há um estímulo ao consumo que é cultural, as pessoas bebem para relaxar, para esquecer, para celebrar, etc. No entanto, o consumo quando frequente pode estar diretamente ligado a violência doméstica e familiar, especialmente contra as mulheres.

Destarte é viável inferir que a cultura de consumo de bebidas encontra no machismo o reforço necessário para “justificação”, em ambos os sentidos, mas que em realidade apenas evidenciam a naturalização da violência sofrida, algo que resta evidente em expressões populares ligadas as vítimas, como, por exemplo: “gosta de apanhar” (SILVA, 2011, p. 13).

Segundo pesquisa do datasenado o consumo de álcool é um dos principais fatores declarados como motivos para a violência contra mulher, cerca de 25,4% das agressões foram motivadas pelo uso do álcool, ficando atrás apenas dos ciúmes com 28%, mas bem à frente de outros fatores como a traição com 6,5%, o uso de drogas com 2,6% e a falta de dinheiro com 0,9% (DATASENADO, 2013). Nos casos envolvendo violência contra mulher e o próprio feminicídio³, por exemplo, o consumo de álcool é citado como fator determinante, sendo que as ocorrências aumentam significativamente nos finais de semana, onde o consumo do álcool é mais recorrente.

O uso de álcool normalmente é utilizado como fuga da realidade pelos agressores, e esse uso ao tomar proporções desenfreadas passa a se tornar rotina, uma rotina cruel, em especial para as mulheres que são esposas e para os filhos. Infelizmente, os índices de homens que buscam ajuda para diminuir o consumo de álcool são baixíssimos. Há uma construção social machista que interfere para que os homens não admitam a necessidade de buscar ajuda profissional, fazendo-os acreditar que podem parar de beber no momento em que desejarem.

³ O feminicídio ou o femicídio é o fenômeno que compreende as mortes violentas de mulheres em todo o mundo, cuja causa essencial para sua ocorrência foi simplesmente sua condição de gênero – ou seja, o fato de ser uma mulher (GOMES, 2015, p. 191).

5 A RECONCILIAÇÃO ENTRE VÍTIMA E AGRESSOR, UMA NOVA CHANCE

Constatou-se que outro fator determinante para desistência da persecução penal são as reconciliações entre vítimas e agressores. O lapso temporal entre a ocorrência e a audiência preliminar parece ser o suficiente para que vítima e agressor se entendam, ou para que o agressor convença a vítima, de alguma forma, a dar-lhe uma nova chance.

Dentre as entrevistadas, no que se refere ao perfil das mulheres que desistem da ação penal pela reconciliação, estão mulheres numa faixa etária acima dos 36 anos e com mais de três (03) filhos. A reconciliação nestes casos foi possível pela presença principalmente de dois fatores: a esperança da mulher por uma mudança de comportamento por parte do agressor e o comprometimento do agressor com a vítima na busca por uma melhora.

Ele é meu enteado, é drogado e alcoólatra, mas não aceita ajuda, não quer ser internado, ele fica muito agressivo e já agrediu eu e o pai dele algumas vezes. A gente tenta ajudar e não quer prejudicar ele né, eu não quero que ele vá preso ou que fique com ficha suja sabe, daí resolvi de mais uma chance pra ver se ele toma jeito (Entrevistada 13, 2018).

O fato do agressor ser uma pessoa que possui problemas envolvendo álcool ou drogas sensibiliza a família, e também a mulher que é vítima da violência perpetrada por ele. Geralmente, com o registro da ocorrência o desejo das vítimas é que o agressor se sinta intimidado e procure ajuda para se recuperar dos vícios que tem, e não que ele seja punido severamente pela violência que praticou contra elas. Quando o agressor, ainda que falsamente, compromete-se a mudar e buscar ajuda, as mulheres sentem-se na obrigação de dar uma nova chance e assim desistem da persecução penal. Alguns autores entendem que o registro da ocorrência serve nesses casos como uma espécie de carta de negociação com o agressor. “A queixa é mais um elemento de negociação de que a vítima disporia para barganhar com o acusado, no sentido de que ele interrompa as agressões e volte a cumprir as obrigações masculinas assumidas ou, no mínimo, não a perturbe mais” (BRANDÃO, 2006, p. 225).

O prosseguimento da ação penal nos casos de violência contra mulher, principalmente por ocorrer no ambiente doméstico, sofre com diversas dificuldades, dentre elas o vínculo afetivo e a dependência existente da vítima com relação ao agressor, que na maioria dos casos é a figura central da família. “A dependência financeira é um dos motivos relatados pelas mulheres para não deixar seu companheiro, especialmente quando existem filhos, pois sem remuneração, a mulher fica impossibilitada de se auto-sustentar e de sustentar seus filhos” (D’OLIVEIRA et. al., 2009, p. 43).

Além da dependência econômica, que interfere significativamente na decisão pela desistência da persecução penal, há também nesse âmbito uma dependência emocional e psicológica, sendo estas últimas as mais preocupantes em termos práticos, visto que uma mulher empoderada terá mais facilidade para buscar sua independência financeira do que uma mulher que sofre com a vitimização. A dependência psicológica e emocional está diretamente ligada a violência psicológica⁴ que a mulher sofre, por vezes até mesmo sem perceber.

As reconciliações entre a vítima e o agressor, após um episódio de violência física ou verbal, podem ocorrer, especialmente, em razão da violência psicológica que a vítima também sofre, e talvez nem perceba. O agressor através da manipulação, da chantagem e das ameaças convence a ofendida de dar-lhe mais uma chance, fazendo com que ela abdique da tutela judiciária, prosseguindo, assim, com a situação de violência por mais tempo.

As vítimas fragilizadas podem ter efeitos permanentes em sua autoestima e autoimagem, deixando-as vulneráveis, inseguras do seu valor como mulher e de seus limites pessoais, e, ainda, mais propensas a aceitar a vitimização como componente de sua condição de mulher perante a sociedade.

A violência doméstica contra a mulher se desenvolve basicamente em um ciclo de quatro fases repetitivas e a reconciliação está entre elas, segundo Hirigoyen as fases são: a) da tensão, onde o companheiro da vítima adota postura agressiva e hostil; b) da agressão, materializada em gritos, ameaças, insultos e agressões propriamente ditas; c) das desculpas, onde o agressor minimiza sua conduta e passa a culpabilizar a mulher, ou um terceiro, pela agressão, e simultaneamente promete mudança; e d) da reconciliação, onde o agressor induz a vítima a acreditar na mudança de comportamento, é carinhoso e amoroso (FERREIRA, 2010, p.33). “Nós conversamos depois da briga e se entendemos, e ele me prometeu que não vai beber mais” (Entrevistada 24, 2018).

A fase de reconciliação, também conhecida como a fase da lua-de-mel, apresenta riscos sérios e eminentes para a mulher que se ilude com a mudança de comportamentos que é momentânea e passageira. Essa “mudança” de comportamento, por parte do agressor, costumeiramente dura poucos meses ou até mesmo semanas, sendo que após os episódios de violência voltam a se repetir, e por vezes até em dimensões piores do que os anteriores.

⁴ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (BRASIL, 2006).

A violência contra mulher quando silenciada seja ela por medo, por receio ou por falta de apoio, infelizmente, pode ter trágicos desfechos. O papel da família e das pessoas próximas nesse momento é o de encorajar e apoiar a mulher, para que ela se livre dessa situação e busque ajuda; o apoio dessas pessoas próximas é essencial e deve ser cauteloso para que a mulher não se sinta pressionada, ou com sua privacidade invadida. “No entanto, muitas vezes, os conselhos dados por familiares podem ser interpretados de maneira que venha ferir ou piorar o sofrimento já instalado pela situação em si, constituindo-se em um agravo” (SANTI; NAKANO; LETTIERE, 2010, p. 420).

A violência contra mulher normalmente não surge do dia para a noite, ela é perpetuada aos poucos de maneira sutil e ardilosa, assim, não é fácil a tarefa de identificar que a violência está de fato ocorrendo. No início a violência pode ser confundida com preocupação, e a necessidade assustadora do agressor em ter o controle de tudo acaba passando despercebida. Avançando um pouco, temos as situações de grosserias, ofensas mais sérias e uma postura agressiva, mas ainda assim há tolerância, o peso do casamento nesses momentos acaba por sustentar as relações e sensibilizar as mulheres que são vítimas, fazendo com que elas suportem o insuportável.

O tempo vai passando e as agressões psicológicas são mais evidentes, além disso, alguns episódios de agressão física já ocorrem, e o que seria o momento de denunciar a polícia acaba sendo mais uma vez amenizado e silenciado, afinal no país de trata da questão como problema de família. Mas este é um problema de gênero, social e de saúde pública, e deve ser denunciado. A partir desse momento, é que se manifesta a fase da reconciliação, o agressor demonstrando arrependimento, com juras de amor e súplicas por perdão, convence a mulher a não o deixar dando-lhe mais uma chance.

Aos poucos os episódios retornam a ocorrer e a mulher culpabilizada (processo de culpabilização da vítima é comum em crimes sexuais, mas também se aplica nas situações de violência) (ROSSI, 2016), acreditando ser sua culpa as novas ocorrências da violência, mais uma vez silencia, deixando que o ciclo se repita por muitas e muitas vezes. “Na verdade, eu me equivoquei, não devia ter registrado a ocorrência, a gente só se desentendeu, eu exagerei um pouco sabendo lá na delegacia, não precisava disso tudo, foi só uma briga de casal” (Entrevista 10, 2018).

Os riscos que a mulher corre ao silenciar a violência que sofre, permitindo que ela se perpetue durante um longo período, podem ser fatais como nos casos em que a violência chega a níveis tão graves que acabam resultando em feminicídios.

dios, pois o ideal de superioridade⁵ de gênero nestes casos evidencia o desejo de poder e domínio de homens sobre as mulheres, nem que a morte seja o caminho escolhido (MENEGHEL; MARGARITES, 2017, p. 2; GOMES, 2015). Isso retoma as origens patriarcais que estabeleceram a lógica de dominação aplicada as relações de gênero, e que ainda demonstram toda a sua carga diante da violência sofrida por mulheres no país (BORGES, 2011, p.12).

A violência contra mulher é um fenômeno a ser combatido diariamente, seja através conscientização populacional, da proteção das vítimas de violência, da prevenção ou da punição aos agressores. O ciclo da violência deve ser rompido quando dos primeiros indicativos de sua existência, e a informação, juntamente as políticas públicas (DIAS, 2004, p. 37), são a maneira mais eficaz de auxiliar na identificação de que a violência contra mulher está ocorrendo.

Observa-se, em especial com base na experiência empírica, que o combate à violência contra mulher é um dever de toda a sociedade, em especial, daqueles que presenciam ou sabem da ocorrência dessa violência. Agir no sentido de encorajar e empoderar as mulheres é um passo importantíssimo, visto que, assim elas mesmas poderão tomar uma atitude no sentido de cessar a violência que sofrem, seja registrando a ocorrência, separando-se do agressor ou através do prosseguimento da persecução penal na esfera judicial. Não desistir das persecuções penais, por qualquer motivo que seja, é mais do que apenas não tolerar a violência, é colaborar para a quebra do ciclo de violência contra mulher, que foi silenciado ao longo dos anos, porém a compreensão da desistência das vítimas é valiosa para o aprimoramento do sistema (quais ações e políticas são necessárias a realidade enfrentada) e o incremento dos elementos necessários a proteção das mulheres que sofrem com tais atos criminosos.

CONCLUSÃO

Com a elaboração dessa pesquisa, buscou-se demonstrar os fatores que influenciam mais significativamente para que as mulheres vítimas de violência não prossigam com a persecução penal nas audiências preliminares em Passo Fundo/RS, percebendo-se que os fatores são semelhantes entre si, apesar das peculiaridades de caráter pessoal de cada vítima.

Após a realização da pesquisa, foi feita a análise dos dados obtidos com o estudo e desta análise alguns resultados mostraram-se diferenciais da cidade de Passo

⁵ A história mostrou-nos que os homens sempre detiveram todos os poderes (sic) concretos; desde os primeiros tempos do patriarcado, julgaram útil manter a mulher em estado de dependência; seus códigos estabeleceram-se contra ela; e assim foi que ela se constituiu concretamente como Outro (BEAUVOIR, 1970, p. 179).

Fundo, a exemplo do quanto o alcoolismo é fator determinante para as ocorrências de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo que a ausência de assistência/políticas públicas nesse âmbito é lamentável e impulsiona o aumento na quantidade, já expressiva de casos de violência contra mulher na cidade.

Quanto a esse tema, há uma evidente falha estatal, que poderia ser resolvida com a implementação de mais e melhores políticas públicas de conscientização, prevenção e combate ao alcoolismo, ademais seria necessário a realização de encaminhamento direto dos autores de violência contra mulher aos serviços especializados nesses transtornos. Ou seja, há uma desarticulação (além da falta de investimento) nas políticas sócio assistenciais ligadas a violência contra mulher.

Ainda, outro fator que cabe ressaltar é o da interferência dos filhos e da relação destes com os agressores na decisão das mulheres que são vítimas de violência por não prosseguirem com a ação penal. Outra relevante parcela das entrevistadas indicaram os filhos como fator determinante para não prosseguirem com a persecução penal, a relação pacífica entre agressor e os filhos, e o temor por ser culpabilizada pelas punições que o agressor possa a vir sofrer com o prosseguimento da ação penal, intimidam e causam receio nas mulheres vítimas da violência.

A inexistência de políticas públicas voltadas para o atendimento específico e assistência aos filhos das vítimas de violência também é condição que agrava e intensifica o sentimento de desamparo das mulheres, que tomadas por este sentimento de insegurança acabam optando pela desistência das persecuções penais. Há, portanto, uma situação preocupante e que exige a elaboração de políticas públicas com propostas consistentes e que atinjam proporções interdisciplinares e intersetoriais.

Assim, as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar necessitam de apoio e assistência para que não desacreditem da Justiça Criminal (a qual precisa de constante revisão de suas bases e atuações), e para que se sintam seguras ao acessar o Poder Judiciário ao ponto de não desistirem das persecuções penais contra seus agressores. Em especial, o diagnóstico local é essencial para projeção de ações efetivas em cada especificidade dos núcleos de violência sofrida por mulheres brasileiras, a fim de com isso combater e prevenir com mais intensidade esse grave e complexo problema social.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVITCH, Sheila; MAIA, Maria Claudia; CHENIAUX, Elie. Transtornos de déficit de atenção e do comportamento disruptivo: associação com abuso físico na infância. *Archives of Clinical Psychiatry*, São Paulo, v. 35, n. 4, p. 159-164, 2008.

AMARAL, Augusto Jobim do; MARTINS, Fernanda. Feminismos e poder punitivo: vulnerabilidades e resistências. *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 3, n. 10, 2018.

ARENDDT, Hannah. *Da violência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1970.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: fatos e mitos*. 4 ed. São Paulo: Difusão européia do livro, 1970

BRANDÃO, Elaine Reis. Renunciantes de direitos? A problemática do enfrentamento público da violência contra a mulher: o caso da delegacia da mulher. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 207-231, 2006.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 11 out. 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-12, 2011.

CAVALCANTI, Stela Valéria. *Violência doméstica contra a mulher no Brasil: análise da Lei" Maria da Penha"*, nº. 11.340/06. 4. ed. Salvador: JusPODIUM, 2012.

CORTIZO, M. del C.; GOYENECHÉ, P. L. Judicialização do privado e violência contra a mulher. *Revista Katálysis*. Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 102-109, jun. 2010.

DATASENADO. *Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Secretaria de Transparência DataSenado, 2013. Disponível em: https://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf. Acesso em: 20 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas et al. Fatores associados à violência por parceiro íntimo em mulheres brasileiras. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, n. 2, p. 299-311, 2009.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

FERREIRA, Wanderlea Nazaré Bandeira et al. *(In)visíveis sequelas: a violência psicológica contra a mulher sob o enfoque gestáltico*. 2010. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará. Instituto de Filosofia e Ciência Humanas, Programa de pós-graduação em Psicologia, Belém, 2010.

FONSECA, Arilton et al. Padrões de violência domiciliar associada ao uso de álcool no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, p. 743-749, 2009.

GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. *Revista Gênero & Direito*, João Pessoa, v. 4, n. 1, 2015.

HANADA, Heloisa; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; SCHRAIBER, Lilia Blima. Os psicólogos na rede de assistência a mulheres em situação de violência. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 18, n. 1, p. 33, 2010.

JONG, Lin Chau et al. Desistindo da denúncia ao agressor: relato de mulheres vítimas de violência doméstica. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo. v. 42, n. 4, p. 744-751, 2008.

KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. O desafio de realizar uma pesquisa empírica no Direito – uma contribuição antropológica. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 7., 2010, Recife. *Anais [...]*. Recife, 2010.

MENEGHEL, Stela Nazareth; MARGARITES, Ane Freitas. Femicídios em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil: iniquidades de gênero ao morrer. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 33, 2017.

RABELLO, Patrícia Moreira; CALDAS JÚNIOR, Arnaldo de França. Violência contra a mulher, coesão familiar e drogas. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, p. 970-978, 2007.

ROLDÁN, María Carmen Bernal; GALERA, Sueli Aparecida Frari. Perception of the mothering role of women who live in a context of drugs and violence. *Revista latino-americana de enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 13, n. 2, p. 1118-1126, 2005.

ROSSI, Giovana. *A culpabilização da vítima no crime de estupro: os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SANTI, Liliane Nascimento de et al. Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social. *Texto & Contexto-Enfermagem*, Florianópolis, v. 19, n. 3, p. 417-424, 2010.

SILVA, Lillian Ponchio. Sistema penal: campo eficaz para a proteção das mulheres. In: BORGES, Paulo César Correa (Org.). *Sistema penal e gênero: tópicos para emancipação feminina*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA POR DANO AMBIENTAL

CONSIDERATIONS ON CIVIL LIABILITY SOLIDARY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE

Clayton Reis

Doutorado em Direito Negocial pela Universidade Federal do Paraná. Professor titular do Centro
Universitário Curitiba.

Andre Lipp Pinto Basto Lupi

Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo.
Professor do Mestrado do Centro Universitário Curitiba.

Debora Cristina de Castro Rocha

Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.
Membro da Comissão de Direito à Cidade do Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Paraná.

Submetido em: 11/03/2019

Aprovado em: 24/05/2019

Resumo: Buscar-se á neste, mediante a pesquisa na doutrina sob uma perspectiva argumentativa indutiva, trazer algumas considerações a respeito da responsabilidade civil solidária por dano ambiental, abordando-se o instituto da responsabilidade civil ambiental, já que a legislação ambiental impõe ao causador do dano ambiental o dever de repará-lo, seja por meio da ripristinação e/ ou indenização pecuniária. Discutir-se-á, portanto, a eficácia da responsabilidade civil ambiental na tutela do meio ambiente, cumulada com as teorias da causalidade tradicional, dando ensejo, portanto, a responsabilidade civil ambiental solidária.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, dano ambiental, responsabilidade solidária, meio ambiente.

Abstract: *It will be sought in this, through the research in the doctrine from an argumentative perspective inductive, to bring some considerations regarding the civil responsibility jointly for environmental damage, approaching the institute of environmental civil responsibility, since the environmental legislation imposes to the causer of the damage obligation to repair it, whether by means of reprisal and / or pecuniary compensation. Therefore, the effectiveness of environmental civil liability in the protection of the environment, combined with traditional theories of causality, will be discussed, thus giving rise to the environmental responsibility of environmental solidarity.*

Keywords: *Civil liability, environmental damage, joint liability, environment.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O dano ambiental. 3. A responsabilidade civil ambiental. 4. A responsabilidade solidária no direito ambiental. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nossa Carta Magna consolidou em seu art. 225, o direito coletivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, inserto na denominada terceira geração de direitos fundamentais, eis que, sendo este de uso comum da sociedade e imprescindível à qualidade de vida saudável, obriga o Estado e a coletividade à sua defesa e proteção como meio de preservação das atuais e futuras gerações.

À vista disso, existe um dever universal de preservação do meio-ambiente, que se manifesta mediante obrigações concretas que quando não observadas, deflagram o dever de indenização dos prejuízos ambientais ocasionados, o que pode ocorrer tanto no âmbito administrativo e civil, de acordo com o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição da República de 1988, que assim preconiza: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Por essa perspectiva, constata-se que, há na Constituição duas modalidades de sanções, as penais e administrativas, e aquelas versadas no dever de indenizar pelo prejuízo causado. As primeiras possuem função repressiva e pedagógica, visando dessa forma chamar a atenção do poluidor e da comunidade em geral de que os ilícitos ambientais não serão tolerados.

Quando se trata da reparação do dano, deve-se ter em mente que essa nada mais é do que a necessidade de reconstituição, na medida do possível, daquilo que foi degradado, não se podendo perder de vista que as duas modalidades de punição são independentes entre si. Ou seja, aquele que poluir deverá recuperar o dano e concomitantemente suportar as sanções penais. Não obstante isso, certo ainda que aquele que for condenado pelo cometimento do crime ambiental, igualmente deverá reparar o dano.

No tocante a responsabilidade civil, cumpre destacar a Lei nº 6.938/81, difundida como a “Lei de Política Nacional do Meio Ambiente”, tendo conferido responsabilidade objetiva ao ocasionador do dano e a salvaguarda não só à pre-dileções individuais, como também aos interesses difusos. Além disso, conferiu legitimidade ao Ministério Público para a proposição de ações de responsabilidade civil e penal por danos deflagrados ao meio ambiente, conforme se depreende do artigo 14 da supramencionada legislação.

Art.14, §1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Ademais, anteriormente ao mencionado dispositivo legal, a doutrina sustentava que em se tratando de dano ambiental, não haveria que considerar outra teoria que não seja a do risco integral.

Dessa forma, não restam dúvidas de que a responsabilidade civil insubordina-se à análise de culpa e se fundamenta no ideário de que aquele que criar o risco deve reparar os danos decorrentes da sua conduta. Assim, é suficiente, por conseguinte, a comprovação da ação ou omissão, do dano e do nexos causal, independente da legalidade do ato, já que o que se verifica é a potencialidade do dano, conforme jurisprudência remansosa.

Já no tocante a solidariedade, tem-se que essa torna irrelevante o fato de o dano ter sido produzido por causa principal, por causas secundárias, ou ainda, por concausas, sendo todos os sujeitos envolvidos corresponsáveis, sendo legitimados passivos todos aqueles que, de alguma forma foram os causadores do dano ambiental, sendo certo que a responsabilidade dos causadores é solidária.

Nem mesmo o caso fortuito ou a força maior têm o condão de excluir a responsabilidade civil por dano ambiental, devendo o poluidor assumir integralmente todos os riscos decorrentes da atividade desenvolvida, pois nesse caso, está-se diante do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento da sua *dimensão ecológica*, justamente em atenção aos riscos decorrentes da degradação ambiental que possibilita a ampliação da fronteira da garantia do mínimo existencial para abarcar também a qualidade ambiental do seu núcleo normativo.

Pois, inúmeros grupos de pessoas encontram-se completamente desprovidas de condições que possibilitem desfrutar de uma vida dentro de padrões mínimos de dignidade, o que os faz ter de suportar catástrofes decorrentes de episódios climáticos que os permite postular em face do Estado o suprimento da prestação de direitos mínimos que atentem à manutenção da sua dignidade.

2 O DANO AMBIENTAL

O dano ambiental nada mais é do que a lesão ao meio ambiente, no que se incluem os elementos que se pode denominar de naturais, artificiais e culturais,

consistentes em bem de uso comum do povo, consoante preconizado pela Carta Magna em seu artigo 225, caput. Para, além disso, consiste ainda, nos mesmos termos que insculpidos no artigo supra, em forma de violação do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se caracteriza em direito humano fundamental e de natureza difusa.

Em síntese, o dano ambiental implica na agressão ao meio ambiente, o qual é compreendido como o conjunto de condições, de leis, de interações físicas, químicas e biológicas que permitem, abrigam e regem a vida de todos os seres vivos, consoante dispõe o artigo 3º, I, da Lei 6.938/1981.

Além disso, consiste ainda em bem incorpóreo e imaterial unitária e globalmente considerado, sendo que a diminuição, subtração ou destruição dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos que integram o meio ambiente global, bem coletivo indivisível cuja preservação é assegurada como direito de todos.

O dano ao meio ambiente ou mesmo ecológico decorre da violação a um bem e conseqüentemente a um direito juridicamente protegido, o que malfez a garantia constitucional que garante a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Todavia, deve-se ter em mente que a concretização do dano, não se pauta em mero comportamento que altere de forma negativa ou que prejudique o meio ambiente, uma vez que se faz premente que uma norma proíba determinada atividade ou resguarde determinado bem ambiental.

Não há concretude no conceito, tampouco no conteúdo do dano ecológico na legislação pátria. A Constituição Federal não conseguiu definir de forma técnico-jurídica o dano ambiental, tendo a lei ordinária se restringido a meras noções do que vem a ser poluição e degradação do meio ambiente.

Importante considerar que no ordenamento jurídico brasileiro, o poluidor está definido como a pessoa que tanto pode ser física, quanto jurídica, que cause a degradação ambiental. Quanto ao poluidor, esse é referido como aquele que degradada o meio ambiente ou altera as características do ambiente de forma adversa. Nesse sentido, depreende-se que o meio ambiente que deve ser considerado não se restringe ao natural, mas alberga também o cultural e o artificial. E mais ainda que poluição pode afetar qualquer um deles.

Enquanto a legislação ambiental se restringe a fornecer elementos meramente indicativos para definir dano ambiental, tem-se que a doutrina trata de maneira mais aprofundada sobre o assunto, especialmente quando trata da sua caracterização. O dano ao meio ambiente pode ser concebido como “a lesão aos recursos ambientais, com a conseqüente degradação-alteração ad-

versa ou in pejus-do equilíbrio ecológico e da qualidade ambiental” (MILARÉ, 2014, p.421-422).

Em um primeiro momento, o dano se caracteriza como pressuposto de reparar e em decorrência lógica desse fato, em um elemento imprescindível para a caracterização da responsabilidade civil. No que tange a definição de dano ao meio ambiente, tem-se que contempla qualquer lesão ao bem jurídico em tela, que não obstante, pode ser causado por atividades ou condutas, tanto de pessoas físicas, quanto jurídicas.

Dessa forma, indene de dúvidas que se a interferência do homem no meio ambiente é passível da geração de danos, premente se torna o estabelecimento de instrumentos de reparação, cujos limites e formas que deverão ser implementadas contra o poluidor não dispensarão a interação com outras esferas de conhecimento, visando à elaboração de laudos técnicos, com a emissão de pareceres relativamente as situações evidenciadas determinando a deflagração ou não de dano ambiental e sua obrigação de reparar.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Dúvida não há de que a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente é objetiva, bem como solidária, de acordo com o que restou sedimentado no REsp 217.858 de relatoria do Ministro Franciulli Neto, julgado em 04/11/2003.

Nesse sentido, tem-se que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, estabelecendo aos causadores de danos ao meio ambiente, a responsabilidade objetiva:

Art. 14 (...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Do mesmo modo o art. 4º, caput, da Lei 6.453/77, trata de responsabilidade civil objetiva, ao mencionar o dano nuclear: “Art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear”.

Importante destacar que há discussão sobre a utilização de teorias que efetivamente estruturam a responsabilidade ambiental, aventando-se assim qual melhor se amoldaria, se teoria do risco integral ou do risco criado. Importante

destacar que há discussão na doutrina acerca de qual teoria fundamenta essa responsabilidade ambiental, se a teoria do risco criado ou a do risco integral.

A jurisprudência pátria se filia a esse entendimento, consoante se depreende do julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça consignado no REsp 442586/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux - Primeira Turma, publicado no DJU em 24/02/2003:

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXECUÇÃO FISCAL. 1. Para fins da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3º, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; 2. Destarte, é poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; 3. O poluidor, por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 - "sem obstar a aplicação das penalidades administrativas" é obrigado, "independentemente da existência de culpa", a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, "afetados por sua atividade". 4. Depreende-se do texto legal a sua responsabilidade pelo risco integral, por isso que em demanda infensa a administração, poderá, inter partes, discutir a culpa e o regresso pelo evento. 5. Considerando que a lei legitima o Ministério Público da União e do Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente, é inequívoco que o Estado não pode inscrever self-executing, sem acesso à justiça, quantum indenizatório, posto ser imprescindível ação de cognição, mesmo para imposição de indenização, o que não se confunde com a multa, em obediência aos cânones do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição. 6. In casu, discute-se tão-somente a aplicação da multa, vedada a incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ. 5. Recurso improvido.

No que tange aos danos nucleares, a responsabilidade objetiva se funda na teoria do risco integral, haja vista os inquestionáveis riscos derivados da exploração da atividade nuclear, algo que fora devidamente contemplado pela Emenda Constitucional nº 49/2006:

Art. 21. Compete à União: (...)

XXIII explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

(...)

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

Não há limitação da responsabilidade civil ambiental circunscrita unicamente ao dever de reparar o dano causado, pois segundo entendimento de Solange Teles da Silva (2005), “ela também deve ser vislumbrada como um dever ético de buscar evitar que esse dano venha a se configurar”.

Resta claro assim, que a responsabilidade civil ambiental tem por escopo a preocupação de prevenir acidentes, com vistas a evitar o dano potencial, não se limitando, portanto, à reparação. Com vistas à prevenção, os princípios do direito ambiental, positivados no art. 225 da Constituição Federal, quais sejam: Princípio do desenvolvimento sustentável, princípio do poluidor-pagador, princípio da prevenção, princípio da precaução, princípio da participação e princípio da ubi- quidade, e congêneres desses princípios apontados por outros autores, acabam sendo utilizados visando satisfazer a proteção e a preservação do meio ambiente e dos seus recursos (FIORILLO, 2008).

Quando se ingressa na seara do Direito Internacional, tem-se que a Declaração do Rio de Janeiro de 1992 dispõe sobre a responsabilidade dos Estados no desenvolvimento de legislação nacional correspondente à responsabilidade e à indenização das vítimas que suportem os danos ambientais. Além disso, deverá haver cooperação dos Estados na elaboração das normas internacionais que versem sobre responsabilidade e sobre o caráter indenizatório que deverá ocorrer de forma célere dentro das áreas de sua jurisdição.

Em nosso ordenamento jurídico, a obrigação de reparação é oriunda da nossa Carta Magna que dispõe em seu artigo 225, parágrafo 2º que, aquele que “explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”.

O parágrafo 3º do supracitado dispositivo, ainda estabelece que as condutas e atividades que venham a ser consideradas lesivas ao meio ambiente acabarão por sujeitar os infratores, que podem ser pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, o que independará das obrigações eventualmente impostas de reparar os danos causados.

Não se discute a responsabilidade penal, administrativa e civil, que como dito, são totalmente independentes, muito embora reciprocamente possam exercer influências umas nas outras.

A consagração da responsabilidade objetiva para reparar e indenizar, encontra-se, por outro lado, prevista, no artigo 14, parágrafo 1º da Lei 6.938/81. Nesse ponto vale destacar que responsabilidade sem culpa possui previsão no Novo Código Florestal, na Lei de Biossegurança e na Lei de Recursos Sólidos.

Já em casos mais graves como naqueles decorrentes de danos nucleares, pode-se trazer a baila o artigo 21, inciso XXXIII, alínea “d” da Carta Magna que prevê de forma expressa a responsabilidade que independe da existência de culpa, estabelecida ainda no artigo 4º da Lei 6.453/77. Nesse aspecto, a responsabilização integral tem sido a linha de muitos doutrinadores, a fim de excluir a possibilidade de que sejam ventiladas eventuais excludentes.

Aquele que polui acaba respondendo mesmo em caso de gerar dano de forma involuntária, não se exigindo, entretanto, qualquer previsibilidade ou que o agente esteja imbuído de ma-fé, já que suficiente o enfoque causal material. Nos casos de empreendedores, certo que esses aceitam as consequências do risco do desenvolvimento de sua atividade. Esse entendimento emerge dos princípios do desenvolvimento sustentável, da prevenção, da precaução, da equidade intergeracional, do poluidor-pagador. O agente poluidor, todavia, não deverá responder se o dano não ocorrer ou se não possuir relação de causa com a atividade desenvolvida.

O desenvolvimento de atividade que promova risco para a saúde e para o meio ambiente; o risco de dano ou o dano, seja esse efetivo, ou mesmo potencial; o nexo de causa entre a atividade e o resultado causador do dano caracterizam-se como pressupostos que ensejam a responsabilidade civil por danos ambientais.

Veja-se que nesses casos, não se admitem excludentes de responsabilidade, cujas quais consistiriam em meras condições do evento, tampouco se concebe a possibilidade de inserção de cláusula que afaste o dever de indenizar.

A simples existência de uma atividade deflagradora de risco para a saúde e para o meio ambiente, por si só se revela suficiente para configurar a responsabilidade, a despeito da licitude de seu exercício. Nem mesmo, hipoteticamente, a existência de licenciamento ambiental considerado válido, ou ainda, o desenvolvimento de uma atividade que se repute legítima, são capazes de eximir o agente causador de degradação ambiental, da obrigação versada no dever de reparar. A antijuridicidade da conduta se satisfaz unicamente a partir da constatação do risco.

O estabelecimento da responsabilidade se sustenta na relação de causa e efeito entre a atividade desenvolvida e o dano deflagrado. Consoante o entendimento firmado no STJ (STJ, 2ª T., REsp 1644195/SC), havendo comprovação entre o nexo de causalidade e o evento e o dano, apresenta-se desnecessário invocar excludente de responsabilidade. Diante desse cenário, exemplificativamente, decidiu-se, ser irrelevante “qualquer indagação acerca de caso fortuito ou força maior, assim como sobre a boa ou a má-fé do titular atual do bem imóvel ou móvel em que recaiu a degradação”.

O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2ª T. REsp 650.728/SC) em julgado emblemático sobre o assunto, confirmou que, visando apurar o nexo de causalidade no dano ambiental, “equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem”.

Quanto a excludente de responsabilidade civil, tem-se que essa consiste dentro da seara ambiental, no fato de terceiro, sendo que a sua aplicabilidade acaba se tornando extremamente restritiva. Dessa forma, “só poderá ser reconhecida quando o ato praticado pelo terceiro for completamente estranho à atividade desenvolvida pelo indigitado poluidor, e não se possa atribuir a este qualquer participação na consecução do dano - ato omissivo ou comissivo” (STJ, 4ª T., REsp 1381211/TO).

Deve-se ter em mente que o fato eventualmente deflagrador do prejuízo ter sido produzido pela da vítima de forma exclusiva, de modo algum isenta o empreendedor da sua responsabilidade.

Presta-se única e tão somente para excluir a possibilidade de que a própria vítima compareça em juízo para pleitear eventual indenização por danos que tenha suportado individualmente. De qualquer sorte, deve-se ter em mente que o direito de regresso do condenado à reparação ambiental contra o ofendido causador do dano permanece preservado.

Importante destacar que não exclui o nexo causal, tampouco a responsabilização, exemplificativamente: i) licenciamento ambiental regular existente e terem sido observadas as limitações de emissão (CAPPELLI; MARCHESAN; STEIGLEDER, 2013, p.206-207); ii) área já antropizada e preexistência de degradação (STJ, 2ª T., REsp 1457851/RN); iii) riscos decorrentes do desenvolvimento que teriam sido resultados da industrialização altamente avançada e da tecnologia (CAPPELLI; MARCHESAN; STEIGLEDER, 2013, p.211-212); iv) a instalação de sinalização, tais como placas informando a existência de materiais orgânicos, na possibilidade de danos desencadeados em virtude do eventual contato com resíduos que se encontrem depositados (STJ, 3ª T., REsp 1373788/SP); v) de si-

tuações oriundas de fatos da natureza, assim como deslizamentos de terra após a ocorrência de fortes chuvas (STJ, 4ª T., REsp 1346430/PR); vi) eventual omissão na fiscalização por parte do Estado (TRF4, 4ª T., AC 5014268-84.2013.404.7205).

Nesse sentido, Farias explica que “independentemente de a licença ambiental estar regular ou não, o empreendedor responsável é obrigado a reparar o dano que a sua atividade causou ao meio ambiente” (FARIAS, 2017, p. 195).

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA NO DIREITO AMBIENTAL

Quando se fala em solidariedade, deve-se ter em mente que essa ocorrerá quando na mesma obrigação concorrerem mais de um credor, ou ainda, mais de um devedor, caso em que, cada um terá direito, ou então obrigado, à dívida toda em consonância com aquilo que dispõe o Código Civil no seu artigo 264. Registre-se que na solidariedade ativa, o pagamento realizado a qualquer credor extingue a obrigação até a importância efetivamente adimplida, nos moldes do constante no artigo 269 do CC; já no que tange à solidariedade passiva, tem-se que o credor, que nesses casos sempre será um terceiro relativamente aos devedores solidários, poderá exigir à sua escolha, de qualquer um deles, de forma parcial ou total a dívida comum, de acordo com o disposto no artigo 275 do CC.

Verifica-se que a solidariedade não é presumida, mas resultante da lei ou então da vontade das partes, consoante artigo 265 do Código Civil. “No caso do dano ambiental, tem sido considerada decorrência lógica da adoção do sistema de responsabilidade objetiva pela legislação brasileira” (GONÇALVES, 2015, p.107).

Já nossa Carta Magna prevê as responsabilidades civil, administrativa e penal dos agentes que praticarem condutas que causem dano ao meio ambiente em seu artigo 225, § 3º.

Nesse diapasão, a Lei 6.938/81 no § 1º do artigo 14, dispõe que independentemente de culpa, o poluidor é obrigado a reparar os danos ocasionados ao meio ambiente ou a terceiros, ou mesmo indenizar em decorrência da sua atividade.

Concebido como poluidor, consoante artigo 3º, IV, pode ser a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que seja responsável, direta ou indiretamente, pelo desenvolvimento de atividade que degrade o meio ambiente.

Extraí-se dos dispositivos legais supra a solidariedade da obrigação daqueles que infrinjam e poluam, denominados de devedores pelo dever de reparação do dano ambiental em prol da sociedade a quem denominados de credora. Diante disso, tem-se que, “tanto aquele que concorre diretamente para o desabrochar

do dano como aquele cuja atividade, indiretamente, representa uma possível condição sem a qual ele talvez não tivesse ocorrido respondem solidariamente pela obrigação de repará-lo por inteiro”.

Segundo posicionamento emanado do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade ambiental é objetiva e solidária em razão da aplicação da teoria do risco integral ao poluidor/pagador, de acordo com previsão estampada no § 1º do artigo 14 da Lei 6.938/81, c/c o artigo 942 do Código Civil (MILARÉ, 2014, p.446).

A referida corte, inclusive, confere amplitude majorada à conceituação de devedor solidário ao invocar que, “para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem” (STJ, 2ª Turma, REsp 650.728/SC).

Em se considerando que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito difuso, em conformidade com artigo 225 da Constituição da República, todos somos todos titulares do direito, tão somente mediante a representação do Estado, pelo Ministério Público ou pelas outras instituições citadas pela Lei 7.347 de 1985; assim, o direito postulatório é igualmente difuso, e o ressarcimento direcionado a qualquer um extingue a obrigação, se aplicada a solidariedade normalmente exteriorizada pelo ordenamento jurídico.

A Constituição Federal estrutura em seu artigo 225, os critérios de determinação do polo passivo em uma ação de responsabilidade civil por dano ambiental, quando estabelece que é de competência do Estado e à sociedade a tutela ambiental. Percebe-se que a Carta Republicana almejou método extensivo, desta maneira, a sociedade em geral, que, de alguma forma, se responsabilizar pelo dano ambiental. Em vista disso o grande encargo do artigo 225 da Carta Magna é descrever que qualquer sujeito pode inserir-se na acepção de poluidor e degradador ambiental (FIORILLO, 2013).

As delimitações de poluidor, poluição e degradação ambiental do artigo 3º, da Lei n. 6.938/81 foram recepcionados pela Constituição da República de 1988. Senão vejamos o artigo 3º da referida Lei:

Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei entende-se por: (...) II — degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III — poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio

ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; IV — poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Diante das definições apontadas pelo supramencionado artigo extrai-se que fazer-se-á a poluição com a decomposição da natureza ambiental, ou seja, com o episódio de alguma transformação danosa da qualidade do meio ambiente.

O artigo 30, inciso IV, da Lei nº 6.938/81, institui poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, causador direta ou indiretamente, por operação motivadora de destruição ambiental. Em outras palavras, o conteúdo legal é incontestável ao responsabilizar todos aqueles que contribuíram de qualquer forma para ocorrência do dano ambiental.

A jurisprudência em nosso país tem se consolidado no sentido de que a responsabilidade solidária possa recair a qualquer daqueles que de alguma forma tenham contribuído para a geração do dano ambiental. Inclusive, tal entendimento pode ser depreendido do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial 1056540/GO, do Superior Tribunal de Justiça, momento em que se decidiu pela solidariedade, decorrendo da dicção dos artigos 3º, incisos IV, e 14, § 1º, da Lei 6.398/1981, no seguinte sentido “se é possível identificar o real causador do desastre ambiental, a ele cabe a responsabilidade de reparar o dano, ainda que solidariamente com o atual proprietário do imóvel danificado”.

Antonio Herman V. Benjamin (1998) defende a aplicação subsidiária do artigo 1518, artigo 942 do atual Diploma Civil, caput, cujo teor se volta à configuração da responsabilidade solidária de reparar a todos que deram ensejo ao dano, isso porque, entende que o fato danoso único e indivisível é “consequência da impossibilidade de fragmentação do dano.”

Entendimento diverso, porém, de extrema relevância para os casos de danos ocasionados por mais de uma empresa no mesmo local é adotado pelos Estados Unidos, no qual se admite imputar responsabilidade de acordo com a parcela de mercado de cada empresa em relação à potencialidade em produzir o dano, denominada de *market share liability* (STEIGLEDER, 2004).

Nesta teoria, permite-se a flexibilização do nexos de causalidade a padrões rígidos, pois diante da impossibilidade de identificar o responsável pelo evento danoso, todas as empresas que atuam em determinado seguimento são responsabilizadas. Admite-se ainda, sejam responsabilizadas no âmbito das áreas contaminadas, pelo custo total de limpeza de forma coletiva ou individual (STEIGLEDER, 2004).

Diferentemente, no Brasil, não há previsão legal para aplicação da teoria do *market share liability* (STEIGLEDER, 2004), limitando assim os operadores do direito à teoria do risco integral, que é aquela acolhida pelo nosso ordenamento jurídico, que concebe que a simples existência da atividade potencialmente perigosa caracteriza a presunção de causalidade, para fins de inverter-se o ônus da prova.

Por outro lado, segundo apontado por Steigleder (2004), visando resolver os entraves relacionados à causalidade no sistema jurídico brasileiro, ao defrontar-se com situações de dano em determinado distrito industrial, no qual todas as empresas nele localizadas poderiam em tese concorrer para causar o dano ambiental, por se caracterizarem como geradoras de riscos, havendo a possibilidade de conjugar as teorias do risco integral com o da causalidade alternativa, de modo que a responsabilização dos causadores do dano incidiria única e tão somente quando houvesse prova da ocorrência do dano e dos fatores de risco.

Muito embora essa solução se apresente como bastante adequada, tal não tem sido o entendimento adotado pela jurisprudência pátria. Como exemplo disso, tem-se que o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a ação civil pública autuada sob o nº 596046029, na qual se pretendia a condenação dos curtumes ao retorno ao *status quo ante* à instalação dos equipamentos anti-poluição, em razão da poluição do curso d'água do Arroio Pampa, no município de Novo Hamburgo, entendeu-se pela impossibilidade de atribuir a responsabilidade pela poluição exclusivamente às rés do processo.

Pois, naquele caso, entenderam os julgadores que seria impossível isolar o quadro de poluição generalizada para o fim de responsabilizar todas as empresas da região pela poluição do curso d'água decorrente de resíduos industriais e domésticos, que por muito tempo já eram preponderantes na região, sob o argumento de que se assim procedessem se obrigariam a condenar todos os outros habitantes do município que contribuíram para a deterioração das condições naturais, com base no argumento da responsabilidade civil objetiva.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil oriunda dos danos causados ao meio ambiente tem se tornado um assunto cada vez mais na pauta, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, haja vista a importância inquestionável que o meio ambiente ecologicamente equilibrado exerce na continuidade e na manutenção da vida sadia. Tem-se, portanto, como de suma importância o estudo das possibilidades correlacionadas à punição do agente poluidor, devendo ser concebido como qualquer pessoa, que de forma direta ou mesmo indireta, cause dano ao meio ambiente.

Assim, são apresentadas duas teorias do risco, que tem por escopo imputar responsabilidade que se pautará na relevância ou não que será atribuída ao nexos causal. Assim, pelas pesquisas que originaram o presente trabalho, certo que esse tem por escopo corroborar com esforços e com o desenvolvimento de maior consciência voltada à necessidade de preservação do meio ambiente, imprescindível em um mundo onde diariamente nos deparamos com uma dura realidade que demonstra imenso descaso com o bem ambiental.

Constata-se ainda que, via de regra, não se analisa a conduta do agente causador do dano de forma subjetiva, mas sim, a ocorrência do dano, ou seja, a responsabilidade civil ambiental é concebida como objetiva, de tal modo que, diante da existência do dano ambiental, não cabe discussão sobre culpa. Tem-se que a teoria objetiva foi acertadamente eleita pelo legislador pátrio, justamente em função da preponderância do bem jurídico em questão, pois, o meio ambiente, como se sabe, é bem comum do povo, independentemente de qualquer situação. Diante disso, inquestionável que a atividade que desencadeia poluição, consiste em afronta ao direito fundamental, e mais, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à sadia qualidade de vida, colocando em risco a continuidade da vida no planeta.

Assim, a responsabilidade objetiva ambiental, se presta por intermédio dos princípios da reparação e do poluidor-pagador, a imputar àquele que degradou, a obrigação de reparação e quando possível, o retorno ao *status quo ante*. Nessa seara, não se tem a pretensão de discutir como ocorreu o ato danoso, pois não se considera o perigo ou não da atividade desenvolvida, ou ainda, se havia riscos inerentes ao seu desenvolvimento.

Com isso, a intenção também se volta a afastar o enriquecimento, ou a lucratividade as expensas da lesão ao meio ambiente. Nesse sentido, o ato de obtenção da prova acaba se tornando mais simplificado, pois não demanda comprovação da intenção, da negligência, da imprudência ou da imperícia do causador do dano, para que o bem jurídico meio ambiente seja adequadamente tutelado, já que, uma vez agredido, desencadeará prejuízos para a vida do planeta, no que se incluem todas as formas de vida nele contempladas. Nessa linha de raciocínio, certo que, todo aquele que explora e desenvolve a atividade econômica, servindo-se para tanto do uso de recursos extraídos do meio ambiente, atrai para si o dever de garantir o equilíbrio ecológico. Não obstante, quem desencadeia o perigo se torna responsável pela sua ocorrência, não se podendo olvidar que os danos ao meio ambiente são de difícil e quase impossível reparação, sendo, portanto, na grande maioria dos casos irreversíveis.

Por isso que, a responsabilidade ambiental desencadeia o dever de indenizar, além dos danos já deflagrados, os potencialmente degradadores. Daí porque,

pelos Princípios da Prevenção e da Precaução, há uma quebra de padrões, ao se desvincular da responsabilidade civil tradicional, consistente no fato de que o dano deva ser certo e atual, como substrato para a imputação do dever de reparação de prejuízos que ainda não tenham sido ocasionados, dos quais ainda não se tem conhecimento e que poderão ser desencadeados no futuro.

Nesse caso, as duas funções primordiais da responsabilidade em tela consistem em (i) função preventiva, corroborada pelos princípios da prevenção e da precaução, fundamentadas na busca de mecanismos eficazes e que tenham por escopo evitar o dano; e (ii) função reparadora, que consubstanciada na reconstituição da natureza ao *status quo ante* e/ou a indenizar quando o dano não é passível de reparação.

Não obstante, conclui-se ainda que, todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a conduta danosa acabam sendo responsáveis pela reparação, sendo igualmente considerados corresponsáveis aqueles que desempenham atividade poluente em um mesmo local, como por exemplo, em determinado distrito industrial, no qual se revela impossível apontar entre todas as fontes poluidoras, qual de fato causou o prejuízo, mesmo porque em muitos casos pode existir uma conjunção de vários fatores poluentes, e, portanto, indivisíveis.

Apesar das constatações supra, certo ainda que não se revela possível imputar o dever de indenizar àquele que em nenhum momento concorreu para gerar o dano. Todavia, se faz imperiosa a necessidade de comprovar que o fato ocorreu independentemente da atitude do agente, por motivos alheios à sua vontade, não cabendo a ele a possibilidade de prever ou resistir. Destaque-se que, mesmo que o empreendimento realizado esteja regular, e que haja inúmeros poluidores, não se pode falar em exclusão de responsabilidade, pois, não se exige que o agir do causador do dano seja ilícito, ou ainda, irregular. Tampouco se exige que os poluidores sejam diversos, já que conforme cediço, a responsabilidade em questão, além de ser objetiva, caracteriza-se como solidária, algo que consiste em importante ferramenta para evitar prejuízos, recuperar o meio ambiente dos danos causados, exigir a realização de medidas que compensem os danos, visando o atingimento da finalidade precípua consistente em maior conscientização ambiental, que conseqüentemente, culminará com a preservação do planeta, assim como contribuirá para a manutenção da garantia de uma vida saudável.

Por fim, importante destacar que a solidariedade tem por escopo o mais importante, viabilizar a responsabilização em casos de pluralidade de agentes poluidores.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, p.5-52, 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Especial 650.728/SC. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça*, Brasília, 02 fev. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Especial 1457851/RN. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 dez. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Especial 1644195/SC. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça*, Brasília, 08 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Especial 650.728/SC. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça*, Brasília, 02 dez. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). Recurso Especial 1373788/SP. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 maio 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). Recurso Especial 1346430/PR. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 nov. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). Recurso Especial 1381211/TO. Relator: Min. Marco Buzzi. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 set. 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Turma). Apelação Civil 5014268-84.2013.404.7205, Relatora: Salise Monteiro Sanchotene. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 ago. 2015.
- CAPPELLI, Sílvia; MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Direito Ambiental*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2017.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade Civil Ambiental In: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (Ed.). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri (SP): Manole, 2005.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ÉTICA EMPRESARIAL, *COMPLIANCE* E TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: POSSIBILIDADE OU UTOPIA?

BUSINESS ETHICS, COMPLIANCE AND LABOR THIRD PARTY: POSSIBILITY OR UTOPIA?

Fernando Gustavo Knoerr

Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba.

Soraia Paulino Marchi

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania com ênfase em Atividade Empresarial e Constituição (inclusão e sustentabilidade) no Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná / PUCPR. Especialista em Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná / ESMAFE.

Leonardo Baldissera

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-GVLaw).

Submetido em: 11/03/2019

Aprovado em: 24/05/2019

Resumo: No contexto global contemporâneo, marcado pela amplitude da terceirização trabalhista para qualquer atividade e, a crescente busca das organizações em conduzir seus negócios com ética e integridade, o presente trabalho visa analisar em que medida é possível alcançar a efetividade da ética empresarial mediante programas de *compliance* nas organizações que detêm no seu quadro de empregados prestadores de serviços terceirizado.

Palavras-chave: Ética Empresarial. *Compliance*. Terceirização Trabalhista. Efetividade. Possíveis Soluções.

Abstract: *In the contemporary global context, marked by the scope of outsourcing for any activity and the growing search of organizations to conduct their business with ethics and integrity, this paper aims to analyze the extent to which it is possible to achieve the effectiveness of business ethics through compliance programs organizations that have outsourced service providers.*

Keywords: *Compliance. Labor Outsourcing. Effectiveness. Possible solutions.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ética empresarial: conceitos e importância organizacional. 3. O *compliance* nas relações de emprego. 4. Terceirização trabalhista. 5. A efetividade do *compliance* pelas organizações privadas que terceirizam sua prestação de serviços: (im)possibilidade? Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No mundo corporativo hodierno, a velocidade dos negócios e a amplitude dos relacionamentos exigem uma permanente vigilância sobre o cumprimento dos princípios éticos contidos no conjunto de normas internas de uma empresa e em todos que, de alguma forma, relacionam-se com ela.

Diante disso os programas de *compliance* ganham especial importância no meio empresarial, tratando-se de um instrumento destinado a estabelecer medidas que assegurem que as regras que lhe são impostas sejam, de fato, cumpridas.

Após o advento das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, a atividade de terceirização trabalhista irrestrita passou a ser autorizada no setor privado.

Todavia, esta nova sistemática de relação de trabalho pode impactar diretamente na busca e preservação do padrão ético corporativo almejado mediante os programas de *compliance* da empresa tomadora de serviços, seja pela grande rotatividade dos terceirizados, seja pelo distanciamento desses empregados e àqueles diretamente vinculados a contratante.

A presente pesquisa, portanto, tem como objetivo analisar em que medida é possível a efetivação da ética empresarial mediante programas de *compliance* nas organizações que detém no seu quadro de empregados prestadores de serviços terceirizados.

Para tanto far-se-á uma breve abordagem acerca do conceito de ética empresarial e sua importância organizacional. Em segundo momento, será demonstrado os objetivos, características e elementos do *compliance* e sua aplicabilidade nas relações de emprego. Posteriormente, será analisado os conceitos de terceirização trabalhista, as limitações impostas pela jurisprudência, bem como os principais aspectos que contribuíram para a legalização e autorização da atividade irrestrita correspondente. Ao final analisar-se-á a problemática ora apresentada, com o escopo de trazer soluções as questões ora ventiladas nessa relação trilateral quanto a efetividade da ética empresarial mediante práticas de *compliance*.

A metodologia utilizada no presente artigo será o teórico-bibliográfico. Já o método lógico de organização do texto é o dedutivo, pois se pretende teorizar do aspecto geral para o particular.

2 Ética Empresarial: Conceitos e Importância Organizacional

A palavra ética vem do grego *ethos*, que significa caráter ou princípios que norteiam uma cultura, comunidade ou um grupo. *Ethos* também pode ser empregado no âmbito pessoal, como as características da personalidade de um indivíduo que distinguem suas ações como correta e justas ou incorretas ou injustas (LACKBURN, 1997).

De acordo com o dicionário de filosofia, ética pode ser definida como a investigação racional ou teoria de padrões correto e incorreto, do mal e do bem, que uma classe de indivíduos deve aceitar (DENNY, 2001).

Essa classe pode ser humanidade em geral, mas também podemos pensar na ética em espaço limitado, como a ética empresarial, sendo este um conjunto de padrões que os profissionais em questão devem aceitar e observar (NASHA, 2001).

No mundo corporativo de hoje a velocidade dos negócios e a amplitude dos relacionamentos exigem uma permanente vigilância sobre o cumprimento dos princípios éticos contidos no conjunto de normas internas de uma empresa e em todos que, de alguma forma, relacionam-se com ela.

A organização visa atingir suas metas, estratégias, focando na divisão do trabalho. Assim, ela cria departamento para determinadas funções, onde cada setor contém um coordenador que é responsável pela distribuição das tarefas dentro do departamento (DAFT, 1999).

É imprescindível para as empresas que adotem práticas éticas e morais, onde se consigam obter mais transparência, para que possam ser reconhecidas e respeitadas pelas as pessoas.

As corporações que não têm regras claras nem controle sobre a prática de fraudes e atos de corrupção estão fadadas a desaparecer.

A empresa ética é aquela onde os empregados são motivados naturalmente a se comportarem de modo ético no trabalho porque as pessoas tornam-se hábeis em levar em conta os interesses de todas as partes afetadas por decisão ou ação (AGUILAR, 1996).

É muito importante para as empresas terem suas normas éticas e morais bem definidas, pois a organização é composta por pessoas e muitas delas não têm compromisso ético, por isso, é imprescindível que a empresa mantenha um relacionamento transparente com o público interno e externo.

O público interno se refere as relações de compromisso com a força de trabalho para a construção de resultados de valor agregado, por meio da qualidade

do meio ambiente de trabalho, saúde e segurança. Já o público externo se refere a qualidade dos serviços, relacionamento com os clientes e parceiros, proteção ao meio ambiente e cumprimento das responsabilidades legais, fiscais e sociais (LIMA, MAIA, WALTZ, 2017).

As organizações são constantemente avaliadas e observadas pelos consumidores e clientes na hora de adquirir um produto ou serviço. O mercado está mais consciente e engajado, e, por isso, busca organizações que ofereçam mais do que qualidade em seus produtos. O consumidor quer se identificar com a empresa por seus valores e princípios.

No estudo realizado pela Fundação Nacional da Qualidade – FNQ¹ (2011), a ética dentro das organizações foi apresentada por meio de três esferas:

Tabela 1²

Individual	Organizacional	Macro
Diz respeito às atitudes e à moralidade de uma pessoa dentro da organização e deve ser avaliada a partir de três critérios referenciais:	Esta esfera compreende um sistema de valores e princípios pelos quais a organização deve ser regida, determinados por seus proprietários ou executivos e expostos de maneira aberta e clara para todos os colaboradores da instituição.	A esfera macro corresponde a questões de caráter social, tecnológico, legal e de relações internacionais.
A ação deve ser boa;		
A intenção ou finalidade com que se pratica uma ação deve ser boa;		
As circunstâncias e consequências de suas ações devem ser boas.		
Se algum desses critérios não for seguido, com certeza, está faltando ética ao indivíduo que toma determinada atitude e, portanto, faz-se necessário uma nova avaliação ética sobre suas condutas.	É recomendável que esse sistema de valores esteja materializado em um documento, acessível a todos dentro da organização.	Para uma organização ser ética, ela precisa atender a padrões e princípios que estão além do seu universo interno e de seus empregados.

Dentro de uma organização, a alta administração é mais observada e espera-se que ela seja um exemplo a ser seguido pelo resto da companhia.

Portanto, para que a ética seja parte da cultura de uma empresa, seus líderes devem personificar os valores organizacionais. Eles devem ser o exemplo de postura virtuosa e promover a transparência dentro da empresa. Ao demons-

¹A Fundação Nacional da Qualidade (FNQ) promove o desenvolvimento das organizações por meio da geração e da disseminação de conhecimento na área da gestão no Brasil. Estimula a busca por uma gestão de excelência. Disponível em: <<http://www.fnq.org.br/sobre-a-fnq>>. Acesso em 01.08.2018.

²Tabela reproduzia. O que é ética? (FNQ, 2011)

trar coerência entre o discurso da organização e comportamento de seus líderes, será mais fácil disseminar a consciência ética em toda a corporação (LEISINGER, 2001). Caso contrário, quando as práticas pouco éticas se tornam públicas dentro das organizações, acabam se tornando o *modus operandi* da instituição e, assim, as atividades de seus negócios sofrem um impacto negativo.

Líderes de negócios são frequentemente sujeitos a grandes pressões para vencer e, por isso, são constantemente tentados a quebrar as regras, muitas vezes, induzindo seus liberados, silenciosamente, a fazerem o mesmo (FQN, 2011).

Um dos grandes sinais da liderança ética é a manutenção da fidelidade a princípios morais tanto nos bons quanto nos maus momentos e isso exige uma grande coragem moral, além de enorme capacidade de enfrentar o risco de perdas imediatas que uma decisão ética pode implicar.

Por isso, é cada vez mais desejado que se criem políticas e procedimentos que se estabeleçam critérios a serem observados pelos empregados das organizações em diferentes situações para assegurar um ambiente laboral respeitoso e sadio.

Diante desse cenário, é salutar a busca das organizações pela efetividade da ética nas relações de trabalho. Objetivo esse que está em crescente expansão no âmbito empresarial mediante a aplicação de uma ferramenta que visa instituir uma cultura organizacional ética por meios de programas com vistas a promover um ambiente organizacional saudável: o *compliance*.

3 O COMPLIANCE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Num mundo cada vez mais globalizado em que as práticas de profissionalização e de governança corporativa se tornam pré-requisitos de idoneidade e de conformidade de regras internacionais, especialmente para garantir o potencial de segurança das empresas, o *compliance* surge como uma ferramenta poderosa de integração de boas práticas corporativas com impactos em toda a organização.

No âmbito organizacional, entende-se o termo *compliance* como um conjunto de disciplinas para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e diretrizes estabelecidas para as atividades da instituição ou empresa.

O objetivo do *compliance* corporativo é proteger a organização de atos ilegais ou antiéticos (ASSI, 2013).

Trata-se de um instrumento destinado a estabelecer medidas que assegurem que as regras que lhe são impostas sejam, de fato cumpridas (KUHLEN, 2013).

No Brasil, o *compliance* ganhou destaque com a Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) e com a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) que permite a responsabilização criminal, civil e administrativa de seus dirigentes pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Além do *compliance* genérico, que é desenvolvido a partir dos critérios da Governança Corporativa e da Lei Anticorrupção, que está mais ligado à esfera da Administração Pública, o *compliance* trabalhista também vem ganhando visibilidade exatamente por tangibilizar um ativo que muitas vezes passa despercebido pela maioria das empresas: a gestão do direito coletivo e individual do trabalho, pela gestão dos recursos humanos e pelo auxílio na tomada de decisões dos dirigentes.

O Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei 12.846/2013, conceitua *compliance* em seu artigo 41 (BRASIL, 2018) *in verbis*:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único.

O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

O *compliance* é uma ferramenta da governança corporativa, cujas características de monitoramento e incentivo estão intimamente ligadas ao programa de integridade. De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC, 2018):

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

E, corroborando com a afirmação de que ambos os institutos são correlatos, prediz o IBGC (2018):

Estar em conformidade com as exigências regulatórias, normas e políticas internas implica diretamente na longevidade da organização. Para isso, os processos de *compliance* apresentam-se como ferramentas fundamentais para a criação de um ambiente corporativo confiável, fortalecendo seus aspectos tangíveis e intangíveis. Devido a sua importância, o *compliance* tem assumido papel de destaque na estruturação da governança corporativa das organizações.

Os elementos que compõem o programa de ética e *compliance* variam de acordo com as características de cada organização, como por exemplo, seu estágio de maturidade, tamanho da empresa e recursos disponíveis.

Há, no entanto, alguns elementos que são comuns à maioria dos programas, são eles: valores da organização; código de conduta; educação e treinamento; canais de denúncia e de esclarecimento; processo investigatório; comitês de ética; mecanismos de relacionamento ético com terceiros (fornecedores, prestadores de serviço, sócios, subcontratados); auditorias internas e independentes de ética e *compliance*; políticas internas e externas (GIOVANINI, 2014).

A relação e a integração do setor de *compliance* com todos os outros setores da organização é fundamental para o êxito do programa.

Através desse sistema as empresas possibilitam um ambiente de trabalho saudável e apto a lidar com as questões regulatórias e legais para promoção de valores éticos com a participação de todos (sócios, gestores, empregados, parceiros, etc) e de forma contínua (PRADO, 2017).

Salienta-se que para ocorrer a eficácia e a eficiência do programa de *compliance* não basta apenas a existência formal de um código de conduta ética, se, na prática, a teoria é outra (LEAL, 2015).

Os empregados de uma empresa não verão coerência entre as disposições do Código e as práticas adotadas na organização (como por exemplo, sonegação de impostos, pagamentos realizados por fora do contrato de trabalho, condutas desrespeitosas aos direitos do trabalhador, desequiparação de tratamento entre o empregado contratado diretamente e o terceirizado, maus-tratos etc) se não for efetivamente exercida e obedecida por ambos os lados (empregado e empregador).

Ainda para maior efetividade do programa de *compliance* trabalhista, imprescindível a existência de ouvidoria para que o empregado possa apresentar queixa ou sugestão sem riscos de retaliação. Por isso, as organizações que utilizam dessa ferramenta criam canais de denúncias observando meios para man-

ter o empregado no anonimato, preservando a identidade daquele que decidiu dividir a sua dor ou mesmo expor uma fragilidade sistêmica, de controles, ou um fato concreto.

Outrossim, para que a organização tenha resultados, imprescindível que ocorra correta e criteriosa apuração dos fatos, a fim de evitar qualquer injustiça, mas, uma vez comprovada a denúncia, as providências devem ser adotadas de imediato e, sem a exposição dos envolvidos, dar-se publicidade ao ocorrido para que sirva de exemplo e alerta para os demais empregados.

Com essa medida, através do *compliance*, tanto se divulgará que a empresa não tolera condutas éticas erradas (sejam de que natureza for), como ouve os seus colaboradores e apura com rigor os fatos. Agindo de forma transparente se consegue conquistar a confiança dos empregados.

No âmbito de *compliance* e controle interno no ecossistema de uma organização, algumas questões estratégicas são de crucial importância para a construção de um *modus operandi* mais eficaz e, ao mesmo tempo, mas adequado a cada perfil organizacional. Trata-se, de um conjunto abrangente de ações, normas e sistemas internos que tem por finalidade evitar desvios de conduta da corporação e de seus indivíduos. Mas, para a instrumentalização do *compliance* trabalhista é necessário a proximidade entre a organização (empregadores) e empregados, com vistas ao cumprimento das normas estabelecidas internamente.

Nesse diapasão, verifica-se que esta ferramenta de efetividade das normas (internas e/ou legais) é operacionalizada em relações bilaterais, ou seja, de um lado a organização/empresa e do outro o indivíduo/empregado.

Nesse contexto, indaga-se se é possível a implementação de um programa de *compliance* numa relação trilateral de emprego. Ou seja, como a empresa tomadora de serviços – ante a alta propensão rotativa de empregados terceirizados - poderá fazer uma gestão adequada e garantir a efetividade da ética em sua organização mediante o programa de *compliance*?

Antes de buscarmos as respostas para essas problemáticas, passamos a analisar o instituto da terceirização trabalhista sob o enfoque ora buscado.

4 TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

A terceirização é dita como fenômeno atrelado à reestruturação produtiva pós-fordista, que eclodiu mundialmente no final da década de 1970 e que chegou ao Brasil de forma consistente na década de 1980, sobretudo na reformulação da estrutura produtiva da indústria automobilística (DRUCK, 2016).

O termo “terceirização” sob a ótica técnica das relações empresariais significa “direito de contratar terceiro para melhor atingir o objetivo social, tendo como escopo a redução de custos e ampliação dos benefícios da especialização, passando a empresa se concentrar em suas atividades essenciais” (DINIZ, 2005, p. 646).

No setor privado, a conformação da estrutura jurídica ao fenômeno da terceirização propriamente dito, nos moldes estabelecidos pela nova ordem econômica mundial a partir da década de 70, surge com a regulamentação do trabalho temporário, pela Lei nº 6.019/74 (BRASIL, 1974).

Rompendo com a construção clássica do contrato de trabalho bilateral, referida legislação autorizou que empresas colocassem a disposição de outras empresas, de forma temporária, trabalhadores, em situações específicas previstas no seu artigo 2º, qual seja, “para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (BRASIL, 1974).

Ainda, este novo regramento trouxe em seu bojo, outras limitações para esta modalidade de contratação em seus artigos 5º e 10, seja quanto a obrigatoriedade de credenciamento das empresas perante o Ministério do Trabalho e Emprego, seja quanto a limitação do prazo do contrato em três meses, respectivamente, (BRASIL, 1974).

A regulamentação do contrato temporário foi uma resposta a pressão criada pelo incremento de empresas de locação de mão de obra por prazo determinado (prestação de serviços ou empreitada), após a edição do Decreto-Lei nº 229/1967 (Brasil, 1967), no qual coibiu o uso abusivo dos contratos por prazo determinado, limitando a autorização para esta forma de contratação às hipóteses em que o objeto do contrato estivesse efetivamente delimitado no tempo, inserindo os parágrafos primeiro e segundo no artigo 403 do Decreto-Lei nº 5.452/1943 – Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Além da Lei nº 6.019/74 (BRASIL, 1974), outra atividade de relação trilateral que passou a ser prevista no ordenamento jurídico pátrio foi a do trabalho de vigilância patrimonial e transporte de valores em instituições bancárias (Lei nº 7.102/1983), no qual mais tarde foi ampliada para além do âmbito bancário por meio da Lei nº 8.863/94 (BRASIL, 1994).

Nesse contexto, tem-se que a terceirização ao surgir como demanda do empresariado, recebeu gradativamente respostas do ordenamento jurídico, com limitações impostas pelo direito do trabalho e princípios constitucionais.

Com o aprofundamento da terceirização no Brasil, especialmente a partir dos anos 70 e 80, o Poder Judiciário, açulado sobretudo pela indecisão do Poder

Legislativo, se viu obrigado a produzir uma lógica interpretativa para assegurar soluções aos trabalhadores envolvidos na prestação de serviços contratados de forma terceirizada, impondo algumas limitações acerca desta modalidade de contratação.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho editou no ano de 1986 a Súmula 256³, limitando a possibilidade de terceirização apenas àquelas já previstas legalmente, quais sejam, o trabalho temporário - Lei 6.019/74 (BRASIL, 1974) e o serviço de vigilância - Lei 7.102/83 (BRASIL, 1983).

Esse entendimento que expressava a jurisprudência à época, passou a balizar grande parte das decisões judiciais, que no reconhecimento do vínculo de emprego direto entre prestador dos serviços e empresa beneficiária do trabalho, a tomadora, quer no reconhecimento da responsabilidade solidária das contratantes (SANTOS; BIAVASCHI, 2014).

A partir de 1990, houveram intensas pressões de segmentos empresariais quanto a flexibilização das normas de proteção social ao trabalho. Neste cenário em meados de 1993 o Ministério Público do Trabalho postulou perante o TST a revisão da Súmula nº 256 (face de um inquérito civil público instaurado para investigar denúncia de uso pelo Banco do Brasil de mão de obra ilegal de digitadores), requerendo a ampliação das hipóteses de terceirização dentro da administração pública federal, também, para o âmbito das empresas públicas e sociedade de economia mista (BIAVASCHI, 2011, p. 8), nos termos do Decreto-lei nº 200 de 1967 (BRASIL, 1967) e do artigo 3º, parágrafo único da Lei 5.645/1970 (BRASIL, 1970).

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho, realizou a revisão de forma mais ampla que a solicitada pelo *Parquet*, elasticendo a hipótese de terceirização não só para as empresas públicas e sociedade de economia mista, mas também, para todas as entidades de natureza privada, desde que o serviço prestado fosse ligado a atividade meio do tomador.

De tal sorte, houve o cancelamento da Súmula 256 do TST (BRASIL, 2003), sendo publicada a Súmula 331⁴ (BRASIL, 2011) que por sua vez sintetizou a ma-

³Súmula 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (BRASIL, 2003).

⁴Súmula 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
I- A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II- A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera

téria da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se que a Súmula 331 do TST foi editada em 21 de dezembro de 1993, constando no seu bojo os itens I, II e III – nas quais dispõem sobre a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício - cuja base legal estava fulcrada na Lei nº 6.019/74 (BRASIL, 1974), Artigo 37, inciso II da Constituição Federal de 1988 e Lei nº 7.102/83 (Alterou a Lei do Contrato Temporário), respectivamente.

O item IV da referida Súmula, que primeiramente, versava acerca da responsabilidade do tomador de serviços, mais tarde foi alterada mediante a Resolução 96/00 (BRASIL, 2000) para limitar a responsabilização dos entes públicos perante os contratos terceirizados.

Mais tarde, em 2011, novamente o item IV teve sua redação alterada mediante a Resolução 174/2011, no qual também inseriu os itens V e VII no mesmo dispositivo, regulando a responsabilização do ente público e privado como tomadores de serviços pelos haveres trabalhistas não pagos durante o contrato de trabalho (BRASIL, 2011),

Assim, nesse contexto foi considerada válida a terceirização de serviços nas chamadas atividade-meio, ou seja, nas atividades secundárias que não se relacionam com a atividade-fim da empresa.

É imperioso pontuar que, em que pese, grande parte da doutrina definir a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, referidas análises não foram suficientes devido à grande quantidade de atividade existentes que as empresas podem terceirizar.

Assim, mesmo após a edição da Súmula 331 do TST, ao longo dos anos o Poder Judiciário vinha delimitando no caso concreto se determinada função desenvolvida pelo trabalhador no curso contratual caracterizava-se como atividade-meio ou atividade-fim e, se poderia ou não ser objeto de terceirização.

vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente pessoalidade e a subordinação direta. IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V- Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI- A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (BRASIL, 2011).

Ou seja, não obstante a Súmula 331 do C. TST trazer algumas limitações a respeito da terceirização trabalhista, a definição do que é atividade-meio e/ou atividade-fim e suas consequentes (i)lícitudes no âmbito dos respectivos contratos nunca deixaram de ser objeto de discussões nas Cortes Judiciárias do País.

O descasamento entre a normatividade em vigor e as necessidades das diferentes realidades, a ausência de regras claras quanto as atividades que podem ser terceirizadas e, ao se decidir a partir de Súmula (que pode ser interpretada de forma diferente), criou-se um ambiente de insegurança jurídica para o empresariado reduzindo a propensão de investimentos, aumentando barreiras ao crescimento da produtividade, com consequentes impactos negativos no desenvolvimento econômico e na geração de empregos.

A primeira tentativa de resposta ao apelo do empresariado as mudanças da normatividade dos contratos de terceirização, foram observados pelo poder executivo e legislativo - após sofrer muitas críticas por não regulamentar exaustiva e suficientemente a terceirização - com a apresentação dos Projetos de Lei PL nº 4.302/1998 (BRASIL, 1998) e PL 4.330/2004 (BRASIL, 2004), nos quais, caminharam a passos morosos e acabaram sendo esquecidos na Casa Legislativa.

Diante deste cenário e considerando que as relações de trabalho são determinantes nesse panorama, ao longo dos anos a sociedade empresária nunca deixou de clamar por uma reforma nas leis trabalhistas a fim de as modernizar e derrubar as barreiras de um regime normativo rígido, com pouco espaço para negociação, em prol ao crescimento da produtividade.

Em 2012, a Confederação Nacional da Indústria decidiu aproveitar a sinalização dada pelo governo da época quanto ao seu interesse em alterar a legislação trabalhista para tentar impulsionar a economia e, elaborou um conjunto de propostas para a modernização trabalhista.

O estudo foi apresentado ao setor industrial em formato de cartilha intitulada como “101 Propostas Para Modernização Trabalhista” (CNI, 2012). Referido documento ilustrou os problemas que podem refletir em custos, burocracia, insegurança jurídica, restrições a produtividade, assim como as dificuldades para os trabalhadores e o Estado.

Ainda, a partir da análise dos problemas identificados e com fulcro no desenvolvimento econômico, constou no mesmo documento uma construção de 101 respectivas propostas de solução⁵.

⁵ Esta proposta foi adotada como apoio para a definição das alterações constantes na Reforma Trabalhista ocorrida a partir de março de 2017, mediante a edição da Lei nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017, conforme afirmado pela Confederação dos Sindicatos no Fórum Sindical dos Traba-

Dentre as questões apresentadas na referida análise como sendo limitadores do desenvolvimento econômico empresarial, constou a terceirização trabalhista restrita as limitações impostas pela jurisprudência.

O Instituto Ludwig Von Mises – Brasil (IMB), uma associação voltada à produção e à disseminação de estudos econômicos e de ciências sociais que promovam os princípios de livre mercado e uma sociedade livre, no decorrer dos anos publicou artigos de economistas na defesa da legalização da terceirização irrestrita no país.

No artigo intitulado “Cinco Motivos Para Defender a Liberdade de se Terceirizar o Trabalho” (BOLINI, 2016), o estudo apresenta uma análise empírica da atividade mediante a utilização de dados gráficos, afirmando em suas conclusões que a terceirização combate o desemprego, reduz os contratos de trabalho informais, fomenta a contratação de grupos marginalizados, aumenta a especialização e produtividade e melhora a segurança jurídica, concluindo que:

A legalização da terceirização irrestrita é boa. Reduzindo o engessamento do mercado de trabalho brasileiro, quicá o país consiga reduzir um pouco a sua taxa de desemprego e seus níveis de informalidade na economia. E a principal lição é: não adianta falar de boas intenções e bons sentimentos para com os trabalhadores e a economia enquanto, na prática, os efeitos das políticas defendidas são negativos.

Todavia, em que pese o apelo do empresariado com apoio de grande parte de economistas ao longo dos anos quanto a normatividade da terceirização, a resposta efetiva veio ser atendida somente em 2017, ocasião em o atual governo sob o argumento da viabilidade econômica dado o momento de crise no país, resolveu fazê-lo, aprovando o Projeto de Lei nº 4.332/98 (paralisado desde 2008) no qual, foi transformou-se na Lei Ordinária nº 13.429, sancionada em 31 de março de 2017 (BRASIL, 2017).

O referido diploma legal, basicamente, delineou regras novas sobre o contrato de trabalho temporário, regulado pela Lei 6.019/1974 (BRASIL, 1974).

No tocante às regras que introduziu sobre a terceirização em geral, elas não afetaram, de maneira significativa o quadro jurídico até então imperante no ordenamento jurídico do País, pois a nova legislação não deu contornos definitivos quanto a quais atividades as empresas poderiam terceirizar, concluindo-se que o regramento insculpido na Súmula 331 do TST foi mantido.

A resposta definitiva ao apelo do empresariado acerca da terceirização irrestrita veio após três meses da edição da Lei 13.429/2017 (BRASIL, 2017), com

lhadores (FST).

a edição da Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017) intitulada como “Lei da Reforma Trabalhista”.

Este segundo diploma legal foi além, introduzindo regras explícitas sobre a terceirização trabalhista em sentido mais amplo na Lei 6.019/74, consagrando no artigo 4º-A⁶ do mesmo diploma legal (BRASIL, 1974), a terceirização em qualquer atividade da contratante (tomador de serviços), independentemente de ser ela essencial ou secundária, fim ou meio.

Desta forma, o apelo do empresariado acerca da legalização de trabalhos terceirizados de forma irrestrita para afastar a insegurança jurídica até então vivida pelas limitações impostas pela Súmula 331 do TST foi finalmente atendida pelo governo, sendo este, um dos caminhos destacados na “Reforma Trabalhista” para modernizar as regras laborais e amenizar a crise econômica que assola o Brasil.

5 A EFETIVIDADE DO COMPLIANCE PELAS ORGANIZAÇÕES PRIVADAS QUE TERCEIRIZAM SUA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: (IM)POSSIBILIDADE?

Alcançada a legalidade da terceirização trabalhista e a liberdade de contratar terceiros de forma irrestrita, com o advento das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 aumentou o leque de empresas especializadas na venda de mão de obra do trabalhador.

Desta feita, o ambiente regulatório trabalhista, bem como o cenário empresarial estão cada vez mais complexos, o que se reflete diretamente nas relações de trabalho, exigindo constantes atualizações de políticas de uma empresa.

Diante do cenário atual, vemos a necessidade de empresas se atentarem quanto a absorção de práticas laborativas pautadas na ética, na observância da legislação trabalhista, e também, de práticas voltadas na melhoria no processo de gestão de pessoas, pois muitas das lides nascem de problemas de relacionamento entre colegas de trabalho, principalmente entre subordinados e chefes, e ao final desaguam no Judiciário Trabalhista.

Por isso, a importância de uma política de ética nas relações de trabalho, centrada e pautada no cumprimento da legislação trabalhista, a qual pode ser

⁶ Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. §1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante

gerida por uma área de *compliance*, bem como embasada em canais de ouvidoria, códigos de conduta com previsão de sanções disciplinares, transparência no controle das relações do trabalho, seja para prevenir ou para identificar riscos.

Um programa eficaz de *compliance*, aliado às melhores práticas de gestão de pessoas, aumenta o grau de satisfação e de confiança do empregado na empresa, impactando diretamente no clima organizacional.

Como é cediço, a qualidade da produção está ligada a satisfação do emprego. Trabalhar num ambiente saudável, ético, íntegro, que respeite os valores intrínsecos ao ser humano e que efetivamente busque o bem da coletividade, gera maior produtividade e lucro para o empregador. Um programa eficaz de *compliance* permite que se alcancem esses objetivos. Todavia, algumas empresas não possuem controles rígidos de conduta e não tem interesse de custear isso, não investindo em manutenção da ética no trabalho.

Nesse contexto, como estabelecer e implementar o *compliance* trabalhista nas relações de empregos triangulares? Como a empresa tomadora de serviços – ante a alta propensão rotativa de empregados terceirizados - poderá fazer uma gestão adequada e garantir a efetividade da ética em sua organização mediante o programa de *compliance*?

Com o advento da lei 13.467/2017, não somente ocorrerá o aumento das empresas especializadas em terceirização trabalhista, mas também surge uma nova fase de estruturação desse segmento. Pois, hodiernamente, em que pese o conceito de *compliance* no Brasil ser recentíssimo em relação ao dos Estados Unidos⁷, as corporações estão buscando a implementação desses programas fulcrados não somente no cumprimento das obrigações legais, mas pelas exigências de mercado. Na prática o mercado não quer mais se relacionar com empresas desatentas ao *compliance*.

Assim, para que as organizações que utilizam da mão de obra terceirizada em grande escala de rotatividade almeje a efetividade de seu programa de *compliance* e se mantenha no mercado, imprescindível que a empresa especializada em terceirização esteja em consonância com o objetivo ético buscado pela tomadora de serviços. Ou seja, as empresas prestadoras de serviços terceirizados também terão que se estruturar implementando políticas e normas éticas próprias mediante o *compliance* voltada ao seguimento empresarial que atuam, para também se manter no mercado de trabalho.

⁷ Foi em 1960, na Comissão de Valores Imobiliários dos Estados Unidos, que começaram a surgir os primeiros mecanismos de controle interno para regulamentar valores imobiliários, sendo que tais sistemas passaram a ser divulgados e instituídos em outros ramos empresariais (MATHIES, 2017).

Um fator, porém, faz com que tenham que estar ainda mais atentas às discussões em relação ao *compliance*. Pela natureza de suas atividades o elemento humano é o mais importante ao analisar aquilo que se está comercializando. Desta forma, considerando que as questões de *compliance* envolvem essencialmente o fator humano, empresas que prestam serviços, mais do que aquelas que comercializam produtos, estão mais sujeitas, via de regra, a ocorrência de fatos que possam ferir as políticas e procedimentos internos, bem como as normas regulatórias do setor e legislação interna e externa quando aplicáveis (COLARES, 2014).

Portanto, teremos um cenário “duplo” em que um empregado precisará ter conhecimento das políticas e procedimentos internos da companhia para a qual trabalha, ou seja, conhecer o programa de *compliance* de seu empregador, e, por outro lado, também deverá estar familiarizado com normas que regulam a(s) empresa(s) tomadora(s) para as quais prestará os serviços contratados.

Isso significa que o empregado terceirizado deverá conhecer não apenas o programa de *compliance* dessas companhias, mas também entender que o setor que a regula pode não ser o mesmo da sua empregadora, e terá, via de consequência uma gama ainda mais ampla de regras que deverá conhecer e entender.

Em suma, para que a ética empresarial mediante programas de *compliance* seja efetiva e alcançada nas organizações é essencial que a tomadora de serviços busque no mercado de trabalho empresas especializadas em terceirização de mão de obra que tenham empregados preparados para atender suas normas com programas de *compliance* sólidos e efetivos com os seus objetivos almejados.

Em contrapartida, as empresas de terceirização, terão que se adequar às novas exigências de mercado, se especializando em determinados segmentos, instituindo seus próprios programas de *compliance* e preparando seus empregados para garantir a efetividade da ética empresarial buscada pelas organizações tomadoras de serviços.

CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado, verificou-se os programas de *compliance* instituídas por organizações privadas que terceirizam suas atividades, podem ter sua efetividade abalada, caso o tomador de serviços não busque soluções para alguns aspectos importantes nessa relação triangular.

Primeiramente, caberá às tomadoras de serviços buscar na própria estruturação da terceirização para que esta não fuja de seu *compliance*.

As organizações deverão procurar empresas especializadas na atividade de terceirização que também instituem programas de *compliance* objetivando a implementação de políticas e normas éticas próprias voltadas ao seguimento empresarial que atuam. Ou seja, tomadora de serviços e empresa terceirizadas deverão estar com programas de *compliance* em plena consonância.

Outrossim, os contratos deverão estar bem estruturados, de forma a vincular a atuação das empresas prestadoras de serviços aos códigos de conduta e ética das empresas tomadoras de serviços, sob pena de rescisão e indenizações.

Para além do âmbito contratual caberá às empresas tomadoras de serviços promoverem treinamentos periódicos para seus prestadores de serviços, não apenas para mostrar como determinado trabalho deve ser desempenhado, mas também quais padrões éticos são esperados e de que forma atingi-los.

Em suma, para a efetividade de seus programas de *compliance* a tomadora de serviços deverá ampliar o seu campo estrutural observando as especificidades que a terceirização de serviços ocasiona nessa relação trilateral, para então, alcançar o padrão ético corporativo almejado.

REFERÊNCIAS

- ASSIM, Marcos. *Gestão e compliance es seus desafios*. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013.
- BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. *Mediações: revista de ciências sociais*, Londrina, v. 16, n.1, p.124-141, 2011. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-historia-da-sumula-331/a-historia-da-sumula-331.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- BOLINI, André. Cinco Motivos para Defender a Liberdade de se Terceirizar o Trabalho. *Mises Brasil*, São Paulo, mar.2017 Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2655>. Acesso em: 18 jan. 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em :14 dez. 2017.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 14 dez. 2017.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [S.l], 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 16 jan. 2018.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 229 de 28 de fevereiro de 1967*. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0229.htm. Acesso em: 16 jan. 2018.

vil_03/decreto-lei/Del0229.htm. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. *Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Brasília, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em : 14 dez. 2017.

BRASIL. *Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983*. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Brasília, 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm. Acesso em 14 dez. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017*. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em: 14 dez. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.467 de 13 julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 14 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 251 do TST*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em: 02 dez.2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331 do TST*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Câmara do Deputados. *Projeto de Lei nº 4.302/1998*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20794>. Acesso em: 22 jan. 2018.

COLARES, Wilde Cunha. *Ética e compliance nas empresas de outsourcing*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em LL.M. em Direito dos Contratos) – Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2014. Disponível em: http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1238/Wilde%20Cunha%20Colares_Trabalho.pdf?sequence=1. Acesso em 04 jul. 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *101 Propostas para Modernização Trabalhista*. Brasília: CNI, 2012. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2013/2/101-propostas-para-modernizacao-trabalhista>. Acesso em: 22 jan. 2018.

DENNY, A. Ercílio. *Ética e Sociedade*. Capivari: Opinião, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.4.

DRUCK, Graça. A indissociabilidade entre precarização social do trabalho e terceirização. In: TEIXEIRA, Marilane; RODRIGUES, Hélio; COELHO, Eliane D'ávila (Orgs.). *Precarização e terceirização: faces da mesma realidade*. São Paulo: Sindicato dos Químicos, 2016. p.35-58.

DRUCK, Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica; um estudo do complexo petroquímico*. São Paulo: Bomtempo, 1999.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance: a excelência na prática*. São Paulo: Compliance Total, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA -IBGC. *O que é governança corporativa*. Disponível em <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 30 jun. 2018.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar (org.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LEAL, Juliana Datto. *Compliance Trabalhista e a Lei 12.846/13. Jusbrasil*, 2015. Disponível em: <https://julianadato.jusbrasil.com.br/artigos/207136251/compliance-trabalhista-e-a-lei-12846-13>. Acesso em 18 jul. 2018.

LEISINGER, Klaus M. *Ética empresarial: responsabilidade global e gerenciamento moderno*. Petrópolis: Vozes, 2001.

LIMA, Claudinete Saltavto; MAIA, Cláudia Aparecida de Oliveira; WALTZ, Roberto Cordeiro. Um estudo sobre a ética empresarial como ferramenta de combate o assédio moral nas relações de trabalho. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO, 2017, Ponta Grossa. *Anais [...]*. Ponta Grossa, 2017. Disponível em: www.admpg.com.br/2017/down.php?id=2970&q=1. Acesso em 01 ago. 2018.

MATHIES, Anaruez. *Assédio moral na relação de emprego no Brasil: uma análise dos custos sociais e do mecanismo de compliance*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/176788>. Acesso em: 20 abr. 2018.

NASH, Laura L. *Ética nas empresas*. São Paulo: Makron Books, 2001.

PRADO, Juliana de Paula Tocafundo. Efetividade e Praticabilidade ao Compliance com o Emprego do Método 70:20:10 nas Organizações. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; GABRICH, Frederico de Andrade (coord.). *Direito Empresarial*. Florianópolis, CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/27ixgmd9/acmnh572/1fUIT2C-ndnuD3TL5.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2018.

A TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS NA MEDIAÇÃO

THE TRANSACTION OF RIGHTS UNAVAILABLE IN MEDIATION

Nilton César Antunes da Costa

Professor na graduação e pós-graduação na UFMS e na UCDB, em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil. Mediador voluntário no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Mestre em Direito pela UGF/RJ

Rebeca Barbosa dos Santos

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande/MS

Submetido em: 12/03/2019

Aprovado em: 24/05/2019

Resumo: A Lei 13.140/2015 traz, em seu artigo 3º, conceito aparentemente controverso ao estabelecer a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis. Assim, a presente pesquisa tem por objetivo explorar a Mediação como mecanismo consensual de resolução de conflitos que possibilita a autonomia das partes e a pacificação social, compreender os conceitos de “transação” e “direitos indisponíveis” e a relação de aparente incompatibilidade que se estabelece entre os dois institutos, apresentando autores que fornecem elementos para uma melhor interpretação do artigo 3º da Lei 13.140/2015. Para tanto, recorreremos a uma análise bibliográfica e documental de fontes primárias como a legislação, teses, dissertações, artigos científicos e fontes secundárias como a doutrina. Ao final, são expostas três correntes principais para explicar a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis, concluindo-se que a proposta de Salles é a que melhor fornece elementos para esclarecer o conceito de “direitos indisponíveis transigíveis”.

Palavras-chave: Mediação; Direitos Indisponíveis; Transação.

Abstract: *The Law 13.140/2015 brings, in its 3rd article, an apparently controversial concept in establishing the possibility of transacting unavailable rights. Thus, the present research aims at exploring Mediation as a consensual mechanism for conflict resolution that allows parties' autonomy and social pacification, to understand the concepts of “transaction” and “unavailable rights” and the relation of apparent incompatibility established between the two institutes, presenting authors that provide elements for a better interpretation of the 3rd article of the Law 13.140/2015. For this, we used a bibliographical and documentary analysis of primary sources such as legislation, theses, dissertations, scientific articles and secondary sources such as doctrine. In the end, three main causes are exposed to explain the possibility of transacting unavailable rights. It is concluded that Salles's proposal provides the best elements to clarify the concept of “inalienable, non-enforceable rights”.*

Keywords: *Mediation; Rights Unavailable; Transaction.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Mediação: lei n. 13.140/2015. 3. Transação e direitos indisponíveis: conceituação e aparente incompatibilidade entre os institutos. 4. “Direitos indisponíveis que admitam transação”. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.140/2015, ao tratar do objeto da mediação, traz uma relevante problemática ao estabelecer a possibilidade de transacionar não apenas direitos disponíveis, mas também “direitos indisponíveis que admitam transação”, sem estabelecer critérios ou elementos que possibilitem a distinção entre direitos indisponíveis transigíveis e não-transigíveis.

Contudo, sabe-se que o entendimento habitual da doutrina e dos tribunais não compreende por razoável a transação de um direito indisponível, sob o fundamento de que para transacionar é necessário um ato de disposição e, tratando-se de direitos indisponíveis, a princípio, não seria possível qualquer ato de disposição.

Assim, a presente investigação busca esclarecer a transação de direitos indisponíveis na mediação através da conceituação de “indisponibilidade” e compreensão da relação que se estabelece entre transação e direitos indisponíveis. O enfoque principal dessa pesquisa é esclarecer o conceito aparentemente controverso trazido pelo art. 3º da Lei n. 13.140/2015, e assim trazer mais clareza aos mediadores e operadores do Direito sobre o que pode ser objeto de mediação.

Trata-se de uma pesquisa exploratória na medida em que busca compreender um conceito jurídico novo trazido pela Lei n. 13.140/2015 – “direitos indisponíveis que admitam transação” – e ainda pouco investigado, apresentando autores que propõem uma nova concepção sobre o tema e fazendo uma análise bibliográfica e documental de fontes primárias como a legislação, teses, dissertações, artigos científicos e fontes secundárias como a doutrina e o entendimento de tribunais.

O artigo foi dividido em três tópicos. O primeiro tem por objetivo compreender a mediação como método alternativo de resolução de conflitos que possibilita o acesso à Justiça e oferece maior autonomia às partes na administração de suas disputas.

O segundo tópico trata dos conceitos de “transação” e “direitos indisponíveis”, demonstrando como a doutrina e o entendimento dos tribunais costumam estabelecer uma relação de completa incompatibilidade entre os dois institutos, o que resulta em evidente contrariedade ao artigo 3º da Lei da Mediação.

Tendo em vista a problemática trazida no tópico anterior, o terceiro tópico tem por objetivo apresentar autores que buscam uma harmonização entre direitos indisponíveis e transação. São expostas três correntes para explicar a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis e assim trazer mais clareza na interpretação do artigo 3º da Lei n. 13.140/2015, objeto da presente pesquisa.

2 MEDIAÇÃO: LEI N. 13.140/2015

A mediação se apresenta como um meio de oferecer aos cidadãos a participação ativa na resolução dos próprios conflitos, fortalecendo o sentimento de responsabilidade, cidadania e controle sobre os problemas vivenciados (RABELO; SALES, 2009, p.82).

Há na mediação uma quebra de paradigma social na medida em que o cidadão, antes acostumado a atribuir ao Estado a resolução de seus conflitos, com a prática da mediação, passa a exercer autonomia para gerir seus conflitos, pesquisando a causa e o meio mais adequado para sua solução. Assim, a mediação é um poderoso instrumento democrático, pois funciona como facilitadora dos pressupostos de concretização da democracia na medida em que fomenta a inclusão e a emancipação social e transforma a cultura política de sujeição em cultura política de participação (RABELO; SALES, 2009, p.83).

A Resolução n. 125/2010, a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e a Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação) demonstram que os métodos consensuais de resolução de conflitos têm ganhado grande notoriedade em nosso Ordenamento Jurídico. Os valores consensuais no Código de Processo Civil são evidenciados principalmente pelas disposições dos artigos 3º, §§ 2º e 3º; 139, V; 149; 334 e 694.

A Lei n. 13.140/2015 estabelece os princípios orientadores da mediação (artigo 2º), esclarece a diferença entre mediador judicial e extrajudicial (artigos 9º ao 13), detalha o procedimento da mediação (artigos 14 ao 29), prevê exceções à confidencialidade (artigos 30 e 31), trata dos conflitos envolvendo Pessoa Jurídica de Direito Público (artigos 32 ao 40) e, acerca do objeto da mediação, assim dispõe:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

A Lei da Mediação é resultado da combinação de alguns projetos de lei que tramitavam no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, como os Projetos de Lei do Senado n. 517/2011, 405/2013 e 434/2013 (MARTINS, 2016, p.3-4). Inicialmente, a redação do Projeto de Lei do Senado 517/2011 não admitia a mediação sobre direitos indisponíveis. Entretanto, com a aprovação do substitutivo ao Projeto de Lei do Senado 517/2011, o texto original sofreu profundas modificações, tornando possível a mediação sobre determinados direitos indisponíveis (MARTINS, 2016, p.4-5). O artigo 3º, § 2º, do substitutivo passou a mencionar a existência de “direitos indisponíveis e transigíveis”.

Posteriormente, ao chegar à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei do Senado 517/2011 foi transformado em Projeto de Lei n. 7.169/2014. Por ocasião dos estudos da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, o Deputado Sergio Zveiter se manifestou da seguinte forma (MARTINS, 2016, p.5):

Quanto ao caput artigo 3º, vale destacar que há direitos os quais, mesmo indisponíveis, admitem algum nível de transação. Os conflitos envolvendo questões de família, ressaltados os casos de filiação, adoção, poder familiar, e invalidade do matrimônio, ou questões ambientais, são exemplos de direitos, a princípio, indisponíveis, mas que são mediados com altas taxas de êxito e de efetividade. Assim, a alteração promovida no caput permitirá maior abrangência da lei e evitará que experiências já existentes e satisfatórias de mediação sejam desconsideradas (ZVEITER apud MARTINS, 2016, p.5-6).

Assim, após duas modificações no texto do Projeto de Lei n. 7.169/2014, a Câmara dos Deputados chegou à redação final do artigo 3º da Lei 13.140/2015, o qual prevê como objeto da mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação, sem esclarecer, no entanto, os critérios de admissibilidade para transação de direitos indisponíveis (MARTINS, 2016, p.7-8). Dessa omissão legislativa decorre a necessidade de investigarmos os conceitos de “transação” e “direitos indisponíveis” para compreendermos uma possível relação de compatibilidade entre os dois institutos.

3 TRANSAÇÃO E DIREITOS INDISPONÍVEIS: CONCEITUAÇÃO E APARENTE INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS INSTITUTOS

O presente tópico busca investigar os conceitos de “transação” e “direitos indisponíveis” e assim demonstrar como o entendimento dos tribunais e da doutrina, habitualmente, defende a impossibilidade de transacionar direitos indisponíveis, em evidente contrariedade, portanto, ao artigo 3º da Lei n. 13.140/15.

Compreender o conceito de “indisponibilidade” denota certa complexidade na medida em que a legislação brasileira não se ocupa de expressamente definir o que são direitos indisponíveis. É possível encontrar referências à indisponibilidade nos artigos 127, 225 e 231 da Constituição Federal, bem como nos artigos 373, §3º, I e 392 do Código de Processo Civil.

Tais dispositivos legais exemplificam a maneira como o legislador não se preocupou em trazer elementos para esclarecer os critérios que tornam um direito indisponível. Trata-se, portanto, de um conceito jurídico indeterminado, embora amplamente explorado pela legislação brasileira.

Martel, em sua investigação sobre a indisponibilidade dos direitos fundamentais, faz uma análise da doutrina e da jurisprudência buscando uma melhor compreensão sobre o conceito de direitos indisponíveis. Sobre essa falta de precisão conceitual, comenta:

A nebulosidade do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais não é novidade, muito menos exclusividade brasileira. Na década de 1960, Marvin Schiller dedicou um ensaio para demonstrar uma plêiade de conclusões que podem ser obtidas segundo o significado atribuído aos termos “direitos” e “indisponíveis.” Assim, por exemplo, se a palavra “indisponível” for compreendida como um qualificador que impede a perda ou a restrição de um direito, atingir-se-á um tipo de resultado; caso seja compreendida como impeditivo de renúncia, ter-se-á outras conclusões. Nesse ensejo, o autor confirmou que há distintas concepções e conceitos dos termos e apontou quais consequências são obtidas a partir de cada combinação. J.J. Thomsom e Terrance McConnell, em obras mais recentes, verificaram também a obscuridade do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais (MARTEL, 2010, p. 337).

Cassar, ao definir direitos indisponíveis, relaciona indisponibilidade ao controle estatal para proteção dos interesses públicos, afirmando que os direitos indisponíveis são controlados pelo Estado com maior ou menor intensidade e não derivam da autonomia das partes, mas de imposição legal feita por normas cogentes, impostas pelo Estado, para tutelar algum interesse social (CASSAR, 2011, p. 223).

Para Passos, direito indisponível “é aquele não renunciável ou a respeito do qual a vontade do titular só se pode manifestar eficazmente, satisfeitos determinados controles” (PASSOS, [200/], p.276).

Da análise doutrinária, Martel concluiu que existe “um sentido prevalente para o termo ‘indisponível’, que significaria aquilo que não é passível de abdicação, nas mais diversas formas jurídicas que ‘abdicar’ pode assumir” (MARTEL, 2010, p.351). Da análise jurisprudencial, encontrou os seguintes sentidos:

a) direitos que não podem sofrer ablações, mesmo que o titular coopere para tanto; b) direitos que não podem ser abdicados por manifestação pelo titular; c) direitos gravados pelo interesse público, sem que fique claro o significado de indisponível; d) direitos que não estão ao alcance de um indivíduo, por não ser ele o titular; e) direitos que devem ser pleiteados em juízo; f) direitos titularizados por pessoas que não possuem capacidade plena para abdicá-los (MARTEL, 2010, p.352).

Por fim, ainda sobre a definição de direitos indisponíveis, Martel destaca o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que definiu direitos indisponíveis como sendo aqueles insuscetíveis de disposição por parte de seu titular (MARTEL, 2010, p.347).

Diferente do que ocorre com os direitos indisponíveis, a legislação brasileira, mais especificamente o Código Civil, esclarece os requisitos, o objeto, a natureza jurídica e diversos outros elementos que compõem a transação, em um capítulo específico dentro do título que trata das várias espécies de contrato.

Tartuce (2016, p.735), com base na redação do artigo 840 do Código Civil, define transação como sendo um “contrato pelo qual as partes pactuam a extinção de uma obrigação por meio de concessões mútuas ou recíprocas, o que também pode ocorrer de forma preventiva”.

Segundo Diniz (2007, p.324-325), a existência de concessões recíprocas era pressuposto essencial e verdadeira condição jurídica da transação no período romano. A autora afirma ainda que, no Código de Justiniano vigia o princípio de que “de modo algum se verifica transação, sem que nada se dê, se retenha ou se prometa”, reafirmando a necessidade de haver concessões mútuas ou recíprocas para que se caracterize a transação.

Bevilaqua (1896, p.146-147) ensina que a “transacção é um acto juridico pelo qual as partes, fazendo-se concessões reciprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. É da essencia deste acto a reciprocidade, sem a qual haverá doação”.

Pires (2010, p.3) afirma que, embora a definição do termo transação tenha sido aprimorada desde o período romano, os requisitos essenciais utilizados pelos romanos serviram como fundamento para os sistemas jurídicos atuais. Assim, para a autora, são requisitos da transação a onerosidade, a prevenção ou término de um litígio e a reciprocidade de concessões.

De maneira pouco diversa, Maluf (1999, p.49) defende que “além dos requisitos inerentes ao negócio jurídico em geral, a transação exige especialmente os seguintes: a) um litígio surgido ou por surgir; b) a intenção de pôr-lhe fim; c) a existência de concessões recíprocas”.

Silva (apud PIRES, 2010, p.3), ao definir transação, traz importante elemento que caracteriza o instituto: o caráter amigável. Nesse mesmo sentido, Pasqualotto (apud PIRES, 2010, p.8) vê a transação como um meio de superar desentendimentos, por ter a capacidade de dirimir as desavenças entre os transatores e propiciar a harmonia dos interesses privados dos contratantes, o que é conveniente para a coletividade, uma vez que promove a economia processual ao eliminar uma lide judicial existente ou evitar a sua instauração.

Acerca da natureza jurídica da transação, Gagliano e Pamplona Filho (apud MASCARENHAS, 2009, p.112) entendem que as discussões já estão superadas uma vez que o Código Civil de 2002 reconheceu sua natureza contratual, pois retirou a transação dos meios indiretos de pagamento para colocá-la no título destinado às várias espécies de contrato. Em contraposição, Diniz (2007, p.332) defende que a transação é um instituto *sui generis* e constitui uma modalidade especial de negócio jurídico bilateral, pois se assemelha ao Contrato em sua constituição e se aproxima do Pagamento em seus efeitos, possuindo assim uma dupla natureza jurídica.

Ao tratar de Transação, muita ênfase se dá à reciprocidade. Como já destacado anteriormente, Bevilacqua (1896, p.146-147) afirma que a reciprocidade constitui a essência da transação. Isto porque a transação não deve ser confundida com doação, renúncia ou desistência.

Quem disser transação, terá dito, conseqüentemente, concessões recíprocas, ou então estará, por condenável catacrese, atribuindo esse nome a uma simples renúncia ou desistência – ato unilateral que pode pôr termo a uma demanda, mas não dará lugar jamais à *exceptio litis per transactionem finitae*, nem é oponível, por isso mesmo, na hipótese de feito litigioso (GUEIROS apud MALUF, 1999, p.49).

Quanto ao objeto da transação, a redação do artigo 841 do Código Civil nos traz que apenas “quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Tal dispositivo legal estava presente *ipsis litteris* no artigo 1.035 do Código Civil de 1916.

No entendimento de Bevilacqua (1896, p.148) é possível “transigir sobre quaisquer direitos duvidosos que sejam de interesse privado, que não affectem a ordem publica e que recaiam sobre objetos que estão no commercio”.

Nesse mesmo sentido, Maluf (1999, p.64) enfatiza a restrição trazida pelo Código, afirmando que só é possível transacionar sobre direitos patrimoniais de caráter privado. Assim, ao comentar sobre o objeto da transação trazido pelo Código Civil de 1916, afirma:

A transação tem por objeto somente direitos patrimoniais de caráter privado (CC, art. 1.035). Daí a ilicitude e a inadmissibilidade de transação atinente a assuntos relativos a bem fora do comércio; ao estado e capacidade das pessoas; à legitimidade ou dissolução do casamento; à guarda dos filhos; ao pátrio poder; à investigação de paternidade; a alimentos, por serem irrenunciáveis, embora se possa transigir acerca do *quantum*.

Contudo, em que pese a redação do artigo 841 do Código Civil, não existe consenso na doutrina acerca do objeto da transação. Miranda (apud MARTINS, 2016, p.8-9), em 1984, já defendia a transacionabilidade de direitos públicos ou não patrimoniais, desde que disciplinada por lei especial.

Maluf (1999, p.39), tratando da capacidade para transigir, afirma que, regra geral, transigir é alienar. Para o autor, a transação constitui um ato de disposição, de modo que só estará apto a transigir quem possuir capacidade para dispor. Assim, pode-se afirmar que, na visão do autor, indisponibilidade e intransigibilidade estariam intimamente relacionadas, de modo que restaria inviabilizada a transação de direitos indisponíveis.

Acerca dessa concepção, Martins (2016, p.15) afirma que, à luz da doutrina clássica, torna-se difícil compreender o sentido da expressão “direitos indisponíveis que admitam transação”, trazido pelo artigo 3º da Lei 13.140/2015, dado que, se a “transação pressupõe o poder de disposição, haveria evidente contradição na premissa de que aquilo que é indisponível pode ser transacionado”.

Em sentido oposto à Lei 13.140/2015, Cassar, (2011, p.222) ao interpretar o artigo 841 do Código Civil, afirma expressamente que “o objeto da renúncia ou da transação deve ser o direito patrimonial disponível”, excluindo, assim, a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis.

Calmon (apud MASCARENHAS, 2009, p.91), em conformidade com esse entendimento, afirma que seria um contrassenso lógico se o objeto da autocomposição fosse bens indisponíveis.

Sobre a impossibilidade de transacionar direitos indisponíveis, é oportuno destacar alguns trechos de julgamentos realizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde a indisponibilidade de um direito, por si só, é vista como justificativa suficiente para inviabilizar a transação, conforme segue:

SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE TAQUARA. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PEDIDO DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA. **IMPOSSIBILIDADE. DIREITOS INDISPONÍVEIS, INSUSCETÍVEIS DE TRANSAÇÃO.** PLEITO DE REABERTURA DO PRAZO DE APELAÇÃO. PRAZO PEREMPETÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO MA-

NIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. 1. O objeto da demanda é o ato administrativo que reconheceu a prática de ato de improbidade, ressoando evidente o interesse público. **E assim sendo, resta caracterizado o direito indisponível envolvido, razão porque insuscetível de transação.** (TJRS – AGRAVO INST. 7005632852-RS) [...]. (Grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. TERMO DE ENTREGA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS. OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO. AGRAVO RETIDO. **As pessoas jurídicas de direito público defendem direitos que são indisponíveis, e, como tais, insuscetíveis de transação ou confissão.** (TJRS – AP.CIVIL 70052537214-RS) [...]. (Grifo nosso)

Do exposto acima, pode-se observar a estreita relação estabelecida entre indisponibilidade e intransigibilidade. Quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é relevante destacar trechos dos dois julgamentos a seguir:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DISPONÍVEL E INDISPONÍVEL.

[...]

III- O benefício previdenciário traduz direito disponível. Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, pode ser abdicado pelo respectivo titular, contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte do seu detentor. Precedentes.

[...](STJ - RESP 369822-PR). (Grifo nosso).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL SOBRE O QUAL SUPOSTAMENTE RECAI A CONTROVÉRSIA. SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE DISSÍDIO COM JULGADOS DO STF. PRECEDENTES. AÇÃO DE COBRANÇA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ACORDO FIRMADO. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. REEXAME NECESSÁRIO. **TRANSAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. IMPOSSIBILIDADE.**

[...]

7. Segundo o disposto nos arts. 840 e 841 do novo Código Civil, a transação que previne ou põe fim ao litígio tem como características (i) a existência de concessões recíprocas entre as partes, o que pressupõe se tratar de direito disponível e alienável; (ii) ter por objeto direitos patrimoniais de caráter privado, e não público. Assim,

in casu, por se tratar de direito indisponível, referente a dinheiro público, é manifestamente ilegítima a transação pecuniária homologada em primeiro grau. (STJ – RESP 1198424-PR) [...]. (Grifo nosso).

No primeiro julgamento, percebe-se uma definição de direitos indisponíveis como sendo aqueles insuscetíveis de disposição ou transação, expressamente estabelecendo uma relação de incompatibilidade entre transação e direitos indisponíveis. No segundo julgamento, constata-se uma interpretação dos artigos 840 e 841 do Código Civil que retoma a ideia de Maluf, ressaltando que para transigir é necessário ter capacidade para dispor. Ademais, também é reforçada a ideia trazida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segundo a qual a existência de um direito indisponível é, por si só, circunstância suficiente para afastar a possibilidade de transação. Da análise dos julgamentos acima destacados, indisponibilidade parece ser sinônimo de intransigibilidade.

Contudo, a prática tem demonstrado que alguns direitos tidos como indisponíveis estão sendo transacionados. Venturi (2016, p.341) afirma inclusive que a negociação de direitos indisponíveis pode ser um mecanismo de proteção desses direitos.

Nesse aspecto, podemos afirmar, por exemplo, que em uma transação sobre o direito a alimentos, a negociação num processo autocompositivo acerca do *quantum*, pode trazer mais efetividade na concretização desse direito, uma vez que a solução para o conflito foi construída pelas partes, com o seu consentimento, dentro de suas reais possibilidades. Diferente de uma ação judicial, processo heterocompositivo, onde a decisão do juiz é imposta em desfavor de uma das partes que deverá, contra a sua vontade, cumprir o que foi determinado na sentença.

Assim, sobre as constatações práticas quanto à possibilidade de transacionar direitos indisponíveis, além da questão dos alimentos, relevante destacar a possibilidade de transação em matéria criminal, seja pela previsão da Lei n. 9.099/1995 em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, seja através da delação ou colaboração premiada.

Venturi (2016, p.2016), em sua investigação sobre a transação de direitos indisponíveis, apresenta a figura da *plea bargain*, instituto utilizado nos Estados Unidos que, segundo o autor, possibilita a negociação sobre o direito de liberdade. Trazendo para o contexto brasileiro, Venturi defende que o *sursis* processual, a transação penal e a composição dos danos civis seriam mecanismos utilizados no Brasil que também possibilitam a negociação sobre o direito de liberdade. Assim, afirma o autor:

Contra o argumento de que não seriam exatamente instrumentos de negociação sobre a liberdade, é bom lembrar que, incidindo em processos

criminais cuja pretensão condenatória inclui a privação da liberdade, à toda evidência tanto a suspensão condicional do processo penal como a transação penal devem ser consideradas modalidades compositivas que, mesmo indireta ou reflexamente, dizem respeito ao exercício do direito de liberdade (VENTURI, 2016, p.345).

Venturi (2016, p.346) enfatiza ainda a delação premiada e o acordo de leniência como técnicas compositivas transacionais que podem resultar em consequências relevantes “quanto ao direito de liberdade dos réus colaboradores, reduzindo significativamente o tempo de emprisonamento e o próprio regime de cumprimento da pena privativa de liberdade”.

Outro exemplo prático sobre a transação de direitos indisponíveis são as negociações que envolvem o meio ambiente. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é tido como indisponível, tendo em vista a sua natureza difusa e fundamental. Contudo, isso não impede as negociações ao redor de todo o mundo sobre os créditos de carbono (VENTURI, 2016, p.341).

Os créditos de carbono são uma certificação conferida àqueles que reduzem a emissão dos Gases de Efeito Estufa (GEE). Esses créditos podem ser comercializados com os países que não conseguiram atingir as metas, estabelecidas por acordos internacionais, de redução na emissão de gases poluentes. Ou seja, os países que reduzem a emissão de GEE podem vender seus créditos de carbono aos países que não conseguiram atingir suas metas de redução.

Mas, por que de fato se negocia (transaciona) um direito tão indisponível, inalienável e inegociável, segundo sua clássica definição jurídico-conceitual? A resposta é simples. Negocia-se o direito de poluir precisamente porque se chegou à conclusão (empírica) de que talvez seja esse um caminho mais eficiente, por paradoxal que possa parecer, para uma melhor preservação do meio ambiente. Na medida em que os países investem em tecnologias de geração de energia limpa e diminuem a emissão de CO₂, creditam-se por via deste mercado. Assim, a negociação dos créditos de carbono representa importante instrumento de incentivo à progressiva introdução de políticas ecológicas e desincentivo à poluição. Só no ano de 2014, esse modelo gerou transações de aproximadamente US\$ 90 bilhões de dólares ao redor do Mundo (VENTURI, 2016, p.341).

Assim, considerando os exemplos práticos apresentados, tem-se que não é possível tratar indisponibilidade como sinônimo de intransigibilidade. De modo diverso à visão apresentada pelos julgamentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, entende-se que a indisponibilidade de um direito não é, por si só, razão suficiente para justificar a impossibilidade de transação.

Nesse sentido, a Lei n. 10.444/2002, que alterou o artigo 331 do antigo Código de Processo Civil, substituiu a expressão “direitos disponíveis” por “direitos que admitam transação”, demonstrando não se tratar de expressões sinônimas, pois, caso possuíssem o mesmo significado, não haveria necessidade de se alterar a redação do referido artigo (MASCARENHAS, 2009, p.91-92).

Com efeito, nota-se forte tendência doutrinária defendendo a impossibilidade de transacionar direitos indisponíveis, entendimento este que é compartilhado por tribunais. No entanto, existem situações práticas que demonstram a possibilidade de negociar direitos indisponíveis, e diante da disposição do artigo 3º da Lei 13.140/2015 que expressamente prevê a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis, torna-se necessário investigar meios de harmonização entre a transação e a indisponibilidade de direitos no âmbito da mediação.

4 “DIREITOS INDISPONÍVEIS QUE ADMITAM TRANSAÇÃO”

O presente tópico busca apresentar meios para compreender o que seriam “direitos indisponíveis que admitam transação”. Serão apresentados alguns autores que trataram do tema, possibilitando uma harmonização entre transação e direitos indisponíveis.

Diversos autores, dos quais alguns foram mencionados no tópico 3 dessa pesquisa, defendem que, apesar do direito a alimentos ser considerado um direito indisponível, é possível a transação acerca do quantum.

A título de exemplo, Romita (2009, p.23-24) afirma que o direito a alimentos é indisponível, mas as prestações decorrentes desse direito podem ser objeto de transação. Esse também é o entendimento de Tartuce (2016, p.737) que defende a possibilidade de transigir acerca do quantum nas hipóteses que envolvem indenização fundada na responsabilidade civil ou quanto ao valor dos alimentos.

Nesse mesmo sentido, Mitiero (apud MASCARENHAS, 2009, p.91) afirma que apesar do direito a alimentos ser indisponível, o seu quantum é passível de transação. Acrescenta ainda que “é indisponível o direito/dever dos pais relativamente à guarda dos filhos, ou ao direito de visitá-los, mas **a transação sobre o modo de exercício de visitas é admitida e conveniente**” (grifo nosso).

Assim, tem-se que, além da transação acerca dos aspectos econômicos relacionados a um direito indisponível, é possível também transacionar sobre as condições de cumprimento das obrigações por ele impostas (MARTINS, 2016, p.17-18). Grinover e Watanabe (apud MARTINS, 2016, p.16), comentando o PL nº 7.169/2014, afirmaram que as condições para o cumprimento de obrigações

relacionadas aos direitos indisponíveis podem ser transacionadas, sem que isso signifique a transação do direito em si.

Martins, então, concluiu que uma das maneiras possíveis para entender o artigo 3º da Lei 13.140/2015 quanto à existência de direitos indisponíveis que admitem transação, seria a concepção de que o direito em si não é transacionado, o que se transaciona são as condições para o seu exercício ou as vantagens econômicas que dele decorrem. Dessa forma, não haveria a necessidade de se contrapor à visão habitualmente aceita pela doutrina de que os direitos indisponíveis não podem ser transacionados, uma vez que não haveria transação de direitos indisponíveis, mas apenas a negociação sobre situações conexas a esses direitos, como forma de cumprimento e vantagens econômicas (MARTINS, 2016, p.18).

Entretanto, a própria autora destaca que, embora essa tese possa ser tecnicamente admissível, sem contrariar as premissas básicas a respeito do poder de dispor, haveria grande dificuldade em estabelecer precisamente os limites entre o conteúdo dos direitos indisponíveis e as obrigações a eles relacionadas (MARTINS, 2016, p.21).

Outra alternativa possível para harmonizar transação e direitos indisponíveis seria a classificação proposta por Passos. Para o autor ([200?] p.365), os direitos indisponíveis podem ser classificados em relativa e absolutamente indisponíveis, conforme segue:

O direito de propriedade, normalmente, é um direito disponível. Mas, se o titular do direito de propriedade é um incapaz, o ordenamento retira desse titular o poder de dispor a respeito do seu direito de propriedade. O incapaz não pode declarar validamente sua vontade, no sentido de transferir a outrem o direito de propriedade de que seja titular. Cuida-se, portanto, de um direito indisponível. **Indisponível, por conseguinte, é todo direito em relação ao qual o titular não é livre de manifestar a sua vontade.** Seja que o ordenamento não o permita de modo **relativo**, isto é, **tolere a disponibilidade mediante o atendimento de certos controles** (autorização do juiz para a alienação do bem do menor), seja que o ordenamento vete, de modo **absoluto**, a renúncia ou a transferência do direito ou a modificação quantitativa de seu conteúdo (direitos a alimentos, o estado de esposa ou esposo etc.).(grifo nosso)

A ideia do autor é compartilhada também por Romita e Delgado, que aplicam essa classificação dos direitos indisponíveis no âmbito trabalhista.

Segundo Romita (2009, p.23), os direitos do trabalhador podem ser divididos em absoluta e relativamente indisponíveis. Na sua interpretação do artigo

9º da CLT, afirma que o referido dispositivo legal não declara indisponíveis os direitos do trabalhador, mas tão somente priva de eficácia os atos do empregador tendentes a inviabilizar os direitos trabalhistas. Assim, se o empregado decidisse dispor de um direito não coberto pela proteção da indisponibilidade absoluta, poderia ele recorrer à via arbitral. Tratando-se, portanto, de direitos relativamente indisponíveis, defende o autor que estes poderiam ser transacionados.

Assim também, Delgado (2017, p.232) afirma que, tecnicamente, é possível distinguir os direitos trabalhistas em direitos imantados por indisponibilidade absoluta ou relativa. Para o autor, absoluta é a indisponibilidade, quanto ao direito individual do trabalho, nos casos em que o direito merecer tutela de nível de interesse público, “por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico” ou “quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria”. Exemplificando, absoluta seria a indisponibilidade do direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Já a indisponibilidade relativa poderia ser objeto de transação, mas não de renúncia. Segundo o autor (DELGADO, 2017, p. 232), relativa é a indisponibilidade que traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório mínimo. Um exemplo de indisponibilidade relativa no âmbito trabalhista seria a modalidade de salário (salário fixo ou variável) que pode sofrer alteração desde que não resulte em prejuízo ao trabalhador.

Delgado (2017, p. 233) ressalta a importância de se distinguir essas duas modalidades de indisponibilidade no âmbito trabalhista por dois motivos principais. Em primeiro lugar porque a unificação dessas duas categorias (indisponibilidade absoluta e relativa) suprimiria um importante instrumento para compreender o novo e crescente processo de democratização do direito do trabalho, com maior espaço para a autonormatização das relações trabalhistas. Em segundo lugar, a distinção entre indisponibilidade absoluta e relativa repercute na distribuição do ônus da prova, pois quando se tratar de parcela imantada de indisponibilidade absoluta, a parte não terá que comprovar o prejuízo em face de uma questionada transação, pois a nulidade será decretada automaticamente pela autoridade judicial. Entretanto, quando se tratar de indisponibilidade relativa, a parte deverá comprovar a ocorrência de prejuízo em face de uma questionada transação.

Contudo, existem críticas a essa classificação da indisponibilidade em absoluta e relativa, no sentido de que cada doutrinador conceitua de forma diferente quais são os direitos absolutamente indisponíveis e quais são relativamente indisponíveis (CASSAR, 2011, p. 229-230).

Ademais, Cassar discorda de Delgado quanto à nomenclatura utilizada para definir os “direitos de indisponibilidade relativa”, ressaltando a visão de que, se é possível transacionar determinado direito, trata-se, portanto, de um direito disponível, e não indisponível como defende Delgado. Assim, referindo-se à teoria de Delgado, afirma Cassar (2011, p. 225):

Sugerimos que, aqueles denominados pelo autor de “direitos de indisponibilidade relativa” sejam, na verdade, chamados, de forma mais adequada, de direitos de “disponibilidade relativa”, já que referem-se a direitos de natureza privada, criados pela vontade das partes, acima do mínimo legal, podendo ser alterados ou transacionados, desde que não causem prejuízo ao trabalhador. Por isso, podem ser disponibilizados quando não causarem prejuízo ao trabalhador, ante o óbice no art. 468 da CLT, que impede alteração in pejus.

Vale ressaltar, contudo, que a Lei 13.140/2015, objeto da presente pesquisa, não se aplica ao âmbito trabalhista, por força do artigo 42, parágrafo único, o qual estabelece que a “mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”. No entanto, é importante destacar alguns autores da área trabalhista, pois eles nos fornecem elementos para melhor compreender a existência de direitos indisponíveis que admitem transação, através da classificação da indisponibilidade em absoluta e relativa.

Martins (2016, p.19-20), interpretando a teoria de Passos, afirma que absolutamente indisponíveis seriam os direitos que são sempre indissociáveis do seu titular e não admitem transação. Já os direitos relativamente indisponíveis podem ser transacionados desde que cumpram os requisitos impostos pela ordem pública. Nesse último caso, o poder de dispor não seria livre pois a manifestação da vontade do titular está sujeita ao controle obrigatório feito pelo Estado.

Embora alvo de críticas, a tese que defende a divisão dos direitos indisponíveis em absolutos e relativos foi considerada por Martins (2016, p.20) a que melhor explica o sentido do artigo 3º da Lei 13.140/2015. Para ela, os direitos relativamente indisponíveis seriam equivalentes ao que o legislador denominou de “direitos indisponíveis que admitam transação”.

Sob outra ótica, a fim de melhor compreender o artigo 3º da Lei 13.140/2015, é necessário destacar mais detalhadamente os ensinamentos de Salles sobre disponibilidade e indisponibilidade. O autor faz distinções entre indisponibilidade material e normativa, trata da indisponibilidade na Administração Pública, aborda temas relacionados à Reserva de Jurisdição e apresenta diversos outros elementos que podem auxiliar na construção de um conceito a respeito do que são os direitos indisponíveis que admitem transação.

Inicialmente, o autor (SALLES, 2014, p. 211) destaca que disponibilidade e indisponibilidade possuem uma relação de mútua exclusão, expressando situações jurídicas em que as partes podem ou não transferir ou renunciar determinado direito. Contudo, existe uma imprecisão conceitual a respeito desses termos que acaba “por conduzir à sua utilização em uma extensão indevida, qualificando, como indisponíveis, situações jurídicas às quais esse atributo não deveria ser aplicado”.

Disponibilidade e indisponibilidade são conceitos que costumam qualificar uma relação entre bens e sujeitos. Assim, bens indisponíveis seriam aqueles que não podem sofrer modificação da titularidade originária. Regra geral, a relação entre o bem e o sujeito será de disponibilidade, ou seja, os bens jurídicos podem ter a sua titularidade modificada pela vontade das partes ou decisão judicial. Excepcionalmente, determinadas modalidades de bens possuem restrições quanto a sua disponibilidade, sendo insuscetíveis de terem alterada sua titularidade (SALLES, 2014, p. 212).

Nesse ponto, o autor destaca a diferença entre indisponibilidade e disponibilidade condicionada. A disponibilidade condicionada seria a necessidade cumprir determinadas condições para que se possa realizar a transferência da titularidade do bem. Como exemplo, o autor cita a situação dos bens imóveis de incapazes que, para a sua alienação, necessitam de autorização judicial (SALLES, 2014, p. 212-213).

Também é estabelecida a diferença entre indisponibilidade material e normativa. A indisponibilidade material, que qualifica determinada relação entre bens e sujeitos, estaria ligada aos próprios atributos do bem considerado. Como exemplo, temos o direito à incolumidade física da pessoa (SALLES, 2014, p. 213).

Já a indisponibilidade normativa estaria relacionada a uma qualificação das próprias normas jurídicas, indicando a diferença entre normas cogentes e normas dispositivas. Diferente da indisponibilidade material, a indisponibilidade normativa não trata da transferência da titularidade de um bem, mas sim da aplicação de determinadas normas (SALLES, 2014, p. 213).

Assim, a indisponibilidade normativa trata de normas cogentes e busca a proteção do próprio sistema jurídico, busca proteger a efetividade da norma. Como exemplo, temos a garantia constitucional de imediata comunicação da prisão de uma pessoa ao juiz competente, prevista no artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal. Trata-se de uma norma indisponível ou cogente, “cuja observância se faz, antes, em benefício do próprio sistema, pouco importando para sua efetivação a vontade do sujeito beneficiado”, sendo inválida “qualquer declaração do beneficiado no sentido de dispensar essa providência constitucionalmente prevista” (SALLES, 2014, p. 214).

Trazendo para o contexto do processo civil, o autor trata da incidência de disponibilidade ou indisponibilidade quanto às normas que estabelecem regras de competência. Sobre a competência relativa, incidiria a disponibilidade pois, embora o Código de Processo Civil estabeleça regras, as partes poderiam transacionar sobre essa competência através da eleição de foro ou poderiam prorrogar a competência de determinado foro através da aceitação pelo demandado daquele escolhido para propositura da ação. Já, quanto à competência absoluta, impera a indisponibilidade, e mais especificamente a indisponibilidade normativa, por se tratar de norma cogente que busca a proteção do próprio sistema jurídico (SALLES, 2014, p. 214-215).

Feita a distinção entre disponibilidade condicionada, indisponibilidade material e indisponibilidade normativa, o autor passa a refletir sobre as aplicações desses conceitos no âmbito do Direito Administrativo. Afirma que a indisponibilidade, normalmente utilizada de forma genérica, no Direito Administrativo costuma corresponder à sua modalidade normativa. Em relação à administração pública, a indisponibilidade material seria exceção e estaria restrita às situações em que os bens públicos possuem um caráter coletivo (SALLES, 2014, p.215).

Quanto à indisponibilidade do interesse público, defende que é necessário compreender o exato significado desse conceito, “sem generalizar a indisponibilidade para todos os bens, negócios e relações da Administração Pública” (SALLES, 2014, p.216). Sobre a indisponibilidade do interesse público afirma o autor:

No tocante ao interesse público, a dita indisponibilidade não representa mais que a vinculação das ações administrativas aos interesses maiores do Estado, significando a obrigatoriedade desses prevalecerem sobre aqueles dos agentes públicos e dos particulares. Não se trata, propriamente, de uma questão de indisponibilidade, mas de compulsoriedade e inafastabilidade do vínculo de interesse. O agente público quando, em desvio de finalidade, deixa de atender ao interesse público, não está propriamente “dispondo” daquele, mas violando a uma norma pela qual o interesse público deveria prevalecer (SALLES, 2014, p.216).

Nesse mesmo sentido, o autor esclarece o que seria a indisponibilidade dos bens públicos, conforme segue:

A confusão a esse propósito situa-se, mais uma vez, na incorreta utilização do conceito de indisponibilidade. Isso ocorre por que, também, os bens públicos possuem uma vinculação a determinadas finalidades. A esse propósito, a noção de indisponibilidade é utilizada para indicar somente que “os bens públicos estão vinculados ao atendimento de finalidades públicas, e somente para este fim se encontram disponíveis. Para quaisquer outras finalidades, não importam quais sejam, não são ou es-

tão indisponíveis. Essa vinculação, todavia, não é significativa da impossibilidade de modificação da titularidade do bem público. Tal expressão não indica mais do que a vinculação de um bem a uma finalidade específica. Novamente, não se verifica propriamente uma indisponibilidade. Respeitadas as finalidades a que os bens se destinam, atos de disposição, com a transferência de sua titularidade, do Estado para o particular, ocorrem trivialmente no Poder Público (SALLES, 2014, p.217-218).

Assim, como exemplo de situações em que a Administração Pública pratica atos de disposição de bens públicos, o autor cita a realização de pagamento de uma obra ou uma simples campanha de vacinação, pois em ambos os casos existe uma transferência de valores em favor do particular, caracterizando, portanto, um ato de disponibilidade de recursos públicos. Ademais, também há disponibilidade quando a Administração paga benefícios assistenciais, como o bolsa família, dispondo de bem público sem qualquer contrapartida (SALLES, 2014, p. 218).

Verifica-se, assim, que, como regra, não existe indisponibilidade dos bens públicos. Na verdade, os bens públicos submetem-se a um regime de **disponibilidade condicionada**, nos termos indicados em item anterior, devendo sua disposição atender a determinados requisitos de ordem material, como a vinculação a determinada finalidade, e processual, como a exigência de licitação (SALLES, 2014, p. 218-219) (grifo nosso).

Dessa forma, o autor conclui que o conceito de indisponibilidade utilizado para designar a indisponibilidade do interesse e dos bens públicos tem significado diferente daquele referente à vedação de transferência de titularidade de bens públicos. Em se tratando do interesse público, tem-se apenas um princípio de vinculação ao interesse público e, em se tratando de bens públicos, tem-se uma disponibilidade condicionada dos bens públicos (SALLES, 2014, p. 219).

Pode-se concluir, a respeito da matéria tratada neste subitem, que o regime de direito público não implica uma absoluta e generalizada indisponibilidade de bens e interesses. Ao contrário, relativamente aos bens, na maioria das vezes, há, isto sim, uma disponibilidade condicionada, no sentido de dever-se respeitar determinados requisitos de ordem material e processual. No que toca aos interesses, se bem entendida, a afirmada “indisponibilidade” não expressa mais que uma vinculação das ações administrativas a finalidades determinadas (SALLES, 2014, p. 220).

Em visão semelhante, Machado, ao tratar da transação no Direito Tributário, afirma que o Estado poderia dispor do tributo desde que atuasse pelos meios adequados para proteção do interesse público. Assim, nas palavras do autor:

Para aceitarmos a transação no Direito Tributário, realmente, basta entendermos que o tributo, como os bens públicos em geral, é patrimônio

do Estado. Indisponível na atividade administrativa, no sentido de que na prática ordinária dos atos administrativos a autoridade dele não dispõe. **Disponível, porém, para o Estado, no sentido de que este, titular do patrimônio, dele pode normalmente dispor, desde que atuando pelos meios adequados para a proteção do interesse público,** vale dizer, atuando pela via legislativa, e para a realização dos fins públicos. **Em algumas situações é mais conveniente para o interesse público transigir e extinguir o litígio do que levar este até a última instância, com a possibilidade de restar a Fazenda Pública a (sic) final vencida.** Daí a possibilidade de transação. Em casos estabelecidos na lei, naturalmente, e realizada pela autoridade à qual a lei atribuiu especial competência para esse fim (grifo nosso) (MACHADO apus PIRES, 2010, p. 20)

Por fim, Salles (2014, p. 221) aborda a confusão que muitas vezes ocorre entre os conceitos de reserva de jurisdição e indisponibilidade. Segundo afirma o autor, a reserva de jurisdição indica situações em que somente por meio de mecanismos judiciais do Estado é possível produzir um resultado juridicamente válido. Nessas hipóteses, restaria inviabilizada a utilização de mecanismos consensuais.

Como exemplo, o autor menciona o princípio da *nulla poena sine iudicio*, aplicado ao direito penal, segundo o qual é necessária a existência de processo judicial para aplicação de qualquer sanção penal. No âmbito cível, a reserva de jurisdição seria aplicada, por exemplo, aos casos de anulação de casamento, interdição de incapaz e extinção do poder familiar (SALLES, 2014, p. 222).

Contudo, deve-se distinguir reserva de jurisdição e indisponibilidade do bem jurídico disputado entre as partes. Em algumas situações a reserva de jurisdição está relacionada a uma disponibilidade condicionada à atuação da jurisdição estatal, como é o caso da alienação de bens imóveis do incapaz. Nesse caso, os bens não são indisponíveis, mas só poderão ser alienados mediante autorização judicial (SALLES, 2014, p. 223).

Quanto à indisponibilidade material, nem sempre ela estará vinculada à reserva de jurisdição para que ocorra uma transação.

Por exemplo, o direito de visita ou a alimentos. Não resta dúvida que os bens envolvidos sejam indisponíveis. Não obstante essa indiscutível indisponibilidade, as partes podem transacionar, fazendo um acordo acerca desses bens e, cumprindo-o espontaneamente, não necessitem de formalização da avença em juízo, embora não se possa desconhecer segurança jurídica que tal medida geraria. O recurso à jurisdição estatal apenas será necessário quando e se o acordo não for cumprido (SALLES, 2014, p. 223).

De maneira diversa ao exemplo acima exposto, a capacidade da pessoa, bem que também é indisponível, não está sujeita à transação pelos interessados, pois sua modificação depende da atuação da jurisdição estatal (SALLES, 2014, p. 223).

Assim, Salles (2014, p. 223) estabelece uma relação entre a indisponibilidade dos bens e a possibilidade de transação. Segundo o autor, “o diferencial quanto à possibilidade ou não de transação está ligada à afetação dos interesses envolvidos”.

Se afetados ou titularizados exclusivamente a sujeitos determinados, sem repercussões de caráter geral, como no caso dos alimentos, a transação é admissível. Se, contudo, a indisponibilidade envolver interesses gerais que, mesmo por via indireta transcenderem a um sujeito determinado, como na interdição, inviável juridicamente a transação e presente a reserva de jurisdição. Em suma, em primeiro lugar, é preciso reconhecer a diferença entre reserva de jurisdição, no sentido dessa ser indispensável para a produção de determinados efeitos jurídicos, da indisponibilidade relacionada à natureza de determinados bens. No tocante a essa última, é preciso distinguir aquelas situações em que a indisponibilidade gera impossibilidade de transação, daquelas nas quais os interessados diretos conservam a possibilidade de transacionar. Como dito, essa diferença decorre do regime de afetação do bem indisponível, se exclusiva de um titular direto ou se pertinente, também, a um interesse geral (SALLES, 2014, p. 223).

Das lições de Salles, em primeiro lugar é necessário compreender o sentido que a palavra “indisponibilidade” assume no caso concreto. Conforme demonstrado pelo autor, o que comumente é tratado como “indisponibilidade” pode ser disponibilidade condicionada, indisponibilidade material ou indisponibilidade normativa. Em se tratando de questões que envolvem a Administração Pública, podemos estar diante de um simples princípio de vinculação do interesse público ou de uma disponibilidade condicionada dos bens públicos.

Por fim, o autor estabelece uma relação entre transação e indisponibilidade, afirmando que é possível a transação quando afetados apenas sujeitos determinados e não houver repercussão geral. Em contrapartida, se a indisponibilidade estiver relacionada a interesses gerais, não caberia transação.

Cabe ressaltar ainda que a transação de direitos indisponíveis prevista pela Lei 13.140/2015 não está sujeita apenas à autonomia das partes, pois, o artigo 3º, §2º, da referida lei, estabelece a necessidade de oitiva do Ministério Público e homologação em juízo, caso ordenamento jurídico não atribua eficácia executiva ao acordo entre as partes quanto aos direitos indisponíveis transacionáveis, situação distinta do que ocorre, por exemplo, com o consenso atinente ao quan-

tum da verba alimentar, que, por força do art. 911, do CPC/2015, pode ter como fundamento título executivo extrajudicial.

Considerando as três correntes apresentadas, entendemos que a proposta de Salles é a que melhor fornece elementos para compreender a transação de direitos indisponíveis, pois explora os diversos sentidos que a “indisponibilidade” pode assumir no caso concreto e a conseqüente possibilidade ou não de transação.

É possível também estabelecer uma relação de compatibilidade e complementaridade entre a proposta de Salles e a segunda corrente apresentada no presente tópico. As situações previstas por Salles como passíveis de transação poderiam se enquadrar como direitos de indisponibilidade relativa, enquanto as situações que não admitem transação estariam contidas nos direitos absolutamente indisponíveis.

Inobstante, a proposta de Salles é por demais relevante, pois, possibilita maiores subsídios para a concreção razoável/proporcional do conceito de indisponibilidade e de sua possível transação ou não no contexto da mediação.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa demonstrou que a mediação é um método de resolução de conflitos organizado e devidamente regulamentado pela legislação brasileira que, embora conceda grande autonomia às partes na administração de seus conflitos, está submetido à limitação quanto ao seu objeto, quando se tratar de direitos indisponíveis e intransigíveis.

Também foi abordada, ao longo da pesquisa, a dificuldade de estabelecer uma conceituação sobre “indisponibilidade” e conseqüente definição do que são “direitos indisponíveis”, uma vez que a legislação brasileira não fornece muitos esclarecimentos sobre o que é a “indisponibilidade”, o que conduz inarredavelmente à ideia de que se está diante de um conceito jurídico vago e indeterminado que pode ser interpretado de muitas maneiras diferentes, como é possível notar pela pesquisa de Martel e pelos ensinamentos de Salles. A título de exemplo e reiterando o que foi explorado nos tópicos 2 e 3 do presente trabalho, a indisponibilidade pode designar diversas situações, como a impossibilidade de abdicar determinado direito, direitos titularizados por uma coletividade de pessoas ou por pessoas que não possuem capacidade plena para deles abdicar. Pode indicar ainda um simples princípio de vinculação ao interesse público, segundo defende Salles ao tratar da indisponibilidade no âmbito da Administração Pública.

É possível concluir, portanto, que muitas são as circunstâncias que podem fazer com que um direito seja considerado indisponível e que a indisponibilidade

nem sempre designa uma situação que impede atos de disposição. Nesse sentido, a indisponibilidade pode indicar apenas uma limitação e não necessariamente uma vedação, como é o caso da indisponibilidade dos bens públicos que, segundo abordado por Salles, podem sofrer atos de disposição desde que para atender finalidades públicas.

Diferente do que ocorre com a indisponibilidade, a legislação brasileira estabelece expressamente no Código Civil definições claras para compreender o que é a transação. Por mais que exista divergência doutrinária em alguns pontos como, por exemplo, a natureza jurídica e as características da transação, existem limites legais mais bem definidos e maior consenso da doutrina quanto às questões fundamentais, como a necessidade de haver concessões recíprocas e o caráter amigável da transação.

Assim, em se tratando de transação de direitos indisponíveis na mediação, não se está diante de uma simples renúncia de um direito por uma das partes, pois a transação está fundamentada justamente na existência de concessões recíprocas e, considerando a atuação do mediador nesse processo autocompositivo, eventual acordo firmado estará sinalizando a satisfação de ambas as partes em realizar determinadas concessões para extinguir o litígio.

Diante do exposto, tendo em vista o artigo 3º da Lei da Mediação e considerando os exemplos práticos de como direitos indisponíveis já vêm sendo negociados, conclui-se que é necessário abandonar a visão habitual de que a indisponibilidade de um direito é, por si só, razão suficiente para inviabilizar uma transação.

Dessa forma, ao final da pesquisa, procura-se apresentar três correntes doutrinárias para explicar a possível relação harmônica entre transação e direitos indisponíveis.

A primeira corrente defende que, de fato, o direito indisponível não seria passível de transação, contudo, haveria possibilidade de transacionar sobre as condições para o exercício desse direito e as vantagens econômicas dele decorrentes, havendo críticas quanto à dificuldade de diferenciar o que seria o conteúdo do direito em si e o que seriam as obrigações conexas objeto de transação.

A segunda corrente, amplamente abordada no âmbito trabalhista, defende a existência de direitos absoluta e relativamente indisponíveis. Assim, os direitos absolutamente indisponíveis não seriam objeto de transação, ao passo que os relativamente indisponíveis poderiam ser transacionados. Contudo, existem críticas apontando que cada doutrinador realiza essa classificação de maneira própria, de modo que o que é absolutamente indisponível para um poderia ser relativamente indisponível para outro e vice-versa.

Por fim, como terceira alternativa para compreender a transação de direitos indisponíveis, são apresentados os ensinamentos de Salles que enfoca a necessidade de compreender o real sentido que a “indisponibilidade” assume no caso concreto, diferenciando ainda o que seria indisponibilidade material, indisponibilidade normativa e disponibilidade condicionada. Feitos esses esclarecimentos, em se tratando de indisponibilidade normativa e, quanto à indisponibilidade material, a possibilidade de transação dependeria da afetação dos interesses envolvidos. Se afetados os interesses de sujeitos determinados, sem repercussão de caráter geral, haveria a possibilidade de transação. Se o caso concreto envolvesse interesses gerais, restaria inviabilizada a transação.

Assim, considera-se que a visão proposta por Salles é a que melhor fornece elementos para compreender o artigo 3º da Lei 13.140/2015, quanto à possibilidade de transacionar direitos indisponíveis, embora o tema não esteja esgotado, uma vez que a aplicação desses conceitos ao caso concreto exige o enfrentamento de diversas questões específicas a depender do ramo do direito tratado.

Ademais, a classificação proposta por Salles não anula a possibilidade de classificar a indisponibilidade dos direitos em absoluta e relativa, sendo que as situações previstas por Salles como inviáveis de transação se enquadrariam na classificação dos direitos absolutamente indisponíveis, ao passo que as circunstâncias que permitem transação indicariam a existência de direitos relativamente indisponíveis.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Bahia: editor José Luiz da Fonseca Magalhães, 1896.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perguntas Frequentes*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes>. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. Governo do Brasil. *Entenda como funciona o mercado de crédito de carbono*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/meio-ambiente/2012/04/entenda-como-funciona-o-mercado-de-credito-de-carbono>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 24 jan.2018.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015a*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015b*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Senado Federal (Comissão de Constituição e Justiça). *Parecer n. 1, de 2014*. Sobre o projeto lei do senado n.517 de 2011, que institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Relator: Senador Vital do Rêgo. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=144167&tp=1>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma) . REsp: 369822-PR 2001/0154871-6, Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social-INSS e Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro GILSON DIPP, *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, 22 abr. 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7469683/recurso-especial-resp-369822-pr-2001-0154871-6/inteiro-teor-13106242>. Acesso em: 06 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). REsp: 1198424-PR 2010/0108482-2, Recorrente: José Lopes Rodrigues e Recorrido: Município de Goioerê. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21534024/recurso-especial-resp-1198424-pr-2010-0108482-2-stj>. Acesso em: 06 mar. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 22. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: Conceito Lacônico, conseqüências duvidosas. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010.

MARTINS, Gabriela Freire. “Direitos Indisponíveis que admitem transação”: breves considerações sobre a Lei n. 13.140/15. *Caderno Virtual*, Brasília, v. 1, n. 22, p. 1-25, 2016.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial dos Litígios*. 2009. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Foyense, [200?].

PIRES, Márcia Franco. *A transação como forma de extinção do crédito tributário: limites, possibilidades e renúncia fiscal*. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010.

RABELO, Cilana de Moraes Soares; SALES, Lilia Maia de Moraes. Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009.

ROMITA, Arion Sayão. Meios alternativos de resolução dos dissídios individuais do trabalho. *Revista Videre*. Dourados, v. 01, n. 2, p. 09-30, jul./dez. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 70056328552 RS. Agravante: Vilmar Soares dos Santos e Agravado: Município de Taquara. Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco. *Diário da justiça do Rio Grande do Sul*, 26 ago. 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113226809/agravo-de-instrumento-ai-70056328552-rs>. Acesso em: 06 mar. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL: 70052537214 RS. Apelante: Município de Novo Hamburgo e Apelado: Companhia Rio-grandense de Saneamento-CORSAN. Relatora: Lúcia de Fátima Cerveira. *Diário da justiça do Rio Grande do Sul*, 26 maio 2014. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120520463/apelacao-civel-ac-70052537214-rs>. Acesso em: 06 mar. 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. In: PASTORE, Ana Claudia Ferreira. *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis?. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 251, n. 251, p. 391-426, 2016.

DIREITO (ANTIDISCRIMINATÓRIO) À EDUCAÇÃO: ADI Nº 5357/2015 E A INCLUSÃO DE ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA EM ESCOLAS PRIVADAS

RIGHT (ANTI-DISCRIMINATORY) TO EDUCATION: ADI Nº 5357/2015 AND THE INCLUSION OF DISABLED STUDENTS IN PRIVATE SCHOOLS

Valmôr Scott Jr.

Professor de Direito na UFPel; professor no Mestrado em Direito da UFPel.

João Pedro de Ávila Peglow

Acadêmico do curso de Direito – UFPel.

Submetido em: 11/10/2018

Aprovado em: 15/07/2019

Resumo: A mais recente conquista em âmbito legal, a Lei Brasileira de Inclusão - LBI passa por diversos enfrentamentos. Entre os quais, a resistência das instituições privadas de ensino que, através da CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5357/2015, tendo como escopo a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da referida Lei que veta a cobrança adicional de taxas e mensalidades aos alunos com deficiência. Neste sentido, o presente estudo foi elaborado com o objetivo de analisar, tendo como base a referida ADI, como é produzida a inclusão de crianças com deficiência em escolas privadas. A referida ação fora derrubada no Supremo Tribunal Federal - STF, mantendo-se o disposto na LBI. A LBI demonstrou a viabilidade e sucesso de medidas inclusivas sem prejuízo das instituições educacionais privadas, fortalecendo a inclusão como pressuposto para uma sociedade menos desigual nos espaços sociais, inclusive a escola.

Palavras-chave: Lei; inclusão; estudantes com deficiência; escolas privadas.

Abstract: *The most recent legal achievement, the Brazilian Law of Inclusion - LBI goes through several confrontations. Among them, the resistance of private educational institutions that, through CONFENEN - National Confederation of Educational Institutions - filed a Direct Action of Unconstitutionality - ADI No. 5357/2015, whose scope was the declaration of unconstitutionality of the provisions of said Law that veto the collection of fees and tuition fees for students with disabilities. In this sense, the present study was elaborated with the objective of analyzing, based on said ADI, how the inclusion of children with disabilities in private schools is produced. The said action had been overturned in the Fe-*

deral Supreme Court (STF), maintaining the provisions of the LBI. LBI has demonstrated the viability and success of inclusive measures without prejudice to private educational institutions, strengthening inclusion as a presupposition for a less unequal society in social spaces, including school.

Keywords: *Law; inclusion; students with disabilities; private schools.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Lei nº 13.146/2015: Contextualização e relevância. 3. ADI nº 5357/2015: o entendimento da Suprema Corte. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A inclusão de estudantes com deficiência nas escolas privadas, tendo como base a decisão da ADI nº 5357/2015, respaldada no princípio constitucional da isonomia e, com base na necessidade de igualdade e inclusão social, urge de discussão, em virtude de que a sociedade internacional e nacional passa por um momento de profunda transformação em busca da igualdade de direitos e deveres de todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza.

A Lei Brasileira de Inclusão – LBI, entre vários direitos, garante o exercício do direito à educação. Contudo, alguns empecilhos ocorrem e originam demandas no âmbito jurídico. Recentemente, foi ajuizada ação em face da União, pela CONFENEN (entidade de representação), versando sobre diversos dilemas que serão abordados, entre os quais a resistência das instituições privadas ao receber estudantes com deficiência, com o argumento de ser inviável o bom funcionamento do ensino privado sem o aumento de custos gerados para execução da Lei. Importante ressaltar que cabe ao Estado e à sociedade garantir a igualdade e prezar pela observância da Carta Magna, com o objetivo de alcançar um Estado de direito igualitário, justo e solidário.

Para obter um panorama sobre o estudo da temática, optou-se por buscar estudos no Banco de Teses CAPES, em Programas de pós-graduação em Direito, em nível de Mestrado, direcionados às pesquisas publicadas entre os anos de 2015 e 2017. A escolha deste recorte foi delimitada a partir do início da vigência da LBI até o ano que antecede a finalização da busca de dados (2017). Sendo assim, foram encontrados 926.736 resultados, a partir das palavras-chave: **inclusão - alunos com deficiência**. Entre os estudos encontrados, destacam-se 3 trabalhos, em decorrência da proximidade com esta pesquisa.

Entre os anos de 2015 e 2017 (início da vigência da Lei Brasileira de Inclusão, até o ano anterior ao final desta pesquisa) foram publicados poucos estudos sobre o tema “Inclusão de Alunos com Deficiência” nos Programas de pós-graduação em Direito.

Nas pesquisas encontradas, destaca-se, inicialmente, no ano de 2016, no Programa de pós-graduação em Direito, o estudo: “DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA - UMA ANÁLISE QUANTO À ATUAÇÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA DE INCLUSÃO EDUCACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – UM DESAFIO ENTRE O IDEAL E O REAL”, publicado em 16/04/2016.

Trata-se de dissertação no Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, de autoria de Danielle Regina Bartelli Vicentini, orientada pelo Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa, sobre a participação estatal na efetivação da inclusão de pessoas com deficiência à educação. A dissertação analisa o desenvolvimento e a aplicabilidade da inclusão dos alunos com deficiência nas instituições de ensino públicas.

A segunda pesquisa intitulada “ACESSIBILIDADE COMO FATOR DE EQUIPARAÇÃO DE OPORTUNIDADES PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ESCOLA: ANÁLISE DE GARANTIAS LEGAIS EM PAÍSES DA AMÉRICA LATINA”, publicada em 01/04/2008, no Programa de Pós-graduação em Educação, da Universidade de São Paulo – Mestrado em Educação - destina-se a análise da legislação vigente sobre acessibilidade no Brasil, Bolívia e México, entre os anos de 1990 e 2005. A dissertação é de autoria de Valquíria Prates Pereira Teixeira, orientada pela Prof. Dra. Rosângela Gavioli Pietro, e confronta a legislação inclusiva dos 3 países e dela extrai o que há em comum, de acordo com as recomendações internacionais sobre o tema.

Ainda, relevante é a dissertação “PRODUÇÃO DO SUJEITO DEFICIENTE NO CONTORNO DAS POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA E DA FORMAÇÃO DE PROFESSORES EM EDUCAÇÃO ESPECIAL”, de Denise Ferreira da Rosa, orientada pela Prof. Dra. Leandra Bôer Possa, publicado em 15/07/2016, no Programa de Pós-graduação em Educação, da Universidade Federal de Santa Maria – Mestrado em Educação. A autora utiliza-se de narrativas produzidas por acadêmicos da Educação Especial para compreender de que maneira essa formação produz os modos de narrarem o sujeito em uma eventual legitimação política. A autora preocupa-se em compreender o universo dos educadores de Educação Especial, com o intuito de aferir como é construída a narrativa de alunos com deficiência.

O tema do presente estudo, bem como dos estudos acima expostos, enfrenta uma série de dilemas e controvérsias. Cabe-nos aferir, neste momento, que, mesmo urgente e respaldado por um Estatuto específico, a educação inclusiva merece evidência no meio acadêmico, assim como na seara legislativa e executiva, uma vez que as pesquisas acerca do assunto levantam informações de suma importância para compreender a realidade enfrentada por alunos e familiares de pessoas com deficiência no ambiente escolar e, de um modo geral, na sociedade.

2 LEI Nº 13.146/2015: CONTEXTUALIZAÇÃO E RELEVÂNCIA

A Lei nº 13.146/2015, também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão - LBI ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, consiste no texto normativo mais recente sobre direitos das pessoas com deficiência. Contudo, inicialmente, é fundamental delinear o contexto em que surge esta Lei.

Diante disto, é pertinente mencionar que, por muito tempo, esta parcela da população (pessoas com deficiência) ficou à margem do seio cultural e desamparada pelo Poder Legislativo, sendo lentamente incluída no decorrer do último século. Em que pese esse grupo minoritário ter permanecido desassistido por muito tempo, não se trata de uma pequena parcela da sociedade, mas de um número representativo de pessoas que permaneceram à margem da sociedade, cerceados de direitos e impossibilitados de oportunidades inerentes a qualquer cidadão.

Através dessa análise pregressa, observa-se a evidente lentidão com que caminha o processo inclusivo; nota-se o efeito devastador da ausência de empatia decorrente do preconceito, que além de fomentar atraso no alcance de direitos dessas pessoas, fomenta um atraso generalizado na sociedade.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, em números aproximados, as pessoas com deficiência totalizam 14,5% (catorze e meio por cento) da população brasileira, significando 24,5 (vinte e quatro virgula cinco) milhões de pessoas no Brasil. Para ratificar e detalhar essas informações:

É preciso destacar que esses dados, por sua vez, foram obtidos segundo procedimentos oriundos de recomendação da Organização Mundial da Saúde e da ONU. Isso explica porque o senso, em 1991, havia encontrado apenas 1,2% de pessoas portadoras de deficiência no Brasil. Desse total, 16,5 milhões (47,1%) apresentam deficiência visual; 7,9 milhões têm deficiência motora (22,9%); 5,8 milhões de deficientes auditivos (16,7%), 2,8 milhões de portadores de deficiência mental (8,3%); e, finalmente, 1,4 milhão de portadores de deficiência física (4,1%). Logo, uma sociedade plural e inclusiva definitivamente haverá de incorporar essa enorme coletividade no seio da sua cidadania. Com isso, ao invés de realçarmos a deficiência do cego, devemos valorizar sua audição, sua voz e os demais sentidos que certamente serão mais apurados do que os daquelas pessoas consideradas “normais” (CRUZ, 2009, p. 105).

Com os dados e reflexão apontados pelo autor, verifica-se a importância de a matéria ser legislada de maneira abrangente, uma vez que não somente regulamenta as diretrizes, mas apresenta a positivação de direitos e deveres que abrangem não apenas o grupo de pessoas que possui algum tipo de deficiência,

mas a sociedade de um modo geral. Não há dúvidas de que os benefícios proporcionados pela inclusão são generalizados, uma vez que o enriquecimento de uma sociedade ocorre através da troca.

Partindo dessa constatação, observamos a relevância de um ordenamento jurídico organizado para o fim de fornecer garantias ao expressivo contingente de pessoas que carecem do suporte legal adequado para o exercício de direitos. Todavia, ainda que não prescindia, um ordenamento jurídico organizado nada pode se não houver a cooperação do Poder Executivo.

No tocante ao Poder Executivo e englobando as políticas públicas, é necessária a conscientização orçamentária de que incluir essas pessoas é um investimento, tão frutífero quanto qualquer investimento aplicado em educação.

Para tanto, Sociedade e Estado devem dispensar uma atenção especial a esse grupo de pessoas. O dispêndio de dinheiro e recursos deve, antes de tudo, ser encarado como um investimento lucrativo para todos nós. Logo, inadmissível verificarmos que um Estado como Brasil pôde reduzir, no seu orçamento de 2001, em quase 40% (quarenta por cento), recursos com os propósitos de reabilitação e a habilitação de pessoas portadoras de deficiência, pois o custo econômico e social de sua não-integração é ainda maior (CRUZ, 2009, p. 105).

Ainda, unido aos Poderes Executivo e Legislativo, completando o tripé da hierarquia estatal, concluímos que o Poder Judiciário deve ser exercido em colaboração com os demais, para que haja a efetiva tutela dos direitos das pessoas com Deficiência. A participação deste Poder deverá ser efetivada de modo responsável, visando atender o fim social a que se destina todo o processo inclusivo, com a sensibilidade de atender a judicialização desses dilemas para construir a realidade adequada aos imperativos das pessoas com deficiência. Assim pontua (CRUZ, 2009, p. 106) “Contudo, sabe-se, na atualidade, que cabe ao julgador a tarefa de reconstruir o ordenamento jurídico, ao passo que, ao legislador, a tarefa de erguê-lo”. No mesmo sentido:

Hoje cresceu, enfim, a importância reconhecida da lei entre os educadores, porque, como cidadãos, eles se deram conta de que, apesar de tudo, ela é um instrumento viável de luta porque com ela podem-se criar condições mais propícias não só para a democratização da educação, mas também para a socialização de gerações mais iguais e menos injustas (CURY, 2002, n.p).

Neste sentido, como instrumento de garantia de direitos, após a promulgação da Carta Magna em vigência, fora promulgada a Lei nº 7.853/89, versando sobre o apoio às pessoas com deficiência, bem como regulamenta a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos destes sujeitos e tipifica crimes:

(...) graças a essa universalização da consciência relativa à questão do portador de deficiência, a competência constitucional que dá suporte a esta coletividade é comum a todos os entes federados (Art. 23, inciso II da CF/88). Dessa forma, em 1989, foi promulgada a lei nº 7.853, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, bem como instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplinou a atuação do Ministério Público e definiu crimes contra o portador de deficiência (CRUZ, 2009, p. 114).

No tocante à educação, tema central deste estudo, a Lei nº 7.853/89 dispõe, de forma genérica, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso I, sobre as garantias e políticas a serem adotadas pelo Estado:

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

I - na área da educação:

- a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;
- b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;
- c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino;
- d) o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência;
- e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;

f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino (BRASIL, 1999).

Nota-se que o texto normativo preocupa-se em regulamentar, de forma organizada e criteriosa, a base estrutural da educação das pessoas com deficiência. Assim, normatiza o quantum primordial que servirá de base para a Lei nº 13.146/ 2015. A respeito da educação inclusiva, cabe salientar seu reconhecimento como direito de caráter universal, uma vez que o cenário internacional dispõe de muitos documentos assinados pelos países membros da Organização das Nações Unidas – ONU.

Não são poucos os documentos de caráter internacional, assinados por países da Organização das Nações Unidas, que reconhecem e garantem esse acesso a seus cidadãos. Tal é o caso do art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Do mesmo assunto ocupam-se a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 1960, e o art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (CURY, 2002, p. 246).

Na década de 1990, em 1993, é promulgada a Lei nº 8.742, respaldada no art. 203, da Carta Magna, que visa universalização dos direitos sociais, entre os quais, a educação. No mesmo, surge o Decreto nº 914/93, que instituiu a Política Nacional para Inclusão da Pessoa com Deficiência. O Decreto fora revogado posteriormente, tendo como sucessor, o Decreto nº 3.298/99, que em seu art. 3º define o conceito, para efeitos legais, de Deficiência, Deficiência Permanente e Incapacidade:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida (BRASIL, 1999).

Para efeitos deste dispositivo e de outros que surgiram no ordenamento jurídico, após a promulgação da Constituição Federal 1998, os conceitos de de-

ficiência e condições similares estão dispostos com clareza. Todavia, urgia a necessidade de fundir a matéria legislativa a este respeito, de modo que um único documento dispusesse, estruturalmente, de todos os direitos até então conquistados. A principal finalidade de estruturar esse documento homogêneo é ampliar a força normativa do conteúdo ali disposto, resultando em um Estatuto.

Em 2001, o Congresso Nacional estrutura o primeiro esboço do que viria a ser a semente da LBI. Ao ser encaminhado ao Senado Federal, a proposta de Lei foi novamente apresentada. Ao tramitar na Câmara, o projeto foi readaptado em consonância com os termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008), eliminando quaisquer dispositivos que associassem a deficiência com incapacidade.

A reforma do projeto traz um importante aspecto do conceito de inclusão, pois retira da pessoa com deficiência qualquer aspecto incapacitante, demonstrando ser suficiente a presença da acessibilidade para o desenvolvimento da pessoa com deficiência em igualdade de condições com os demais. Para efeitos da definição de deficiência, a Convenção assim dispõe em seu art. 1º:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2009).

Ainda, a Convenção, recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, no Decreto legislativo nº 186/2008, em seu art. 2º, define conceitos importantes para fins de inclusão da pessoa com deficiência. O texto dispõe que discriminar uma pessoa por motivo de deficiência significa fazer diferenciação em relação aos demais, de modo restringir quaisquer de seus direitos.

Ainda, pondera que a discriminação também acontece pela recusa em realizar adaptação razoável. Para compreender o significado de “adaptação razoável”, deve-se pensar em quaisquer modificações necessárias para que as pessoas com deficiência possam usufruir de seus direitos sem prejuízo àqueles que têm o dever de proporcioná-las:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o

exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;

Adaptação razoável significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

Desenho universal significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias (BRASIL, 2009).

Por fim, após anos em trâmite, fora promulgada, em 06 de julho de 2015, a Lei Brasileira de Inclusão - LBI ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, respaldada em normas vigentes no ordenamento brasileiro e consonante com as normas internacionais e entendimentos da ONU. Em 2016 iniciou sua vigência, com a regulamentação de uma série de garantias às pessoas com deficiência.

Além de assegurar garantias fundamentais, o Estatuto também contempla uma nova compreensão sobre a deficiência – contribuição da readaptação realizada com respaldo na Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência - não mais compreendendo a deficiência como patologia, mas tão somente como uma característica individual:

A partir do advento da Lei Brasileira de Inclusão surgem desafios quanto à inclusão das pessoas com deficiência perante as demais pessoas da sociedade. Primeiramente, é preciso ter um real entendimento do princípio da igualdade como busca de equilíbrio, não cabendo mais a definição sob um prisma biomédico, portanto, não se admitindo mais a deficiência como uma patologia, bem como destinatárias de caridade e assistencialismo (PEDRO, 2011, sem paginação).

As garantias abrangem a capacidade civil; inclusão escolar; auxílio à inclusão; discriminação, abandono e exclusão; atendimento prioritário, administração pública e esporte, entre outros. Com destaque, o Capítulo IV da LBI, que dispõe sobre a educação. Nota-se que, além das garantias, o dispositivo prevê a obrigação estatal em zelar pelos direitos dispostos:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento

possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Ao analisar o referido dispositivo, verifica-se que a aprendizagem não está relacionada apenas aos aspectos físicos, sensoriais e intelectuais, aos quais se vinculam também as habilidades, interesses e necessidades de aprendizagem. A aprendizagem pressupõe todo o contexto sob o qual a pessoa está inserida, devendo ser propício e adaptado às suas necessidades e condições. Colaborando com o entendimento:

Considerando que cada pessoa é única e possui um conjunto de características individuais, a aprendizagem não se restringe ou se condiciona à compleição física, intelectual ou sensorial do sujeito, mas, resulta de sua plena interação sociocultural, conforme preconiza a CDPD (SETUBAL, 2016, p. 66).

A ponderação do autor demonstra que a aplicabilidade da LBI não se restringe apenas a peculiaridades, mas ao contexto sob o qual o aluno está inserido. Esse conceito é também preconizado pela Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, que dispõe sobre os parâmetros aos quais se constitui o art. 27, da LBI, em conjunto com as diretrizes contidas Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (MEC - 2008):

(...) para dispor sobre as incumbências do poder público, visando assegurar o sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, especificando a oferta de serviços e de recursos de acessibilidade, a institucionalização do atendimento educacional especializado – AE no projeto político pedagógico da escola, a fim de garantir às pessoas com deficiência pleno acesso ao currículo, a oferta de formação de professores, a realização de pesquisas, a elaboração de plano de atendimento educacional especializado, a organização de recursos e de serviços, a disponibilização de professores para o AEE e demais profissionais de apoio, a acessibilidade às edificações, ambientes e atividades e a articulação intersetorial das políticas públicas (SETUBAL, 2016, p. 67).

Todavia o art. 27 dispõe sobre a obrigatoriedade estatal de proporcionar as condições adequadas para que ocorra o processo inclusivo. No entanto, há neste dispositivo um artigo que amplifica o dever estatal, atingindo o setor privado,

especificamente, às instituições de ensino privado, sob o respaldo do direito universal à educação. Ainda que as referidas instituições atuem na esfera privada, oferecem algo que é direito inerente a todos, sem distinção: a educação. Portanto, a elas incumbe o dever de proporcionar aos alunos, pessoas com ou sem deficiência, condições adequadas para seu desenvolvimento.

Sobre a temática proposta, convém abordar o art. 28, da LBI que dispõe, em seus incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII, sobre as diretrizes que deverão ser adotadas em quaisquer instituições de ensino, a fim de promover a educação inclusiva com todas as condições necessárias ao ensino destas pessoas.

Em seu parágrafo. 1º, o referido dispositivo legal veta a cobrança de valores adicionais para o cumprimento do disposto nos incisos mencionados, motivo pelo qual tornou-se objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5357/2015, movida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM que requer seja declarado inconstitucional o referido parágrafo. Neste sentido:

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do **caput** deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações (BRASIL, 2015).

Em comentário sobre a controvérsia atinente ao art. 28, Setubal (2016) também versa sobre o cunho preconceituoso e excludente da ADI promovida pelas instituições de ensino privado. A reação das referidas instituições ocorre devido ao cunho econômico, uma vez que não estariam dispostas a reestruturar seu orçamento em prol da implementação de acessibilidade.

No entanto, se refletirmos sobre o descaso em relação ao direito à educação inclusiva, percebemos que não somente o orçamento preocupa as instituições, mas todas a reestruturação necessária para efetivar a acessibilidade e promover a inclusão:

Com a promulgação da LBI, verifica-se violenta reação da instituição representante das escolas particulares, que até então, ignorava o direito inalienável das pessoas com deficiência à educação inclusiva. Na tentativa de se isentar do cumprimento das responsabilidades determinadas pela Constituição Federal, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEM) impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5357/2015, pleiteando a revogação do §1º do art.28, bem

como do art.30 que trata da garantia das condições de acesso e acessibilidade nas instituições de educação superior (SETUBAL, 2016, p. 68).

Para finalizar, complementando o art. 28 e o art. 30, a LBI dispõe sobre as diretrizes necessárias para orientar os procedimentos de acessibilidade em exames nacionais organizados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP.

Ao mesmo passo que os artigos 27 e 28 colaboram, simultaneamente, instituindo os parâmetros necessários à consecução do ensino inclusivo dentro das instituições, o art. 30 complementa o processo de garantia do exercício do direito à educação, normatizando a inclusão no que tange aos processos examinatórios aos quais todo aluno deve ter acesso.

Segundo o art. 30, em processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de educação superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, deverá ser ofertado atendimento especial às pessoas com deficiência, tanto nas dependências das instituições quanto nos serviços disponíveis.

Ainda, deverá ser oportunizado ao candidato informar quais os recursos que necessita para concluir o exame; as provas, em sua formatação, deverão atender as necessidades dos participantes; oferta de dilação temporal aos participantes, tanto nos processos seletivos quanto na consecução da vida acadêmica (prazo de júbilo); adoção de critérios linguísticos capazes de atender as especificidades do concorrente/aluno e a tradução completa de editais em LIBRAS.

Ao regulamentar deste modo, a LBI proporciona um viés equânime e inclusivo em processos seletivos, assim como durante a consecução da vida acadêmica destes alunos. Para tanto, alguns destes recursos necessitam de dispêndio orçamentário maior, o que gera revolta por parte das instituições particulares de ensino, em virtude de estarem proibidas de cobrar taxas e mensalidades diferenciadas com a finalidade de adequação às diretrizes dispostas neste dispositivo legal, tanto para a consecução do ensino quanto para o ingresso através de processos seletivos.

Com a LBI, ocorreram alterações também no Código Civil Brasileiro que, anteriormente, definia as pessoas com deficiência como absolutamente e relativamente incapazes. A nova redação do Código Civil apresenta a compreensão do conceito de capacidade, chancelando a inclusão e garantindo igualdade de direitos para estes sujeitos, que passam a ter autonomia em suas decisões no que concerne ao trabalho, patrimônio, família e demais assuntos de seu interesse.

A promulgação da LBI não somente reuniu todas as normas que versam sobre os direitos da pessoa com deficiência, como também promoveu inovações

sobre a inclusão, como a proibição da cobrança de taxas e mensalidades superiores por parte das instituições de ensino privado, a ressignificação do conceito de capacidade no Código Civil e a chancela do entendimento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, deixando de tratar a deficiência como patologia e sim como mera condição humana.

3 ADI Nº 5357/2015: O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE

Em 12 de Agosto de 2015, a CONFENEN – Confederação Nacional das Instituições de Ensino ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI nº 5357/2015, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal - STF. A CONFENEN alegava vício no § 1º, do art. 28, da Lei nº 13.146/2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão – LBI. O vício a qual se refere, teria por escopo a inconstitucionalidade do artigo ao prever uma série de obrigações às instituições particulares de ensino.

A inconstitucionalidade a que se refere a CONFENEN, diz respeito ao fato de que o art. 28, da LBI, veda a cobrança de valores adicionais, de qualquer natureza, em suas mensalidades, anuidades e matrículas para o fim de realizar as exigências contidas nos incisos do referido artigo. Vejamos:

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do **caput** deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações. (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido, complementando o disposto no art. 28, o art. 30 da LBI prevê uma série de medidas a serem adotadas pelas instituições de ensino em processos seletivos oferecidos pelas instituições de nível superior. As medidas deverão ser observadas também quanto a permanência desses alunos nas instituições, sendo vedada qualquer cobrança adicional de taxas ou mensalidades para que a instituição ofereça as medidas inclusivas que obrigatórias. Vejamos:

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

I - atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;

II - disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;

III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;

IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;

V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;

VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;

VII - tradução completa do edital e de suas retificações em Libras (BRASIL, 2015).

A este respeito, inconformada com a obrigação que lhe trouxe a LBI, a CONFENEN propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, no STF. O argumento da Confederação é respaldado no fato de que o atendimento educacional às pessoas com deficiência é competência do Estado e que, portanto, as medidas previstas nos artigos. 28 e 30 da LBI não podem ser cobradas das instituições privadas de ensino. Todavia, o argumento não prosperou, uma vez que a educação é um direito universal e, quaisquer instituições de ensino, públicas ou privadas, estarão sujeitas às normas gerais da educação.

A Advocacia Geral da União – AGU contrapõe-se aos argumentos da CONFENEN, alegando que uma sociedade justa e solidária não se constrói pela exclusão. Além disso, invoca a AGU que as instituições privadas também estão subordinadas às normas gerais da educação nacional, segundo as quais todas as instituições, públicas ou privadas, devem proporcionar atendimento adequado aos alunos com deficiência, não excluindo o dever do Estado em colaboração com a sociedade. Nota-se que o dever do Estado de maneira alguma exclui o dever das instituições de ensino privado.

Neste contexto, convém apresentar os votos dos ministros para compreender os votos e a decisão do processo junto ao STF, com entendimento baseado em princípios constitucionais que derrotou a ação movida pela CONFENEN.

Inicialmente, o Ministro Relator, Edson Fachin, ao votar pela improcedência da ação, destacou a obrigatoriedade constitucional da inclusão, bem como o status de Emenda Constitucional que a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência possui, caracterizando o compromisso que o Brasil firmou ao receber a norma e ampliar os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. Importante aspecto mencionado pelo relator é a obrigação das instituições privadas em cumprir os preceitos gerais de educação, constitucionalmente previstos, não apenas com base na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, como alegava a CONFENEN. “Em suma: à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver”, (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Consoante com o voto do Ministro Edson Fachin, foram os votos dos ministros Luis Roberto Barroso e do Ministro Teori Zavascki. Barroso destacou a importância da igualdade no cenário atual, ao definir a igualdade como sendo “o reconhecimento aplicável às minorias e a necessidade de inclusão social do deficiente” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

O Ministro Teori Zavascki, ao fundamentar seu voto, trouxe a reflexão sobre a importância da inclusão não somente para os alunos com deficiência, mas para todos os estudantes. Zavascki salientou a inclusão como uma especial oportunidade a todos:

A mim, particularmente, emociona-me o argumento relacionado à importância que tem, para as crianças sem deficiência, a convivência com crianças com deficiência. Uma escola que se preocupa em ir mais além da questão econômica, em preparar seus alunos para a vida, deve, na verdade, encarar a presença de crianças com deficiência como uma especial oportunidade de apresentar a todas as crianças, principalmente às que não têm deficiências, uma lição fundamental de humanidade, um modo de convivência sem exclusões, sem discriminações, num ambiente de solidariedade e fraternidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, relata que “devemos reconhecer a importância de um diploma como esse, que efetiva direitos de minorias tão fragilizadas e atingidas não só pela realidade, mas também pela discriminação e dificuldades com as quais se deparam” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

A preocupação do Ministro baseia-se em demonstrar que além das condições biológicas diferenciadas, a que todas as pessoas com deficiência estão sujeitas, sopesa o fato de que estas ficam expostas a todo tipo discriminação e preconceito ao longo da vida.

No mesmo sentido, a ministra Rosa Weber ponderou em seu voto: “Não tivemos a oportunidade de participar da construção diária de uma sociedade inclu-

siva e acolhedora, em que valorizada a diversidade, em que as diferenças sejam vistas como inerentes a todos seres humanos” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016). Weber considera que as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com deficiência são minimamente necessárias para sanar o desequilíbrio de oportunidades que sequer deveriam existir na sociedade.

Consoante com o voto de Rosa Weber, a ministra Cármen Lúcia retrata o preconceito como uma patologia “todas as formas de preconceito são doenças que precisam ser curadas”, seguidas pelo ministro Dias Toffoli, que manifestou-se no mesmo sentido do relator, com voto pela improcedência da ação, afirmando que “conviver com a diferença é essencial na construção de uma sociedade livre do ódio e da intolerância, sendo qualquer forma de preconceito uma doença e, como tal, deve ser tratada”.

O conceito de patologia que alguns ministros utilizaram para referir-se à discriminação e preconceito, demonstram a nova definição de conceitos que a LBI apresenta, uma vez que, anteriormente, a deficiência era oriunda de tal conceito.

O ministro Luis Fux, por sua vez, ao proferir seu voto, defendeu a supremacia dos princípios constitucionais sobre as normas especiais e a indissociabilidade dos preceitos fundamentais em uma sociedade justa e solidária. Na mesma oportunidade, o Ministro salientou que o ser humano é o foco da Constituição Federativa vigente e assim, configura a dignidade humana que prevalece sobre todas as normas constitucionais e infraconstitucionais.

Em seu voto considerou:

Não se pode resolver um problema humano desta ordem sem perpassarmos pela promessa constitucional de criar uma sociedade justa e solidária e, ao mesmo tempo, entender que hoje o ser humano é o centro da Constituição; é a sua dignidade que está em jogo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Consoante, o Ministro Ricardo Lewandowski, expôs o entendimento de que as normas fundamentais também são aplicadas às relações privadas, motivo que fomentou seu voto pela improcedência da ação movida pela CONFENEN: “a eficácia dos direitos fundamentais também deve ser assegurada nas relações privadas, não apenas constituindo uma obrigação do Estado” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016). Com a argumentação de Lewandowski, é reforçada a tese de que as instituições privadas também estão sujeitas às normas gerais de educação.

Em contraponto aos demais Ministros, o único voto divergente foi prolatado pelo Ministro Marco Aurélio, que votou pelo acolhimento parcial da ADIN. Em

seus argumentos, o Ministro afirmou ser inconstitucional a interpretação pela obrigatoriedade das providências previstas nos artigos 28 e 30 da LBI, sendo necessário o planejamento no que tange à iniciativa privada. Convém apresentar trecho de sua manifestação:

O Estado não pode cumprimentar com o chapéu alheio, não pode compelir a iniciativa privada a fazer o que ele não faz porque a obrigação principal é dele [Estado] quanto à educação. Em se tratando de mercado, a intervenção estatal deve ser minimalista. A educação é dever de todos, mas é dever precípua do Estado, afirmou (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

O argumento do Ministro não observa o fato de que, uma vez arbitrado às instituições de ensino privado adotarem ou não às medidas inclusivas constantes na LBI, estaria tolhendo ou cerceando o direito de escolha que cada pessoa tem ao ingressar na instituição de ensino que lhe convém, observando os requisitos de ingresso inerentes a todos. Todavia, vencido pelos votos dos demais ministros, que totalizaram maioria absoluta, restou improcedente a referida ação.

A problemática que o presente estudo almeja, consiste em analisar os efeitos desta ADI, haja vista a resistência das instituições privadas em observarem o mandamento legal, como o risco de acréscimos nas mensalidades e outras cobranças de valores adicionais. A decisão da ADI milita pelo implemento de medidas inclusivas a serem observadas pelas instituições de ensino privado.

A ação movida pela CONFENEN, em contrapartida ao posicionamento da AGU, em defesa do cumprimento aos respectivos dispositivos, demonstra não apenas resistência de cunho econômico, mas também ausência de senso de coletividade, humanismo e sensibilidade por parte do representante das Instituições Privadas de Ensino. Convém ressaltar que o prazo para adequação das instituições de ensino encerrou em janeiro de 2016.

Diante das considerações apresentadas, as informações colaboram com a compreensão de que a inclusão é o viés adequado para a inclusão de todos os alunos. Através deste estudo, podemos aferir a viabilidade da execução da LBI, com respeito ao princípio da igualdade, uma vez que a inclusão dos alunos deve ocorrer sem cobrança de valores adicionais em matrículas e mensalidades, em virtude das especificidades de cada um destes estudantes.

Deste modo, as escolas privadas devem, mediante atos de gestão, promover a organização, planejamento e implementação de ações que sejam capazes de observar, em conjunto, dois fatores: garantia do exercício do direito à educação pelos estudantes com deficiência, em igualdade de condições, sem a cobrança de valores adicionais e; administração do orçamento das instituições, por seus

gestores, sem prejuízo ao seu funcionamento e oferecimento de seus serviços educacionais.

CONCLUSÃO

Apesar de avanços e retrocessos, a evolução normativa da inclusão ocorreu em consonância, não somente com o contexto brasileiro, mas com a política social internacional. Contudo, convém ressaltar que são imperativas ações nos espaços sociais que atuem em cooperação ao contexto legal, tendo em vista que a norma meramente objetiva origina resistências capazes de dificultar a aplicação da lei.

Com o advento da LBI, não somente foram reunidos todas os preceitos que versam a respeito da inclusão de pessoas com deficiência, como também promoveu avanços. Todavia, a ausência de conscientização de cidadãos e instituições em relação à inclusão cria obstáculos a consecução de direitos. A ADI nº 5357/2015, promovida pela CONFENEN, no que pese o respaldo econômico sob o qual a Confederação promoveu a ação, demonstra a carência de sensibilidade e consciência inclusiva, uma vez que o respaldo econômico não deve prevalecer em detrimento de princípios e direitos fundamentais. Inclusão é questão de cidadania e deve militar pela garantia de direitos, inclusive o direito social à educação, em observância ao princípio da igualdade.

Para efetivação do processo inclusivo, se faz necessária a promoção de ações por parte de pessoas e instituições que tenham o escopo de ampliar a consciência dos cidadãos, mostrando-lhes a importância da igualdade de oportunidades. A cidadania é construída pelo exercício dos direitos inerentes aos cidadãos, efetivada com a redução das desigualdades, inclusive no acesso ao ensino público e privado.

As escolas privadas urgem de adequação ao disposto na LBI, sob pena de incorrer em ilegalidade pela não observância dos dispositivos da Lei. Neste sentido, estas instituições necessitam ponderar entre inclusão e oferecimento de seus serviços educacionais sem prejuízo orçamentário. Para tanto, organização e implementação de ações são imperativas para observância da LBI e seus preceitos inclusivos, assim como para o bom funcionamento e oferecimento de um serviço de qualidade pela escola aos estudantes sem deficiência e estudantes com deficiência.

Nesta seara, o Direito, o ordenamento jurídico e as instituições educacionais devem militar pela garantia de direitos, inclusive de grupos vulneráveis. Atualmente, em termos legais, a LBI apresenta-se como instrumento normativo que colabora com o Judiciário na perspectiva de uma sociedade inclusiva nos mais diversos espaços sociais, como é o caso da escola, no que concerne ao direito social à educação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto n. 6949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm . Acesso em: 01 maio 2018

BRASIL. *Lei 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 03 abr. 2018.

BRASIL. *Lei 7.853, de 24 de outubro de 1999*. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm . Acesso em: 28 maio 2018.

CRUZ, A. R. V. *O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Ed. ARRAES, 2009.

CURY, C. R. J. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n.116, p. 245-262, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14405.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.

GLAT, R.; BLANCO, L. de M. V. Educação Especial no contexto de uma Educação Inclusiva. In: GLAT, R. (Org.). *Educação Inclusiva: cultura e cotidiano escolar*. Rio de Janeiro: Sete Letras, 2007. Disponível em: <https://www.livrebooks.com.br/livros/educacao-inclusiva-cultura-e-cotidiano-escolar-rosana-glat-ldurs34uuwgc/baixar-ebook> . Acesso em: 30 de maio 2018.

MEZZAROBBA, O.; MONTEIRO, C. S. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEDRO, M. S.; RIBEIRO, G. B. da. *Do reconhecimento da pessoa com deficiência igual perante a lei*. Campinas: Fundação FEAC, 2011. Disponível em: <https://www.feac.org.br/do-reconhecimento-da-pessoa-com-deficiencia-igual-perante-a-lei/>. Acesso em: 17 jul. 2018.

ROSA, D. F. da. *Produção do sujeito seficiente no contorno das políticas de educação Inclusiva e da Formação de professores em educação especial*. 2016. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/7278> . Acesso em 14 jul. 2018.

SETUBAL, J. M.; FAYAN, R. A. C. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*. Campinas: Fundação FEAC, 2016. Disponível em: <https://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Lei-brasileira-de-inclusao-comentada.pdf> . Acesso em: 02 jul. 2018.

SEGALLA, J. I. S. da F. *Direito à educação, participação familiar e informação: o ciclo virtuoso da informação*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6752/1/Juliana%20Izar%20Soares%20da%20Fonseca%20Segalla.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*: Adi Nº 5.357 Df – DISTRITO FEDERAL 0005187-75.2015.1.00.0000. Brasília, 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>. Acesso em: 24 jul. 2018.

VICENTINI, Danielle Regina Bartelli. *Direito à educação inclusiva - uma análise quanto à atuação do estado na efetivação da política de inclusão educacional da pessoa com deficiência - um desafio entre o ideal e o real*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2016. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/8460-danielle-regina-bartelli-vicentini/file>. Acesso em: 23 jul. 2018.

VIEIRA, Fernanda Vivacqua. Direito fundamental à educação inclusiva. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 142, nov 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15779&revista_caderno=9>. Acesso em 15 Junho de 2018.

O DEVER DE PROTEÇÃO DAS GERAÇÕES FUTURAS: UMA OBSERVAÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DO CONTEXTO DA (ECO)COMPLEXIDADE

THE DUTY OF PROTECTION OF FUTURE GENERATIONS: A CONSTITUTIONAL OBSERVATION FROM THE CONTEXT OF (ECO) COMPLEXITY

Giselle Marie Krepsky

Doutora em Direito na UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos), Mestre em Educação pela FURB. Professora titular do curso de Direito da FURB. Pesquisadora integrante do grupo de pesquisa CNPQ: Direitos fundamentais, cidadania e justiça, atuando nas linhas: sustentabilidade socioambiental, ecocomplexidade, políticas sanitárias e ambientais e bioética, cidadania e produção do conhecimento.

Beatriz Vieira

Especializanda em Direito Ambiental na Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Bacharel em Direito (FURB).

Submetido em: 28/02/2019

Aprovado em: 15/07/2019

Resumo: Este artigo analisa como o Direito está assegurando às futuras gerações a preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado conforme impõe o artigo 225 *caput* da Constituição Federal brasileira de 1988, considerando a inovação que este diploma legal apresentou ao se reportar a Direito futuro. A pesquisa que fomentou este texto objetivou compreender como o contexto de complexificação socioambiental precisa ser observado pelo Direito ao decidir sobre questões que possam causar danos futuros e com base em que pressupostos é possível salvaguardar uma vida saudável para gerações distantes no contexto de incerteza científica. Conclui que, além dos princípios da prevenção, precaução, solidariedade, responsabilidade e equidade intergeracional é preciso aplicar o preceito constitucional a partir de um novo imperativo categórico que inclua ações humanas compatíveis com a continuidade da vida no planeta que exige uma percepção temporal diferente pelo sistema jurídico.

Palavras-chave: Proteção constitucional. Gerações futuras. Ecocomplexidade. Incerteza científica.

Abstract: *This article analyzes how the Law is ensuring to future generations the preservation of an ecologically balanced environment as imposed by Article 225 caput of the Brazilian Federal Constitution*

of 1988, considering the innovation that this legal diploma present when referring to future rights. The research that fostered this text aimed to understand how the context of socio-environmental complexity needs to be observed by the Law when deciding on issues that may cause future damages and based on what assumptions it is possible to safeguard a healthy life for distant generations in the context of scientific uncertainty. It concludes that, in addition to the principles of prevention, precaution, solidarity, responsibility and intergenerational equity, it is necessary to apply the constitutional precept from a new categorical imperative that includes human actions compatible with the continuity of life on the planet that requires a different perception of the time by the system law.

Keywords: Constitutional protection. Future generations. Ecomplexity. Scientific uncertainty.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Relação entre o Direito e a Ciência ante um futuro incerto: o contexto de ecomplexidade. 3. O direito e a preocupação com as gerações futuras. 4. Ecomplexidade e compromisso constitucional: direito fundamental às gerações vindouras. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No contexto da complexificação social pós-moderna identificam-se pelo menos dois sistemas parciais da sociedade global que se colocam em destaque nos debates da proteção ambiental: Ciência e Direito. O primeiro, porque inclui as comunicações sobre o código verdade e não verdade ou certeza e incerteza sobre as coisas (ainda que isso se encontre relativizado na sociedade contemporânea) e pelo qual os eventos ambientais são observados pelo Direito. O segundo, porque a ele incumbe regular a expectativa sobre o comportamento social e para o qual são delegadas responsabilidades de permissão e impedimento das ações. É através dele que as expectativas de comportamento social se estabelecem a partir de seu código direito/não direito.

Este cenário temporal, ganha, pois, um contexto inovador a partir do sentido Constitucional da proteção ambiental externado no artigo 225 que prevê em seu *caput* que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. O texto, além de demonstrar o *status* de fundamentalidade do direito ao ambiente equilibrado e o dever de sua preservação com o controle e observância do Poder Público e de todos, impõe o cuidado com as gerações vindouras. Isso faz surgir no âmbito Constitucional o dever de garantir recursos ambientais tanto para a presente quanto para a futura geração, o que denota a necessidade de observação do futuro pelo Direito a partir de seu programa fundamental levando-se em consideração seu alcance transindividual.¹

¹ “Na verdade trata-se da constatação de que existe um *dever fundamental ecológico* a que estão submetidos tanto o Estado como a coletividade, para a obtenção de uma *justiça intergeracional*”. Cf.

Dessa forma, este artigo traz à baila algumas reflexões a partir da observação do problema da ecocomplexidade que se coloca para o Direito, uma vez que deverá decidir sobre questões que implicarão em garantia de qualidade de vida para presentes e futuras gerações bem como a Constituição Federal de 1988 precisa ser interpretada/aplicada à luz de uma nova forma de observar o ser humano e o meio ambiente. Por isso, o objetivo da pesquisa foi identificar como a ecocomplexidade adentra no sistema jurídico e de que forma a sua relação com o compromisso constitucional podem dar efetividade ao direito a um ambiente ecologicamente equilibrado para gerações vindouras.

2 RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A CIÊNCIA ANTE UM FUTURO INCERTO: O CONTEXTO DE ECOCOMPLEXIDADE

O futuro nada mais é do que o tempo que está por vir e ele é incerto. Nesse quadro de imprecisão, Jonas (2011, p. 229) ressalta que “[...] o futuro da humanidade, inclui, obviamente, o futuro da natureza como sua condição *sine qua non*.” Logo, o homem integra e é dependente da natureza para continuar a existir, já que sem ela não existe vida.

No entanto, ao longo do tempo, o meio ambiente vem passando por modificações, sendo o homem o grande agente indutor de danos. Por isso, a natureza está em uma situação de vulnerabilidade crítica provocada pela intensa intervenção técnica do homem, ou seja, “uma vulnerabilidade que jamais fora pressentida antes que ela se desse a conhecer os danos já produzidos” (JONAS, 2011, p. 39). Nesse sentido, a relação existente do homem com a natureza, a partir da intervenção técnica, está sustentada definitivamente pela previsão do perigo que a ação humana pode vir a provocar no futuro e é necessário que as ações humanas partam de uma relação de cuidado. Nessa relação de cuidado deve ser considerada a dimensão do bem e do mal (BARRETTO, 2013, p. 323).

Assim, as escolhas das gerações presentes afetam diretamente o futuro das próximas gerações, com suas ações e decisões. Essa ideia é sustentada também pelo filósofo Hottois (2001, p. 390), pois:

O nosso poder de produzir, de modelar e de afectar o futuro é enorme. Excede a capacidade de reequilibração ou de integração da natureza que, ainda há pouco, tomava de certa forma conta de si mesma. Hoje em dia, a acção colectiva tecnocientificamente equipada pode afectar a natureza de maneira irreversível e potencialmente catastrófica para essa natureza e para a humanidade.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2.ed. rev e ampl. Porto Alegre: Do Advogado, 2013, p. 59.

Dessa forma, a tecnologia pode limitar as escolhas das gerações futuras, pois elas não terão as mesmas condições das atuais. Essa possibilidade de alteração da natureza humana e da extra-humana pelo avanço da tecnologia pode desencadear o fim da herança da evolução passada (BARRETTO, 2013, p. 325). O futuro que aqui se refere, não é um futuro breve, mas aquele que está por vir, ou seja, de gerações que ainda não existem, mas que devem ser protegidas a partir de tomada de decisões presentes.

Nesse contexto, identificam-se pelo menos dois sistemas parciais da sociedade global que se colocam em destaque nos debates: Ciência e Direito. O primeiro, porque inclui as comunicações sobre o código verdade/não verdade (ainda que isso se encontre relativizado na sociedade contemporânea) e no qual a técnica é elemento que se põe a serviço da recursividade do sistema. O segundo, porque a ele incumbe regular a expectativa sobre o comportamento social e para o qual são delegadas responsabilidades de permissão e impedimento das ações. É através dele que as expectativas de comportamento social se estabelecem a partir de seu código direito/não direito.

O contexto de futuro incerto faz com que o Direito precise levar em consideração o que prediz a Ciência, ainda que esta, também não seja mais a detentora de verdades como no passado. O que se assevera é que, diferentemente da Ciência, o Direito não pode se esquivar de decidir ou comunicar em contextos de incerteza, cabendo-lhe, a partir da condição presente e passada, fornecer respostas rápidas e adequadas para cada caso concreto.

Entretantes, é preciso compreender que as soluções fundamentais que deveriam ser trazidas pelo desenvolvimento da Ciência se transformaram em problemas essenciais. Como salienta Morin (2010) a Ciência não tem a missão de salvar o homem, mas possui o poder sobre o desenvolvimento futuro da humanidade. Aliás, por mais que a Ciência não tenha resposta para todas as questões, é o instrumento de que dispõe a humanidade para a tomada de suas decisões e na qual se apoia o sistema do Direito para decidir quando não há informações ou programas por ele já estabelecidos ou para os quais não compete ao Direito comunicar (MELO, 2012). É o caso da utilização forçosa dos pareceres técnicos que, posteriormente, serão decodificados internamente pelo Direito e, então transformados, à luz dos elementos jurídicos, em comunicação judicial.

Com efeito, Jasanoff (1995, p. 7, tradução nossa) destaca que Direito e Ciência “são frequentemente descritos em termos binários: a Ciência busca a verdade, enquanto a lei faz justiça; a Ciência é descritiva, mas a lei é prescritiva; a Ciência enfatiza o progresso, enquanto a lei enfatiza o processo”. Deste modo, extrai-se que a ciência enfatiza o progresso e à inovação enquanto o Direito enfatiza o

processo. Isto ocorre “[...] em razão do Direito temporalizar a sua complexidade por processos administrativos ou jurisdicionais [...]” (CARVALHO, 2013, p. 125). É por isso que:

Distintamente da Ciência, o Direito, que é materializado pelo processo judicial, exige, pois decisões, devendo ser limitado temporalmente. Assim, um cientista, em face da ausência de evidências científicas conclusivas, continuaria a pesquisar, enquanto no Direito, o processo de tomada de decisão baseia-se na prova produzida nos autos e deve ter uma decisão mesmo diante da ‘ausência de provas’ (conclusivas) (CARVALHO, 2013, p. 126).

Dessa maneira, observa-se que a Ciência possui bem mais capacidade em lidar com a incerteza científica do que o próprio Direito. Enquanto a Ciência busca comunicar sobre o que é verdadeiro ou falso sobre o meio, ainda que hoje tenha se alterado para meras probabilidades, o Direito possui a função de controle social, lidando com normas, solucionando conflitos com base em princípios constitucionais, leis, institutos dogmáticos etc. Portanto, as informações científicas serão analisadas “segundo os critérios de validade autolegitimados pelo Direito que procura, seletivamente, nestes elementos informações que lhe sirvam operacionalmente para a construção de sentido jurídico” (CARVALHO, 2013, p. 126-127). Ou seja, é possível concluir que o Direito depende da Ciência para poder decidir em situações de incerteza.

Da mesma forma que existem muitas possibilidades relacionais, muitas também são as expectativas. Afinal, para Luhmann (1998, p. 48): “*Complejidad [...] significa coacción a seleccionar. Coacción a seleccionar significa contingencia, y contingencia significa riesgo*”. Portanto, o sistema há que realizar escolhas que geram riscos (contingência). Todavia, não há garantia de escolha certa ou decisão correta em meio a estas possibilidades inúmeras (dupla contingência).

Ora, o Direito não pode usar o princípio *non liquet* apenas por não encontrar a resposta jurídica para fazer o julgamento das demandas a ele apresentadas em situações de incerteza. As questões levadas aos Tribunais devem ser decididas obrigatoriamente, haja respaldo legislativo ou não. Ademais, Canotilho (2003) o problema no Direito está em saber se podem ser feitas escolhas racionais de decisões em situações de incerteza, destacando-se que a dificuldade está em instituições de democracia e justiça de risco que passam também pela articulação de vários subsistemas, entre os quais: científico, econômico, político e jurídico.

No que diz respeito às tutelas ambientais, o que se exige é exatamente que sejam levadas em consideração as consequências futuras, que nada mais são do que os riscos (CARVALHO, 2013, p. 51). O risco nada mais é do que algo incerto,

em que certa ocorrência não depende exclusivamente da vontade dos interessados, sendo alguma coisa que pode vir a acontecer e trazendo consigo consequências. Por isso:

Os riscos ambientais devem ser vislumbrados como um meio comunicativo para construir observações acerca do futuro do ambiente. O risco é uma forma observacional cujo sentido é decorrente da sua distinção com a ideia de perigo, possibilitando a comunicação orientada de forma construtivista e geradora de vínculos com o horizonte do futuro, programando as ações em sociedade, a partir de decisões jurídicas (LEITE; FAGÚNDEZ, 2007, p. 80).

Risco e futuro seguem imbricados, pois o risco poderá determinar eventual ameaça futura. A noção de risco, desta forma, potencializa o Direito Ambiental “e sua interação com o sistema econômico (co-evolução), mediante a observação das possíveis consequências ecológicas (futuras) emanadas e decorrentes das decisões jurídicas (e econômicas)” (LEITE; FAGÚNDEZ, 2007, p. 80). Nesse sentido, é importante observar os riscos advindos das escolhas do Direito ao decidir. Isto porque toda vez que o Direito escolhe uma possibilidade entre muitas outras, assume o risco e, por conseguinte, esse risco vai produzir o futuro.

É, portanto, nesse policontexto, que ganha força o conceito de ecocomplexidade, já que as relações socioambientais se complexificam na medida em que os riscos advindos dos avanços tecnocientíficos expõem homem e ambiente a potenciais danos futuros. Aliás, de acordo com Leite e Fagúndez (2007, p. 77): a “incerteza científica que engendra os riscos ecológicos decorrentes da utilização e desenvolvimento das novas tecnologias” é um resultado lógico da ecocomplexidade.

Assim, a ecocomplexidade pode ser entendida como sendo:

[...] uma forma de complexidade altamente potencializada por dizer respeito a relações mantidas entre um sistema que opera numa unidade de referência (no caso da Sociedade, comunicação) e um ambiente que tem outra unidade operacional (como é o caso do ambiente orgânico, que tem como unidade reprodutiva a vida) (LEITE; FAGÚNDEZ, 2007, p. 77).

Portanto, é a partir desta ótica que as relações entre Direito e Ciência e, em especial as decisões oferecidas pelo sistema jurídico pautadas nas comunicações científicas devem ser observadas. Sobretudo, quando se decide com efeitos em longo prazo e sob os quais não se tem controle ou certeza. Nesse tocante, Canovalho (2003) destaca que as deliberações políticas democráticas precisam estar atentas a esses múltiplos e enredados contextos sociais. Ao mesmo tempo em que as leis da hipercomplexidade precisam ser consideradas fortemente, por outro, justificam até mesmo a oposição a certas tomadas de decisão.

3 O DIREITO E A PREOCUPAÇÃO COM AS GERAÇÕES FUTURAS

A proteção das futuras gerações na área ambiental teve seu início marcado em 1916, quando foi promulgada, nos Estados Unidos, a Lei de Criação e Proteção dos Parques Nacionais. Nessa ocasião, foi estabelecido o dever de “conservar a paisagem e a vida silvestre, de modo a protegê-los para o desfrute das futuras gerações” (CARVALHO, 2006, p. 352). Já na esfera internacional, a Convenção Internacional para a Regulação da Captura da Baleia, que aconteceu em 1946, reconheceu, no § 2º do Preâmbulo daquele Tratado, que “o grande recurso natural representado pelas baleias” é primordial e deve ser protegido para as gerações futuras. Já, em 1972, a Conferência da ONU sobre os Direitos Humanos emitiu uma Declaração, tendo o Princípio 17 estabelecido que “Deve ser confiada, às instituições nacionais competentes, a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente” (ONU, 1972).

Dessa forma, é relevante trazer ao debate no que consiste a preocupação com as gerações futuras ou vindouras. Hottois (2001, p. 389) descreve o Direito das gerações vindouras como aquilo que “evoca geralmente a nossa responsabilidade ou os nossos deveres com o futuro a médio ou a longo prazo da humanidade”. E a referência às gerações vindouras nada mais é do que “[...] solidária do surto de desenvolvimento da ciência moderna colocada sob o signo da acumulação progressiva de descobertas e de invenções destinadas a melhorar gradualmente a condição humana” (HOTTOIS, 2001, p. 389).

O pressuposto inicial é evitar que as futuras gerações venham a acusar as gerações presentes de causarem tristeza/desgraça, com atitudes que possibilitem arruinar o mundo ou a constituição humana com uma ação descuidada ou até mesmo imprudente. Com efeito, as gerações presentes devem se compreender como “agentes causais”, desembocando no compromisso com as gerações futuras, tendo em vista “a responsabilidade por nossos atos cujas dimensões impliquem repercussões de longo prazo” (JONAS, 2011, p. 91-92).

A ação do homem impactou mudanças ambientais nas últimas décadas. Desse modo, forçoso colocar em análise às modificações históricas entre o homem e a natureza. Jonas ressalta que “tanto o conhecimento quanto o poder eram por demais limitados para incluir o futuro mais distante em suas previsões e o globo terrestre na consciência da própria causalidade” (JONAS, 2011, p. 22). Assim, prevalecendo a ideia de que deve haver um comprometimento das gerações presentes com as futuras, por intermédio de um dever solidário da humanidade com todo o planeta, é essencial buscar a preservação e a manutenção do meio visando assegurar o atendimento às necessidades do homem e, em consequência, de

outras espécies. Afinal, a humanidade integra a natureza, possuindo com ela um elo, pois sem a natureza não haverá condições de manter a vida no planeta. Em razão disso, é necessária uma ética solidária (WOLKMER; LEONARDELLI, 2013).

É o que se pode chamar de ética da responsabilidade cunhada por Hans Jonas e que deve ser utilizada quando se trata de gerações que estão por vir.

Em uma perspectiva verdadeiramente humana, a natureza conserva a sua dignidade, que se contrapõe ao arbítrio do nosso poder. Na medida em que ela nos gerou, devemos fidelidade à totalidade de sua criação. A fidelidade ao nosso Ser é apenas o ápice. Entendido corretamente, esse ápice abrange todo o restante. [...] Mas, se o dever em relação ao homem se apresenta como prioritário, ele deve incluir o dever em relação à natureza, como condição da sua própria continuidade e como um dos elementos da sua própria integridade existencial (JONAS, 2011, p. 229-230).

Isto ocorre porque é a humanidade que vai definir se existirá ou não a manutenção ou a preservação do ambiente, tendo em vista que são os humanos que tem o poder em suas mãos, a faculdade para decidir qual caminho seguirá. Por esses motivos, as decisões do *ser humano* afetam o ecossistema, sendo conferida a espécie humana um 'mandato limitado' sobre a natureza (WOLKMER; LEONARDELLI, 2013). Por isso, a preocupação com as gerações futuras tem como primeira exigência o dever de não sermos abusivos, uma vez que "[...] o desenvolvimento tecnológico pode restringir a liberdade de escolha das gerações futuras, pois estas já não terão as mesmas condições que nós temos hoje" (BARRETTO, 2013, p. 325). Portanto, sobressai um novo imperativo de conduta capaz de dar conta da preocupação com as futuras gerações e que é adequado ao novo contexto, qual seja:

Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra'; ou, expresso negativamente: 'Aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida'; ou, simplesmente: 'Não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra'; ou, em um uso novamente positivo: 'Inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer' (JONAS, 2011, p. 47-48).

A preocupação com as gerações futuras está imbricada com a evolução da proteção ambiental, tanto que tem sua origem a partir de uma ética para com o ambiente. Nesse sentido, Hottois (2001, p. 389-390) informa que:

[...] esta nova forma contemporânea, a preocupação com as gerações vindouras está intimamente associada ao nascimento e ao desenvolvimento da ética ambiental e não é, de modo algum, anterior aos anos

70. Os problemas que começaram por chamar a atenção foram os do crescimento demográfico, do esgotamento dos recursos (primeiro energéticos, mas também naturais em geral e, progressivamente, biológicos ou genéticos, da poluição (radioactividade, armazenamento de resíduos nucleares; mais recentemente, o dióxido de carbono com efeito de aquecimento atmosférico, a camada de ozono) e, por fim, de uma forma mais global, a gestão mais prudente e sensata da biosfera.

Ou seja, a atenção para com o futuro das gerações humanas e suas garantias, não tem mais do que quatro décadas, e tem sua positivação máxima no Brasil logo na sequência com a Constituição Federal de 1988 (CF). Logo, a categoria *futuras gerações* consiste em uma semântica construtivista que tem a função de oferecer parâmetros para análise dos critérios constitucionais para decisões jurídicas e políticas acerca da aceitabilidade ou não dos riscos ambientais (CARVALHO, 2013, p.69). Mas somente a superação de uma visão antropocêntrica sobre o ambiente é que permitirá uma proteção mais integral que é essencial para uma melhor gestão do risco ambiental e para uma sustentabilidade. Sem essa mudança de paradigma, o meio ambiente permanece sendo apenas um instrumento de uso do ser humano (ENGELMANN; WITTMANN, 2015).

A existência desse compromisso intergeracional² se dá pelo fato de que o meio ambiente deve ser utilizado de maneira consciente, a fim de possibilitar o uso pelas futuras gerações. Destarte:

A inserção do horizonte futuro e suas indeterminações no processo de tomada de decisão jurídica é obtida através de instrumentos, tais como a equidade intergeracional, que efetuam a ocultação de um paradoxo fundante da teoria do direito moderna: a construção do futuro por meio do direito passado. A consciência do potencial construtivo do direito ambiental é fundamental para o intérprete, que, mediante os princípios da prevenção, precaução e equidade intergeracional, deve inserir o horizonte futuro (necessidades ambientais das futuras gerações) em suas pré-compreensões decisórias. Essa racionalidade dúplice (programação condicional e finalística) fomenta a abertura do direito para a consideração do futuro nas suas decisões, e a equidade intergeracional atua exatamente como elemento propulsor da comunicação jurídica acerca do risco em matéria ecológica (CARVALHO, 2013, p. 69).

De fato, o ser humano deve conservar o meio ambiente e entregá-lo em condições adequadas para as futuras gerações mediante o estabelecimento de um compromisso entre presente e futuro. Para tanto, a observação da ecoComple-

² Aqui se toma o compromisso com as presentes gerações como intrageracional e intergeracional quando se trata de gerações futuras.

xidade pelo Direito tem seu potencial asseverado quando precisa decidir sobre questões que possam envolver danos futuros. E isso põe em cheque a relação que o Direito tem com o futuro e como passado já que o Direito é preponderante e historicamente voltado para a tradição, para a decisão presente com base em acontecimentos e experiências passadas.

4 ECOCOMPLEXIDADE E COMPROMISSO CONSTITUCIONAL: DIREITO FUNDAMENTAL ÀS GERAÇÕES VINDOURAS

O princípio da equidade intergeracional (opções, qualidade e acesso) encontra-se previsto normativamente na CF em seu art. 225 que estabelece o meio ambiente como “[...] bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988). Assim, esse princípio atua diretamente no sistema do Direito como um programa condicional, ou seja, promove uma interação entre a programação condicional do Direito (fundada no horizonte do passado para as tomadas de decisão no presente) e a programação finalística (cada vez mais há necessidade de que as tomadas de decisão no Direito levem em consideração valores sociais, tais como dignidade humana, meio ambiente, riscos globais, etc.) (CARVALHO, 2013, p. 69).

De acordo com Rodrigues (2009) a Constituição cidadã é igualmente uma constituição verde, mas só faz jus àquele título porque abraçou o compromisso imprescindível de proteção ao meio ambiente. Este evento foi considerado um marco histórico, pois as Constituições pretéritas não tiveram preocupação com o meio ambiente de maneira específica e global, ou seja, nunca se teve, anteriormente, a expressão ‘meio ambiente’, demonstrando despreocupação com o espaço em que vivemos (MILARÉ, 1991).³ De qualquer forma, a CF estabeleceu um dever jurídico de proteção ambiental, cuja titularidade recai tanto ao poder público quanto aos particulares (BASTOS, 1995). Entrementes, a norma constitucional tem um caráter duplo, estabelecendo um direito objetivo ao poder público e um direito subjetivo à sociedade, mas que funciona também como direito-dever (WOLKMER; LEONARDELLI, 2013).

A definição do meio ambiente como um direito fundamental subjetivo está imbricada com um dever de proteção do Estado e de toda a sociedade civil, insti-

³ Em verdade foi o direito internacional e não o constitucionalismo quem liderou o processo de conscientização jurídica a respeito do direito humano. Isso porque a dimensão dos problemas ambientais é alheia às fronteiras geopolíticas. Somente a partir de documentos jurídicos a Declaração de Estocolmo, de 1972, e o Informe de Brundtland, de 1982, confeccionado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas é que a proteção ao meio ambiente ganha contornos irrefutáveis que indicam a exigência de um desenvolvimento sustentável. Cf. RODRIGUES, 2009, p. 2.345.

tuindo um verdadeiro “Estado constitucional ecológico”. Todavia, é vital que seja definido o objeto protegido constitucionalmente (meio ambiente), de maneira que o Direito deve dialogar com outras fontes científicas. Isso porque, “muitos dos conceitos fulcrais da tutela do meio ambiente advêm de outras searas de conhecimento, o que reforça a tese de que existe uma verdadeira comunidade aberta de intérpretes da norma constitucional” (WOLKMER; LEONARDELLI, 2013. p. 213).

Assim, para se alcançar a definição do objeto protegido pela norma constitucional o direito não oferece todas as respostas, devendo ser trazidas a exame as noções de Ecologia, de Direito Constitucional e Internacional, proporcionando evoluções em noções tradicionais, como soberania, direito de propriedade, interesses público e privado etc. (MORAES, 2010). Isso demonstra novamente a necessária relação entre o sistema do Direito e da Ciência, uma vez que é necessário observar os eventos ambientais com potencial danoso futuro de forma interdisciplinar, impondo ao intérprete e julgador colocar-se em abertura com o que comunicam os demais subsistemas sociais.

Dessa forma, o Direito Constitucional vem acompanhando o esforço doutrinário de leitura da observação da complexidade ambiental “no sentido de alicercar a determinação jurídica dos *valores limite do risco* ambientalmente danoso através da exigência da proteção do direito ao ambiente segundo o *estádio mais avançado da ciência e da técnica*” (CANOTILHO, 2015, p.31).

Além disso, é preciso levar em consideração o princípio da solidariedade posto que é elemento indissociável da equidade intergeracional reconhecendo-se, todavia, a dificuldade em promovê-la, tendo em vista a necessidade de adoção de uma lógica de longo prazo sobre a satisfação de interesses mais imediatistas da comunidade. Por outro vértice:

O direito ao meio ambiente já nasceu rompendo com o paradigma de que direitos são atribuíveis a quem já nasceu ou tem potencial para tanto. A categoria jurídica das futuras gerações tem uma abrangência muito maior do que a do nascituro, que era o máximo de proteção prospectiva, dispensada pelo direito. No conceito de gerações futuras se englobam todos aqueles que estão por vir, não importa quando e onde, na certeza de que serão os usufrutuários do meio ambiente que nós lhe legarmos, assim como somos herdeiros das relações travadas com o meio ambiente pelos que nos antecederam (RODRIGUES, 2009, p. 2348)

Destarte, é possível assentar que o passado, o presente e o futuro da humanidade estão interligados entre si, não apenas biologicamente, mas também através de um compromisso ético e moral indeclinável, tendo como uma de suas

bases o dever de solidariedade,⁴ de modo a irradiar garantias, mormente na questão ambiental.

Destacado isso, a tarefa de compreender a ideia do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental pertencente às presentes, mas, sobretudo, às futuras gerações, torna-se especialmente dificultosa. Em que pese para Sarlet (2003, p. 41) o jusnaturalismo apontar que “o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis”, é cediço que os direitos fundamentais são produtos históricos, isto é, exsurgem com avanço civilizatório humano (BOBBIO, 1992).

Para Bastos (1995, p. 151-152), os direitos individuais, também compreendidos como liberdades públicas ou direitos humanos, formaram-se no decorrer da história humana, de modo que o seu significado somente pode ser compreendido a partir do longo processo pelo qual tais direitos foram adquiridos. A dificuldade de conceituação sintética e precisa dos direitos fundamentais decorre justamente da ampliação e transformação dos mencionados direitos no envolver histórico (SILVA, 2006, p. 175). No que diz respeito, especificamente ao direito ambiental, a conceituação de direito fundamental ainda é insuficiente para uma compreensão razoável do tema. Se, de fato, os direitos fundamentais são produtos da história, é natural que eles sejam declarados e reconhecidos de acordo com o progresso humano. É por isso que, hodiernamente, os direitos fundamentais até então reconhecidos são identificados em gerações/dimensões.

Nesse sentido, Bonavides (2008, p. 569) trabalha com o conceito de geração de direitos fundamentais, estabelecendo que “se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade”⁵. Para Sarlet (2003, p. 50):

[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.

O que interessa para a pesquisa é o fato de os direitos reconhecidos como a terceira geração/dimensão dos direitos fundamentais, terem como fundamento

⁴Indispensável ressaltar que, ao decidir sobre questões com implicação futura, o Direito levará em consideração os princípios da prevenção e da precaução, aqui somente citados, haja vista o foco da pesquisa.

⁵Porém, em sua obra, o autor faz alusão a cinco gerações de direitos fundamentais. Cf. BONAVIDES, 2008, p. 570-594.

a solidariedade ou fraternidade, pois de acordo com Moraes (2010, p. 32) “[...] os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade [...] englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida [...] e a outros direitos difusos”. Na lição de Bonavides (2008, p. 569), os direitos de terceira geração emergiram “da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”.

Com efeito, tais direitos carregam altíssimo teor de humanismo e de universalidade, fixando-se no final do século XX, sendo direitos que não são destinados de modo específico a um indivíduo, um grupo de pessoas ou de determinado Estado. Destinam-se, na verdade, “ao gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termo de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2008, p. 569). Assim, a titularidade dos referidos direitos é transindividual ou metaindividual, muitas vezes sem definição ou determinação, e que exigem, sobretudo, novas técnicas de proteção e garantia (SARLET, 2012, p. 262-263). Do mesmo modo, o direito ao meio ambiente saudável e sustentável consubstanciam direitos de terceira geração, identificados como ‘direitos dos povos’ e que, não raro, também são apontados como direitos de quarta geração. Canotilho (2003, p. 386) afirma, ainda, que tais direitos “pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um [...]” o que demonstra a noção de transterritorialidade da proteção ambiental. Assim, não só o Estado, mas todos os cidadãos têm o dever de fornecer meios para que seja dado esse direito ao “meio ecologicamente equilibrado” e também, se espera da sociedade participação para a preservação do meio ambiente para as futuras gerações.

Por todo o exposto, é possível afirmar com boa margem de certeza que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental. Então, observa-se que, com a obtenção do *status* de direito fundamental, o direito ambiental passou a dar uma função específica ao “Estado Democrático de Direito, no que tem sido denominado pela doutrina como Estado Democrático Ambiental” (RANGEL, 1994, *apud* CARVALHO, 2013. p. 44). O direito ao meio ambiente equilibrado é de fato um direito fundamental, social e difuso, pertencente a todos, inclusive às futuras gerações, sendo certo que “todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade, gozam do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em nosso país” (RODRIGUES, 2009. p. 2348).

Sob outro ângulo, é imperioso destacar que os direitos fundamentais e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, está diretamente imbricado com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da CF. Aliás, na percepção de Comparato (1997), a dignidade huma-

na deveria ser apresentada como o fundamento do Estado brasileiro e não como apenas um de seus pilares constitutivos. Do mesmo modo, não se pode falar em Estado Democrático sem o devido respeito aos atributos essenciais da pessoa humana expressos nos direitos fundamentais. Nesse sentido, não se pode negar que direitos como vida, liberdade e igualdade constituem as exigências mais fundamentais da dignidade da pessoa humana (COMPARATO, 1989).

Existe, pois, uma reafirmação da pessoa humana no plano normativo, notadamente na esfera ambiental, tendo em vista o estabelecimento da dignidade como importante fundamento da CF. O direito ao meio ambiente é voltado para a satisfação das necessidades humanas, muito embora também tutele a proteção da vida em todas as suas formas. O que denota a visão antropocêntrica que precisa ser superada por outra mais compatível com o direito ambiental apesar de que “a vida que não seja humana só poderá ser tutelada pelo direito ambiental na medida em que sua existência implique garantia da qualidade de vida do homem, uma vez que numa sociedade organizada este é o destinatário de toda e qualquer norma” (FIORILLO, 2012, p. 65-66).

Em contraponto, parece acertado o posicionamento de que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todos e que nele existe uma considerável mudança de paradigma nas disposições constitucionais, permitindo incluir no conceito de titularidade outros seres vivos, “[...] cada um em sua singularidade, sendo irrelevante que tenham uma utilidade específica para os seres humanos” (RODRIGUES, 2009, p. 2348). Até porque a subsistência do gênero humano no futuro com qualidade de vida “[...] que justifica a existência de um direito ao meio ambiente é a mais abrangente possível, e portanto, não se refere tão somente à vida humana, ao revés, engloba toda as formas de vida” (RODRIGUES, 2009, p. 2367).

É possível, assim, identificar que o progresso humano deu origem a novas necessidades, mas também novos deveres normativos, que se fundamentam, essencialmente, em valores éticos e morais incluindo as pessoas e todos os seres com mera expectativa de existência e que, a partir da CF já são titulares do direito fundamental citado. Inegavelmente, as gerações presentes têm grande responsabilidade nesse compromisso. Afinal, “cabe a todos nós honrarmos esta utopia possível, para que as futuras gerações possam continuar a aventura humana na Terra” (RODRIGUES, 2009, p. 2367).

Logo, com a necessidade de adequar-se à complexidade social, o Direito deverá ter a capacidade de institucionalizar o tempo de forma mais acelerada, sem que isso signifique um excesso de produção legislativa, mas, sobretudo, que seja uma capacidade de atribuição de sentidos para as coisas de forma mais flexível.

Uma missão de interpretação adequada dos preceitos Constitucionais e de novas funções para as políticas públicas.

Por isso, o uso do que há disponível na natureza bem como das tecnologias no presente precisam acompanhar quatro compassos de temporalização destacados por Ost (1999). Com o devido respeito à tradição e aos princípios basilares já estabelecidos no Estado de Direito (ligar o passado); com a observação do sistema social global e dos demais subsistemas da sociedade de modo que o Direito consiga observar o que já não cabe mais para esse tempo (desligar o passado); com a permissão da construção de um futuro por meio de programas compatíveis com o que é socialmente desejável norteados pelo contexto Constitucional e Democrático preocupado em oferecer às gerações futuras um ambiente ecologicamente equilibrado (ligar o futuro), desde que essa construção seja dotada de consciência e responsabilidade com a história humana/ambiental (desligar o futuro).

CONCLUSÃO

Ficou claro durante a pesquisa que o Direito precisa observar o que prediz a Ciência para decidir em situações de incerteza, o que é essencial para o cumprimento do imposto pelo *caput* do artigo 225 da CF. Nesse sentido, faz-se necessário que a percepção antropocêntrica, que tradicionalmente norteia as decisões, se altere para uma forma mais flexível e que leve em consideração a relação intrínseca entre homem e natureza.

Com isso, torna-se necessário à observação das situações de risco que podem ser irreversíveis para as futuras gerações. Isso coloca em cheque a forma como o próprio sistema do Direito observa o futuro e o contexto de incerteza por ele apresentado. A observação do futuro pelo Direito com a função de decidir no presente prospectando o direito das futuras gerações a terem um ambiente ecologicamente equilibrado não tem encontrado um aprofundamento doutrinário específico na teoria do Direito, o que é reflexo da própria condição de vinculação mais próxima com o passado deste sistema. Assim, a efetividade do preceito estabelecido no artigo 225 “*caput*” da Constituição Federal brasileira, dependerá de uma relação muito próxima do Direito e da Ciência bem como de leituras mais sofisticadas sobre o horizonte temporal social.

Nesse sentido, os princípios da precaução, prevenção, solidariedade, equidade intergeracional e responsabilidade sobressaem quando se trata de decidir questões que possam causar riscos para as gerações presentes, mas, sobretudo, para as que estão distantes e com as quais a presente geração tem o dever de

garantir qualidade de vida e preservação da condição do gênero humano. Para tanto, o Direito além de socorrer-se do que comunica a Ciência (que já não mais produz certezas), precisa colocar-se em abertura para alternativas decisórias pautadas em um novo imperativo categórico, no qual a ação seja compatível com a continuidade da vida humana no planeta.

REFERÊNCIAS

- BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente & direitos humanos*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos*. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. São Paulo: Instituto de estudos avançados da Universidade de São Paulo. 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2019.
- ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian. *Direitos Humanos e Novas Tecnologias*. Jun- diaí: Paco Editorial, 2015.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do direito processual ambiental*. 5. ed. rev. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HOTTOIS, Gilbert. Gerações Vindouras. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël (Org.). *Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente, biotecnologia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 389 -391.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.
- JASANOFF, Scheila. *Science at the Bar: law, science and technology in America*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

LEITE, José R. M.; FAGÚNDEZ, Paulo R. A. *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco*: aspectos jurídicos, técnicos e sociais. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais*: Lineamentos para uma teoria general. México: Anthropos, 1998.

MELO, Tibério Bassi de. *Sustentabilidade Ambiental*: racionalidade para garantia do direito ao futuro. 2012. 157f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

MILARÉ, Édis. *Legislação ambiental do Brasil*. São Paulo: APMP, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio De Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano*. Estocolmo: ONU, 1972. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acesso em: 14 dez. 2018.

OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Do meio ambiente. In: BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Walter de Moura (coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; LEONARDELLI, Pavlova Perizzollo. O princípio da equidade integracional no direito ambiental e a busca de uma ética da vida. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.8, n.1, 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5497>. Acesso em: 20 jan. 2019.

A POLÍTICA TARIFÁRIA E A SUA RELAÇÃO COM A INSERÇÃO DE USUÁRIOS(AS) NO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS(AS)

THE TARIFF POLICY AND ITS RELATIONSHIP WITH THE INSERTION OF USERS IN THE PUBLIC PUBLIC SERVICE OF COLLECTIVE TRANSPORTATION OF PASSENGERS(AS)

João Carlos Medeiros Rodrigues Junior

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico da Universidade do Extremo Sul Catarinense – PPGDS/UNESC. Professor e Coordenador do Curso de Graduação em Direito da UNESC. Pesquisador do NUPED/UNESC. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). Procurador Jurídico da FUCRI/UNESC.

Reginaldo de Souza Vieira

Doutor em Direito pelo PPGD/UFSC. Líder do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC). Professor Permanente dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Professor do Curso de Direito da Unesc. Membro Titular da Rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Advogado.

Submetido em: 18/04/2019

Aprovado em: 15/07/2019

Resumo: O estudo objetiva investigar, a partir do reconhecimento constitucional do transporte como um direito humano e fundamental social, a relação da política tarifária como mecanismo de acesso dos(as) usuários(as) ao serviço público municipal de transporte coletivo de passageiros(as), com respaldo no princípio da modicidade tarifária. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa com o emprego do método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, feita por meio da análise de conteúdo de dados secundários. A estratégia de pesquisa empregada foi a bibliográfica e legal. Os resultados da pesquisa apontam que a aplicação da modicidade tarifária, com o barateamento das tarifas cobradas no serviço público de transporte coletivo de passageiros(as), garante o acesso do(a) cidadão/cidadã a outros serviços públicos ofertados no espaço territorial do município, tais como: saúde, educação, assistência social, cultura e lazer. Neste sentido, é papel do gestor municipal buscar, quando formula e implanta a política tarifária, o devido equilíbrio entre os interesses econômicos em geral e os direitos sociais dos(as) usuários(as) do serviço público.

Palavras-chave: Transporte coletivo de passageiros(as); serviço público; políticas públicas; política tarifária; direitos fundamentais.

Abstract: *The study aims to investigate, based on the constitutional recognition of public passenger transport as a human and fundamental social right, the relation of the tariff policy as a mechanism that grants the access to the public passenger transport, with support on the principle of tariff affordability. Therefore, a research was developed using the deductive method, through a qualitative approach, through the analysis of secondary data content. The research strategy employed was bibliographic and legal. The results of the research indicate that the application of the tariff affordability, with reduction on tariffs in the public passenger transport, grants the citizen's access to other public services offered in the territorial area of the municipality, such as health, education, welfare, culture and leisure. This way the municipal manager must to seek, when formulating and implementing the tariff policy, the proper balance between the economic interests in general and the social rights of the users of the public service.*

Keywords: *Public passenger transport; public service; public policy; tariff policy; fundamental rights.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O serviço público municipal de transporte coletivo de passageiros(as). 3. O princípio da modicidade tarifária. 4. As políticas tarifárias específicas e os seus reflexos no acesso dos(as) usuários(as) do serviço público municipal de transporte coletivo de passageiros(as). Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 90/2015, o direito humano ao transporte foi reconhecido como um direito fundamental de caráter social no ordenamento constitucional brasileiro. Por conseguinte, esse reconhecimento constitucional reforça a obrigação estatal em todos os níveis federativos de propor, construir e executar políticas públicas que concretizem este direito.

Ao falarmos de políticas públicas, estamos tratando do Estado em seus níveis federativos em ação, ou seja, da concretização de serviços, programas e ações que respondam às demandas da sociedade, as quais podem ser formuladas com ou sem ela (BUCCI, 2013; FERNÁNDEZ, 2004; SOUZA, 2006; SOUZA, 2007; SCHMIDT, 2008; GIANEZINI, BARRETO, VIEIRA, 2015). Ademais, em relação à temática deste estudo, do papel do controle social (a exemplo dos conselhos de transporte coletivo) no acompanhamento e na fiscalização da execução e dos resultados desta política pública.

Em especial, é nos municípios que a realização do acesso a um serviço de que transporte coletivo de qualidade e com uma tarifa compatível torna-se mais presente, o que impõe, inclusive, a estes entes federativos, a elaboração de um Plano de Mobilidade Urbana, na esteira do disposto na Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei Federal nº 12.587/2012).

Neste sentido, o essencial equilíbrio entre a garantia de acessibilidade de todos(as) à mobilidade urbana e o custeio dos serviços de transporte coletivo de passageiros(as) é uma (ou deveria ser) pauta constante dos órgãos gestores,

tendo de um lado, a capacidade financeira dos(as) usuários(as) e, de outro, as necessidades econômicas do serviço.

Ainda, é importante ser ressaltado que, na definição dos valores das tarifas de transporte coletivo de passageiros(as) e de seus reajustes, há um claro impasse entre os interesses dos(as) usuários(as) e dos prestadores privados. Tal contexto impõe ao ente público (na qualidade de agente responsável por esta política pública) o dever de encontrar soluções (políticas tarifárias) que visem a garantir a manutenção do sistema e um rendimento aceitável ao prestador do serviço público (quando a execução do serviço não seja feita diretamente pelo ente público), mas também acessível e módico aos(as) usuários(as).

Partindo dessas premissas que destacam a relevância da temática, surge a inquietação desta pesquisa, que tem o seguinte objetivo geral: investigar, a partir do reconhecimento constitucional do transporte como um direito humano e fundamental social, a relação da política tarifária como mecanismo de acesso dos(as) usuários(as) ao serviço público municipal de transporte coletivo de passageiros(as), com respaldo no princípio da modicidade tarifária.

Para tanto, no presente estudo, são desenvolvidos os seus objetivos específicos, que são apresentados em três seções: a) os aspectos conceituais e normativos do serviço público de transporte coletivo de passageiros(as), abordando sua essencialidade para que as pessoas possam se deslocar e acessar áreas de seu interesse e outros serviços públicos; b) os referenciais teóricos do princípio da modicidade tarifária; c) a análise de algumas políticas tarifárias específicas e os seus reflexos no acesso dos(as) usuários(as) deste serviço público na qualidade de direito fundamental social.

Este trabalho parte de um referencial interdisciplinar e de uma abordagem qualitativa sustentada no método dedutivo. Utiliza-se as estratégias de pesquisa documental, bibliográfica e legal.

2 O SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS(AS)

A política urbana, disposta nos artigos 182 e 183 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que veio a ser regulamentada pela Lei Federal nº 10.257 de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), se constituiu em um considerável avanço em termos de transporte urbano de passageiros(as). Ela estabeleceu, no inciso I do seu artigo 2º, que o transporte é um direito relacionado à concretização do direito à cidade sustentável, juntamente aos direitos à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, aos ser-

viços públicos, ao trabalho e ao lazer. Em continuidade, no mesmo artigo (inciso V), fez-se a previsão de que o transporte e os demais serviços públicos devam ser adequados aos interesses e às necessidades da população, e às características locais, até mesmo com relação às questões de acessibilidade (artigo 3º, inciso IV) (BRASIL, 2019d).

Nesta esteira, conforme disposto no artigo 30, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), o transporte coletivo de passageiros(as) é um serviço público de competência dos municípios, de caráter essencial e de interesse local, não podendo, portanto, o ente municipal deixar de prestá-lo aos municípios, sob nenhuma hipótese (BRASIL, 2019a).

Justen Filho entende que os serviços públicos se prestam à concretização de carências vinculadas a direitos fundamentais:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público (JUSTEN FILHO, 2014, p. 727).

Vale dizer, não basta a mera enumeração na CRFB/1988 do rol de direitos sociais fundamentais, é necessário o devido aparelhamento da máquina administrativa estatal e a formulação de políticas públicas adequadas à materialização destes direitos, sob pena de serem apenas falsas promessas.

A formatação conferida ao transporte pela CRFB/1988 tornou o serviço público de transporte urbano de passageiros(as) algo mais abrangente que simplesmente proporcionar o trânsito de pessoas entre origens e destinos diversos. Foi além disso: serviu de importante ferramenta, capaz de concretizar e ampliar direitos individuais e coletivos, oportunizando o direito à cidade e a todas as suas comodidades, como os demais serviços públicos.

O Estado é titular dos serviços públicos, por força do disposto no *caput* do artigo 175 da Constituição Federal, que reza: “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” (BRASIL, 2019a). Logo, cabe ao gestor público decidir apenas acerca da forma de execução dos mesmos, que pode ser direta ou sob o regime de concessão ou permissão.

A execução direta ocorre quando o Estado cumula as situações de titular e de prestador do serviço, atuando por meio dos entes federados (União, Esta-

dos-Membros, Municípios e Distrito Federal) e órgãos integrantes de suas respectivas estruturas (Ministérios, Secretarias, Departamentos e Coordenadorias) que possuem competência para exercer atividades típicas do Estado (CARVALHO FILHO, 2012, p. 343).

Já no regime de concessão e de permissão, a titularidade se mantém com o Estado, transferindo-se aos particulares – alheios, portanto, ao aparelho estatal – a mera execução material do serviço (MOREIRA NETO, 2009, p. 481). Neste regime, o Estado detém o poder-dever de regulamentar o serviço e controlar a sua execução.

Ademais, a Lei Federal nº 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, de que tratam o inciso XX do art. 21 e o art. 182 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conferiu aos municípios diversas atribuições específicas nesta seara, quais sejam: i) planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano; ii) prestar, direta, indiretamente ou por gestão associada, os serviços de transporte público coletivo urbano, que têm caráter essencial; e iii) capacitar pessoas e desenvolver as instituições vinculadas à política de mobilidade urbana do Município (BRASIL, 2019c).

O Município assume, desta forma, importante função na concretização do direito social fundamental ao transporte, que deverá, para além de apenas oferecer tal serviço público aos seus habitantes, elaborar o Plano de Mobilidade Urbana como instrumento de efetivação da Política Nacional de Mobilidade Urbana, sob pena de ficarem impedidos de receber recursos federais destinados à mobilidade urbana (BRASIL, 2019c).

3 O PRINCÍPIO DA MODICIDADE TARIFÁRIA

Os princípios jurídicos são normas que indicam determinada conduta a ser perpetrada por quem a ele se submete (MOREIRA NETO, 2008, p. 85). A violação de tais normas é muito mais grave do que violar uma lei, pois o raio de ação dos princípios é mais genérico, ou seja, ao deixar de observar um mandamento principiológico, o administrador público comete um atentado contra o ordenamento jurídico como um todo, e não apenas em face de um dispositivo de lei (MELLO, 2013, p. 54).

Dentre os princípios jurídicos que informam a atividade administrativa de prestação de serviços públicos, figura na literatura e no artigo 6º, § 1º da Lei Federal nº 8.987/1995, o da Modicidade Tarifária, que impõe ao gestor público o estabelecimento de políticas tarifárias com vistas ao atendimento da capacidade

econômica dos usuários, evitando a evasão por insuficiência financeira (BRASIL, 2019b).

A Modicidade Tarifária aparece mais recentemente no inciso VI do artigo 8º da Lei Federal nº 12.587/12: “A política tarifária do serviço de transporte público coletivo é orientada pelas seguintes diretrizes: [...] VI – modicidade da tarifa para o usuário” (BRASIL, 2019c). Constitui-se não como uma faculdade, mas uma condição de diretriz obrigatória (juntamente às outras oito) a ser seguida para a formulação da política tarifária de transporte público coletivo de passageiros.

Diógenes Gasparini (2010) defende que a modicidade tarifária obriga a administração pública a formular e aplicar políticas públicas que objetivem garantir taxas ou tarifas justas no serviço público:

A modicidade impõe sejam os serviços públicos prestados mediante taxas ou tarifas justas, pagas pelos usuários para remunerar os benefícios recebidos e permitir o seu melhoramento e expansão. Assim, os serviços públicos não devem ser prestados com lucros ou prejuízos, mas mediante retribuição que viabilize esses interesses. Em situações excepcionais, o Poder Público pode subsidiar seu custo ou consentir na utilização de outras fontes de receitas conforme facultado pelo art. 11 da Lei Federal das Concessões e Permissões de Serviço Público. Cabe à lei, nos termos do art. 175 da Constituição da República, instituir para essa remuneração a competente política tarifária (GASPARINI, 2010, p. 356).

Nos dizeres de Elias Freire (2007, p. 223), referido princípio exige que os serviços públicos sejam remunerados a preços razoáveis.

Desta forma, desde a elaboração do edital para a abertura do procedimento licitatório, passando pela decisão final (adjudicação) e durante a gestão do contrato, a administração pública deverá cuidar para que a tarifa não represente um valor que exclua os usuários do acesso ao serviço público, permitindo, inclusive, ao delegatário a possibilidade de obtenção de fontes de receita alternativas, complementares ou acessórias com vistas a desonerar a tarifa, para que a mesma não represente a única receita a suportar todos os custos decorrentes do serviço (ZIMMER JÚNIOR, 2009, p. 333-336).

A fixação do valor da tarifa deve atender às exigências do mercado – caso contrário, não haveria interessados em contratar com a administração pública – e à capacidade econômica dos(as) usuários(as), buscando proporcionar o mais amplo acesso ao serviço por parte de todos(as) aqueles(as) que dele necessitem, isto é, a definição do valor da tarifa a ser cobrada dos(as) usuários(as) deve considerar, além dos fatores econômicos envolvidos, os fatores sociais. Daí se afir-

mar que a concepção de uma tarifa módica depende da garantia ao delegatário de um lucro também módico (MOREIRA NETO, 2009, p. 478-479).

É a utilidade e a essencialidade do serviço público que impõem a fixação de um preço razoável para a tarifa respectiva, pois, de outro modo, seria dificultado ou até impossibilitado o amplo acesso do(a) cidadão/cidadã ao transporte coletivo (COELHO, 2004, p. 125).

Ocorre que, mesmo diante deste arcabouço de normas jurídicas impingidas à prestação do serviço público ora em comento, muitas pessoas não têm condições de pagar os custos das tarifas, e ficam impossibilitadas de usufruir desta importante comodidade, limitando-se ao entorno de suas moradias. Apesar da oferta de gratuidades e descontos concedidos para determinada categoria de usuários(as), ainda há uma parcela significativa que não tem acesso a tais benesses, como é o caso dos(as) desempregados(as) ou das pessoas de baixa renda, que acabam arcando com os custos das gratuidades e descontos oferecidos a um grupo seletivo, os quais são incluídos no cálculo da tarifa (FERREIRA; BARBOSA, 2016, p. 40).

A interpretação que a literatura especializada tem apresentado acerca do disposto no inciso IV, do artigo 175 da Constituição Federal (“IV – a obrigação de manter serviço adequado”), é de que a administração pública deve trabalhar no sentido de garantir a devida adequação do valor da tarifa à capacidade financeira dos(as) usuários(as) do serviço público. “[...] a obrigação de manter serviço adequado” nada mais é do que a necessária adaptação, não apenas do preço, mas especialmente deste, à realidade financeira dos indivíduos que vão receber do Estado a prestação do serviço (BACELLAR FILHO, 2005, p. 161).

Em suma, o princípio da modicidade tarifária está inserido no conceito de serviço adequado do art. 6º, §1º, da Lei Federal nº 8.987/1995, que dispõe:

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. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (BRASIL, 2019b).

Por conseguinte, o princípio da modicidade tarifária é norma de caráter cogente que impõe ao gestor público o dever de formular uma série de políticas públicas (políticas tarifárias). Estas, agindo em conjunto com outras políticas, vão garantir o acesso das pessoas ao serviço de transporte coletivo de passageiros(as) e, por consequência, aos demais serviços públicos oferecidos pelo Estado.

4 AS POLÍTICAS TARIFÁRIAS ESPECÍFICAS E OS SEUS REFLEXOS NO ACESSO DOS(AS) USUÁRIOS(AS) DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS(AS)

No caso específico do transporte coletivo de passageiros(as), a Lei Federal nº 12.587/2012 enumera no artigo 8º as diretrizes para a orientação da administração pública na formulação da política tarifária, quais sejam: promoção da equidade no acesso aos serviços; melhoria da eficiência e da eficácia na prestação dos serviços; ser instrumento da política de ocupação equilibrada da cidade, de acordo com o plano diretor municipal, regional e metropolitano; contribuição dos(as) beneficiários(as) diretos e indiretos para custeio da operação dos serviços; simplicidade na compreensão, transparência da estrutura tarifária para o(a) usuário(a) e publicidade do processo de revisão; modicidade da tarifa para o(a) usuário(a); integração física, tarifária e operacional dos diferentes modos e das redes de transporte público e privado nas cidades; articulação interinstitucional dos órgãos gestores dos entes federativos, por meio de consórcios públicos e estabelecimento e publicidade de parâmetros de qualidade e quantidade na prestação dos serviços de transporte público coletivo (BRASIL, 2019c).

Com vistas a observar o mandamento normativo do princípio da modicidade e garantir o amplo acesso ao transporte coletivo, a administração deve formular e aplicar a chamada política tarifária, cuja abrangência abarca uma série de outras políticas conexas e interdependentes que, atuando em sintonia, vão concretizar o princípio, possibilitando o amplo acesso de todos(as) os(as) interessados(as) no serviço público.

O dever de criar uma política tarifária está disposto na Constituição Federal (Art. 175, parágrafo único, inciso III) (BRASIL, 2019a), nos artigos 9º, 11 e 13 da Lei Federal nº 8.987/95 (BRASIL, 2019b), e no inciso III do artigo 22 da Lei Federal nº 12.587/12 (BRASIL, 2019c). A Lei Federal nº 8.987/95 traz em seu escopo, pelo menos, o indicativo de duas políticas tarifárias que poderão ser utilizadas pela administração pública. A primeira está prevista no artigo 11 e se consubstancia na possibilidade de criação de outras fontes de receita alternativas e complementares em favor da empresa concessionária. A outra, plasmada no artigo 13, viabiliza, à luz da isonomia, o estabelecimento de tarifas diferenciadas para grupos distintos de usuários(as). Ainda no texto constitucional – art. 208, inciso VII –, estabelece-se o dever do Estado com a educação básica e, paralelamente, impõe-se a criação de programas suplementares de transporte (BRASIL, 2019a).

Além de formular e implementar a política tarifária, os municípios deverão dar publicidade, através de divulgação periódica e sistemática dos benefícios ta-

rifários concedidos, e dos impactos nos valores das tarifas do transporte coletivo ocasionados por tais benefícios (BRASIL, 2019c).

Juan Miguel Velásquez (2009, p. 63), ao discorrer acerca dos fatores que incidem sobre a demanda do sistema Transmilênio (sistema de transporte público metropolitano de passageiros(as) em veículo leve sobre pneus – VLP) na cidade de Bogotá, afirma que os problemas de demanda são oriundos das políticas tarifárias colocadas em práticas para o transporte público coletivo. Para o autor, a diferença de preço entre as tarifas do Transmilênio e o transporte público por ônibus faz com que os(as) usuários(as) pertencentes a extratos sociais economicamente mais baixos migrem de sistemas de transporte diante de qualquer majoração nos valores das tarifas.

Ferreira e Barbosa (2016, p. 43) defendem que, nos horários em que não há ocupação máxima dos veículos, conforme estabelecido no contrato de concessão, é possível inserir usuários(as) sem o pagamento do valor integral da tarifa. Em pesquisa realizada no município de Belo Horizonte/MG, os autores concluíram que era viável incluir no sistema de transporte coletivo da cidade cerca de 100.000 (cem mil) pessoas diariamente, sem a necessidade do pagamento integral da tarifa.

O Ministério das Cidades corrobora este entendimento ao defender a redução direta dos valores das tarifas em dias e horários de menor demanda, o que tende a produzir melhor maximização e aproveitamento da estrutura operacional do serviço (MCIDADES, 2019, p. 177). Essa redução poderia acontecer nos horários fora de pico – à noite, por exemplo –, e também nos finais de semana, feriados e períodos de férias escolares.

O *discrímén* legal só é conveniente com a isonomia quando obedece aos seguintes elementos: atinja mais de um indivíduo; que as pessoas desequiparadas pela regra possuam traços diferenciados; que exista uma relação lógica entre os fatores diferenciais e a distinção estabelecida pela norma; e, por fim, que a diferenciação de tratamento seja fundada no texto constitucional (MELLO, 2010, p. 41).

Outra política de acesso ao transporte coletivo urbano, prevista na Constituição Federal – art. 230, § 2º –, é a garantia de gratuidade aos indivíduos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Esta isenção do pagamento de tarifa visa, dentre outras coisas, à participação do(a) idoso(a) na comunidade e à possibilidade de acesso aos demais serviços públicos disponibilizados pelo Estado (BRASIL, 2019a).

No entanto, a política de gratuidade para os(as) idosos(as) enfrenta crítica na literatura em razão do fato de que, no médio e longo prazos, o aumento do

número de passageiros(as) beneficiários(as) por tal política poderia ocasionar majoração no valor da tarifa, com elevação de seu “quantum” em cerca de 10% a 20%, caso seja mantido o sistema de subsídios cruzados – quando o custo do serviço é dividido entre os(as) usuários(as) pagantes por meio da majoração do valor das tarifas (PEREIRA et al., 2015, p. 101).

Ainda dentro da política das gratuidades, Zimmer Júnior, (2009, p. 334) defende a concessão de passe livre às pessoas com deficiência comprovadamente carentes, no viés de uma política de implementação de ações afirmativas.

Há diversos grupos de indivíduos beneficiados pelas gratuidades, regulamentadas por legislação municipal específica (crianças, idosos, estudantes, oficiais de justiça, carteiros, população indígena, guardas metropolitanos, policiais civis e militares fardados, pessoas com deficiência, dentre outros), porém, somente os(as) idosos(as) com idade superior a 65 (sessenta e cinco) anos é que possuem o benefício com previsão constitucional (PEREIRA et al., 2015, p. 109).

O Ministério das Cidades questiona a forma como é feito o custeio das gratuidades, já que, na maioria dos municípios, os(as) demais usuários(as) não beneficiários(as) da política (a maioria de baixa renda) arcam com a transferência deste ônus por intermédio da majoração do valor da tarifa média (MCIDADES, 2019, p. 177).

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) afirmou que os governos devem fazer o possível para que todas as crianças completem o ensino fundamental, perante auxílio às famílias pobres com as despesas de educação e transporte (UNESCO, 2015).

O subsídio nada mais é do que o repasse, por parte da administração pública, diretamente ao prestador do serviço público (delegatário) de percentuais correspondentes à parte do valor total das tarifas (ZIMMER JÚNIOR, 2009, p. 336). De acordo com o disposto na Lei Federal nº 12.587/12 (art. 9º, § 5º), o subsídio tarifário deverá ser coberto por: receitas extratarifárias; receitas alternativas; subsídios orçamentários; subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários(as) dos serviços de transporte, dentre outras fontes instituídas pelo poder público delegante (BRASIL, 2019c).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), entidade integrante da administração pública indireta federal, sugere uma nova concepção de modicidade tarifária. Para o Instituto, os contratos de delegação dos serviços de transporte coletivo de passageiros(as) deverão permitir que os usuários compartilhem com as concessionárias os ganhos econômicos, da mesma forma como ocorre com a manutenção do equilíbrio econômico financeiro quando os(as) usuários(as) di-

videm os impactos nos custos. Dessa maneira, tal qual acontece com o equilíbrio econômico financeiro que protege as concessionárias diante dos impactos nos custos, a modicidade tarifária traria benefícios aos(as) usuários(as) em razão do compartilhamento de ganhos econômicos (IPEA, 2007).

O Instituto sugere quatro alternativas para concretizar o conceito de modicidade tarifária:

- a) repassar à tarifa parte dos ganhos de produtividade da concessionária oriundos da redução de custos de manutenção e operação;
- b) compartilhar o risco do fluxo de veículos entre a concessionária e os usuários para que as variações da demanda sejam refletidas nas tarifas;
- c) compartilhar receitas alternativas, complementares, acessórias ou projetos associados entre concessionárias e usuários;
- e d) repassar à tarifa parte dos ganhos econômicos oriundos de redução do risco de crédito (IPEA, 2007).

Enfim, são diversas as políticas tarifárias que podem ser formuladas e implementadas pela administração pública. Cabe ao gestor público (preferencialmente ouvindo a sociedade) identificar as necessidades locais dos(as) usuários(as) do serviço e adequar as políticas a estas, avaliando constantemente sua eficácia e abrangência, criando novas políticas, formatando outras e extinguindo algumas, se preciso.

CONCLUSÃO

A contribuição da formulação e implementação de políticas públicas adequadas aos interesses públicos, para a concretização dos direitos sociais fundamentais, está diretamente ligada ao conhecimento que a administração pública possui acerca das carências coletivas relevantes. Dessa forma, diante das diversas possibilidades apresentadas tanto pela legislação quanto pela literatura, cabe ao gestor público elencar, com base em seu poder discricionário, quais são aquelas que melhor cumprem o seu desiderato de garantir o pleno acesso da população ao serviço de transporte coletivo urbano de passageiros(as).

Não são fáceis os desafios para assegurar a plenitude de acesso de todos(as) os(as) cidadãos/cidadãs aos direitos sociais fundamentais. Sabe-se que, sob o ponto de vista formal, isto já ocorreu, contudo, no campo material, ainda estamos distantes de alcançar este objetivo, devido à existência de políticas públicas deficitárias (muitas vezes, por falta de aporte financeiro adequado à sua execução, bem como falta de vontade política para a sua implementação), ou até da ausência delas.

A constante mutação dos interesses e das necessidades coletivas, especialmente no campo do transporte, está a exigir do Estado uma permanente elaboração de novas soluções que, no caso ora em estudo, consubstanciam-se na criação e implementação de políticas públicas (construídas com a efetiva participação da sociedade) capazes de fazer frente a essas demandas.

Assim, pode-se observar que a política tarifária consegue trazer importantes consequências do ponto de vista econômico e social, uma vez que contribui para o desenvolvimento das atividades econômicas dependentes do transporte de passageiros(as), tanto para o deslocamento de trabalhadores(as) quanto de consumidores(as), e também para o desenvolvimento socioeconômico, visto que, ao garantir o ingresso das pessoas ao transporte, proporciona o acesso aos demais serviços públicos disponibilizados no espaço urbano, na esteira no prescrito na CRFB/1988 e no Estatuto da Cidade. Logo, a modicidade tarifária, por meio do barateamento das tarifas de transporte coletivo e do acesso gratuito a uma parcela da população, garantida pela política tarifária, gera um impacto significativo na economia, permitindo o acesso do cidadão a serviços públicos essenciais: saúde, educação, assistência social, cultura, lazer, etc.

Sob esta ótica, afirma-se que a garantia de acesso ao transporte coletivo àqueles(as) usuários(as) pertencentes às classes sociais de baixa renda é uma forma eficaz e importante de justiça social, haja vista a natural aproximação feita pelo transporte entre a residência e o local de trabalho das pessoas.

Conduzir a coisa pública significa bem gerir, administrar de uma forma em que todos sejam beneficiados pelo Estado. É isto, justamente, o que o gestor municipal deve buscar quando formula e implanta a política tarifária: o devido equilíbrio entre os interesses econômicos em geral e os direitos sociais dos(as) usuários(as) do serviço público.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 7 abr. 2019a.
- 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, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 7 abr. 2019b.
- BRASIL. *Lei nº 12.587, de 03 janeiro de 2012*. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs-3.326, de 3 de junho

de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm. Acesso em: 11 abr. 2019c.

BRASIL. *Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 11 abr. 20198d.

BRASIL. Ministério das Cidades. *Caderno de Referência para Elaboração de Plano de Mobilidade Urbana*. Brasília: Ministério das Cidades, 2015. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSE/planmob.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva; SOARES, Ricardo Pereira. Concessões e a modicidade das tarifas. *Revista Desafios do Desenvolvimento*, Brasília, v. 4, n.35, 2007. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=897:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 4 mar. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERNÁNDEZ, Antoni. Las políticas públicas. In: BADIA, Miquel Carminal (Editor). *Manual de ciência política*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 460-482.

FERREIRA, Sérgio Silvestrini; BARBOSA, Heloisa Maria. Análise da ocupação veicular para a inserção de beneficiários no transporte coletivo urbano. *J. Transp. Lit.*, Amazonas, v. 10, n. 2, p. 40-44, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2238-1031.jtl.v10n2a8>. Acesso em: 7 abr. 2019.

FREIRE, Elias Sampaio. *Direito Administrativo: teoria, jurisprudência e 1000 questões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIANEZINI, Kelly; BARRETO, Letícia; VIEIRA, Reginaldo de Souza. Políticas públicas e seu processo de criação: apontamentos introdutórios. In: COSTA, Marli M. Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Orgs.). *Direito & políticas públicas*. Curitiba: Multidéia, 2015. p. 161-172.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rafael Henrique Moraes et al. Envelhecimento populacional, gratuidades no transporte público e seus efeitos sobre as tarifas na Região Metropolitana de São Paulo.

Rev. bras. estud. Popul, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 101-120, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-30982015000000006>. Acesso em: 6 mar. 2019.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 2307-2333.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 65-86.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos 2000-2015*. Brasília: UNESCO, 2015. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002325/232565por.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

VELASQUEZ, Juan Miguel. Análisis de factores que inciden en la demanda del sistema TransMilenio en Bogotá, Colombia. *Rev.ing.*, Bogotá, n. 30, p. 56-64, nov. 2009. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-49932009000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 6. mar. 2019.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

LINHA EDITORIAL

FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* estará permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceitará contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos interno e internacional.

SUBMISSÃO

Os trabalhos são recebidos em fluxo contínuo e devem ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

FORMATAÇÃO

Os **artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), devem obedecer às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos arábicos, com exceção da introdução, conclusão e referências, que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos

devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deve ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

AVALIAÇÃO

Todos os trabalhos submetidos são avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examina a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço

disponível para publicação. Após essa etapa, o texto é enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são doutores e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões são

enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.