

ORGANIZADORES

Pedro Abib Hecktheuer
Fabio Rychecki Hecktheuer
Marcia Abib Hecktheuer

Temas Emergentes em **DIREITO** CONSTITUCIONAL

AUTORES:

Carina Rodrigues Moreira
Cleverton Reikdal
Evanice dos Santos
Fábio Henrique Fernandez de Campos
Iara Vitória Pinheiro de Lima
Jessé Nogueira Gomes
Krys Kellen Arruda
Pedro Abib Hecktheuer
Sávio Antiógenes Borges Lessa
Victor Samuel Sá Ribeiro
Vinicius Batisti Stringhi
Vinicius de Assis
Walter Gustavo da Silva Lemos

ORGANIZADORES

Pedro Abib Hecktheuer
Fabio Rychecki Hecktheuer
Marcia Abib Hecktheuer

Temas Emergentes em **DIREITO** CONSTITUCIONAL

2019

AUTORES:

Carina Rodrigues Moreira
Cleverton Reikdal
Evanice dos Santos
Fábio Henrique Fernandez de Campos
Iara Vitória Pinheiro de Lima
Jessé Nogueira Gomes
Krys Kellen Arruda
Pedro Abib Hecktheuer
Sávio Antiógenes Borges Lessa
Victor Samuel Sá Ribeiro
Vinícius Batisti Stringhi
Vinicius de Assis
Walter Gustavo da Silva Lemos

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-93418-10-5



Apoio:



Edição



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986
Conhecimento a Serviço da Cidadania

PORTO VELHO/RO

Diretor da Emeron

Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia

Vice-Diretor da Emeron

Juiz Guilherme Ribeiro Baldan

Secretário Geral da Emeron

Alberto Ney Vieira SilvaOrganizadores

Organizadores

Pedro Abib Hecktheuer
Fabio Rychecki Hecktheuer
Marcia Abib Hecktheuer

Autores

Carina Rodrigues Moreira
Clevertton Reikdal
Evanice dos Santos
Fábio Henrique Fernandez de Campos
Iara Vitória Pinheiro de Lima
Jessé Nogueira Gomes
Krys Kellen Arruda
Pedro Abib Hecktheuer
Sávio Antiógenes Borges Lessa
Victor Samuel Sá Ribeiro
Vinícius Batisti Stringhi
Vinicius de Assis
Walter Gustavo da Silva Lemos

Expediente**Revisão**

Adriana Fernandes

Diagramação/Revisão

Alcides Marcelo Biliatto
Bruno Lopes Biliatto

Capa

Leila Mara de Souza Lima

Créditos

Este e-book foi possível por conta da articulação acadêmica para propagação do conhecimento científico entre a Faculdade Católica de Rondônia e a Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON.

Projeto de Fomento

Obra resultado de Convênio formulado entre diferentes órgãos de fomento, tais como Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Fundação Rondônia de Amparo ao Desenvolvimento das Ações Científicas e Tecnológicas e à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO), Faculdade Católica de Rondônia (FCR), Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (EMERON), o Ministério Público do Estado de Rondônia (MPRO), a Comissão dos Jovens Advogados (OAB/RO).

Bibliotecária responsável: Julia Cristina A. Meinhardt Queiroz CRB11^a 1027

T278 Temas emergentes em Direito Constitucional.-- Porto
Velho - RO : EMERON, 2019.
171 P.

1. Direito Constitucional. I. Hecktheuer, Pedro Abib.
II. Hecktheuer, Fábio Rychecki. III. Hecktheuer, Marcia
Abib. IV. Poder Judiciário do Estado de Rondônia Tribunal
de Justiça. V. Título.

CDD: Ed. 23 -- 342

APRESENTAÇÃO

Os Estados Modernos organizados sob a égide de uma Carta Constitucional trazem consigo a ideia de poder limitado, participação popular e poderes distribuídos. As normas constitucionais tornaram-se a barreira a ser suplantada pelas normas infraconstitucionais, uma vez que estas buscam naquelas seus fundamentos de validade. A ideia kelsiana de pirâmide escalonada de normas jurídicas (visão positivista estática) deu lugar a dimensão tridimensional do Direito de Reale (fundamento axiológico), concebendo um ordenamento entrelaçado, interdependente, sendo a Constituição seu vetor mestre.

Uma vez a Carta Constitucional ser o fator legitimante dos atos praticados por quaisquer dos Poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário – seus comandos devem ser executados para dar às normas constitucionais a eficácia que delas se espera. A Constituição deixou de ser um mero repositório de recomendações para se transformar em normas de aplicabilidade imediata e o mais integral possível, guiando as interpretações e decisões de administradores públicos, juízes e legisladores. A capacidade de ajustamento da Carta da República aos pleitos da sociedade atual deve-se à revolução no comportamento do intérprete, que toma por base os mais importantes Princípios da Hermenêutica Constitucional e os integra à realidade social. É o que ocorre com a Sustentabilidade, linha mestra da interpretação constitucional contemporânea.

Assim, a Faculdade Católica de Rondônia (FCR), a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), a Fundação Rondônia de Amparo ao Desenvolvimento das Ações Científicas e Tecnológicas e à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO), a Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, o Ministério Público do Estado de Rondônia, a Comissão Jovens Advogados e o Açaí com libras fomentaram e promoveram as pesquisas e as publicações com fim de compreender a estrutura constitucional à luz da Sustentabilidade.

É certo que as normas constitucionais devem receber a interpretação que maior efetividade lhes empreste, mas não é dado ao jurista usar de suas próprias idiossincrasias para "corrigir" o que, a seu sentir, está posto de modo inadequado na Lei Maior. Por isso, a importância de se debater acerca da constitucionalização dos direitos,

do crescimento econômico sob uma ótica constitucional, os atuais avanços energéticos, a sociedade de consumo diante da sustentabilidade, além do papel da Constituição Federal na proteção ambiental, uma vez que a mesma traz, ainda que implicitamente, o Princípio da Vedação ao Retrocesso ambiental.

Estas discussões certamente promovem a reflexão sobre a quão necessária é a promoção de estudos integrados entre economia, Constituição e sustentabilidade, já que suas análises isoladas não estão sendo capazes de impedir a proliferação de um desenvolvimento desigual com alta degradação ambiental.

É nesse espírito de trabalho e dedicação que temos a honra de apresentar a presente obra e registrar com os devidos méritos a qualidade dos trabalhos desenvolvidos, fruto de incontáveis horas de pesquisa e esforço intelectual de abnegados cientistas, tanto docente quanto discentes, engajados sempre no desenvolvimento da ciência na Amazônia brasileira.

Marta Luiza Leszczynski Salib
Professora de Direito Ambiental
Faculdade Católica de Rondônia

Pedro Abib Hecktheuer
Professor de Direito Constitucional
Faculdade Católica de Rondônia

SUMÁRIO

A NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN) SOBRE O <i>STREAMING</i>: Inconstitucionalidade da Lei Complementar 157 de 2016.	5
Victor Samuel Sá Ribeiro Pedro Abib Hecktheuer	
O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL SOB ANÁLISE DO NOVO ESTATUTO DA OAB	21
Jessé Nogueira Gomes Sávio Antiógenes Borges Lessa	
O DIREITO FUNDAMENTAL À MORTE DIGNA E A PROTEÇÃO JURÍDICA À VIDA	34
Vinícius Batisti Stringhi Walter Gustavo da Silva Lemos	
BEM VIVER DESCRITO PELO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO COMO UMA NOVA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA.....	53
Walter Gustavo da Silva Lemos	
ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CASA DE DETENÇÃO JOSÉ MÁRIO ALVES DA SILVA – URSO BRANCO – DE PORTO VELHO/RO À LUZ DO ARTIGO 41 DA LEI 7.210/84.....	72
Iara Vitória Pinheiro de Lima Sávio Antiógenes Borges Lessa Clevertton Reikdal	
REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	90
Krys Kellen Arruda Vinicius de Assis	
A INCONSTITUCIONALIDADE DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO AUXÍLIO-DOENÇA	103
Carina Rodrigues Moreira Pedro Abib Hecktheuer	
DOMINAÇÃO PATRIARCAL E CORRUPÇÃO BRASILEIRA: DESDEMOCRATIZAÇÃO SOB UM CENÁRIO DE SUPERAÇÃO PELA EXPANSÃO DE LIBERDADES.....	122
Fábio Henrique Fernandez de Campos	
LIBERDADE E BEM ESTAR SOCIAL EM AMARTYA SEN	138
Evanice dos Santos	

GOVERNANÇA E SUSTENTABILIDADE: UM ESTUDO BIBLIOGRÁFICO SOBRE A GOVERNANÇA AMBIENTAL	153
Mário Jonas Freitas Guterres	
TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE	170

A NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN) SOBRE O *STREAMING*: Inconstitucionalidade da Lei Complementar 157 de 2016.

Victor Samuel Sá Ribeiro¹

Pedro Abib Hecktheuer²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo demonstrar que não há incidência do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISSQN na disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet (streamings) e que a Lei Complementar n. 157 de 2016 é inconstitucional por inserir à lista anexa da Lei Complementar 116/2003, o streaming como serviço tributável pelo ISSQN. Busca-se, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, examinar a natureza jurídica do ISSQN, focada na terminologia de serviço sob a ótica do direito brasileiro. Para isso, fez-se necessário, também, o estudo do funcionamento do streaming com a finalidade de deixar explícito que essa ferramenta não se trata de um serviço, assim impedindo que o ISSQN incida sobre o mesmo e configurando sua inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Streaming. Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza. ISSQN. Inconstitucionalidade

ABSTRACT

This article aims to demonstrate that there is no incidence of the ISSQN Service Tax Of Any Kind on the availability, without definitive assignment, of audio, video, image and text content through the internet (streamings) and that the Complementary Law n. 157 of 2016 is unconstitutional for inserting into the attached list of the Supplementary Law 116/2003, streaming as a service taxable by ISSQN. We seek, through bibliographical and jurisprudential research, to examine the legal nature of ISSQN, focused on service terminology under Brazilian law. For this, it was also necessary to study the operation of streaming in order to make explicit that this tool is not a service, thus preventing the ISSQN from acting on it and configuring its unconstitutionality.

Keywords: Streaming. Service Tax of Any Kind. ISSQN. Unconstitutionality

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Porto Velho, Rondônia, victor.ribeiro@sou.fcr.edu.br.

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Mestre em Direito Socioambiental e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO); Líder dos Grupos de Desafios Socioambientais, Saberes e Práticas na Amazônia e Direitos Fundamentais e Políticas Públicas; Advogado. Porto Velho, Rondônia. E-mail: pedro@fcr.edu.br.

Introdução

O início do século XXI é caracterizado pelo grande salto da tecnologia, os avanços nunca foram tão velozes como nessa era. A sociedade foi impactada por várias inovações que repentinamente transformaram suas vidas. O advento da internet, o aprimoramento dos computadores, o surgimento e popularização dos *smartphones*, podem ser considerados as mais expoentes revoluções dessa nova fase da humanidade. A invenção do mp3 e do *download*, contemporâneo a essas inovações, sacodiu a indústria musical e cinematográfica, pois com as facilidades obtidas por meio destas ferramentas, as pessoas passaram a construir seu acervo de mídia virtualmente. Posterior, mas não distante a esses fatos, está a disseminação dos novos meios de compartilhamento de mídia audiovisual por meio da tecnologia do *streaming*, tecnologia usada por empresas como *Netflix*, *Spotify* e muitas outras.

Desde seu surgimento, as empresas exploradoras da tecnologia do *streaming* viram o número de seus assinantes aumentar em larga escala. Segundo a Forbes Brasil³, a *Netflix* tem hoje uma estimativa de 118 milhões de usuários ao redor do mundo, com expectativa de alcançar 228 milhões em uma década. Em entrevista ao Estadão⁴, Erik Barmack, estimou que o Brasil se encontra entre os três principais consumidores de filmes e séries da empresa. Por óbvio, o Estado se interessa em tributar esse segmento. Neste sentido surgiu a Lei Complementar n. 157 de 2016, que possibilitou a tributação dos *streamings* através do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Desse modo, a problemática deste trabalho é averiguar se ao tributar os *streamings*, a Lei Complementar n. 157/2016 está em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Tem-se como hipótese a percepção de que o *streaming* não se constitui em um serviço, assim não podendo o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza incidir sobre essa relação, pois este só pode tributar relações concernentes em obrigação de fazer e o *streaming* representa uma cessão de direitos (obrigação de dar).

3 KOETSIER, John. Número de usuários da Netflix chegará a 262 milhões de usuários em uma década. Forbes Brasil. Disponível em: <<http://forbes.uol.com.br/negocios/2018/03/numero-de-usuarios-da-netflix-chegara-a-262-milhoes-em-uma-decada/>> Acesso em: 31 de junho de 2018.

4 PENNAFORT, Roberta. Brasil já está entre os três maiores mercados da Netflix. O Estado de São Paulo. São Paulo 15 de março de 2018. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/noticias/televisao,brasil-ja-esta-entre-os-tres-principais-mercados-da-netflix,70002228916>>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

O presente artigo tem o objetivo de demonstrar que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer natureza não pode incidir sobre a disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet (*streamings*), e que a Lei Complementar n. 157/2016 é materialmente inconstitucional por prever em seu corpo tal incidência.

Para isso, no primeiro capítulo será feito um breve estudo sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, com a intenção de compreender qual o real sentido da expressão prestação de serviços para fins de incidência do imposto. No segundo capítulo, analisar-se-á qual é o conceito e funcionamento do *streaming*, com o alvo de traçar qual seja sua definição em âmbito jurídico. Por fim, no terceiro e último capítulo, apresentar-se-á o item 1.09 da Lei Complementar n.157/2016, responsável pela inserção do *streaming* na lista de serviços tributáveis pelo ISSQN. Um estudo em conjunto dos dois tópicos será realizado, para que se possa afirmar se o ISSQN pode ou não incidir sobre o *streaming*, com consequente alegação de validade ou não da Lei Complementar objeto de estudo. Em todo trabalho utiliza-se de pesquisa na literatura jurídica, constitucional e normativa, jurisprudencial, bem como artigos e publicações de autores concatenados no assunto.

1. A obrigação de fazer como aspecto material da hipótese de incidência do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN)

Desde a antiguidade, o Estado possui a necessidade de tributar, e não por acaso, se tornou sua maior fonte de renda, como assevera Schoueri: “Não é o Estado que gera sua riqueza, mas o particular é a fonte (originária) de riquezas, cabendo-lhe transferir uma parcela ao Estado”⁵.

Destaca-se que o entendimento de tributo como confisco já foi superado há muito. A sociedade em plena vontade de afirmar-se em suas garantias de liberdade e garantir seu direito de propriedade submeteu-se a um Estado sistematizado. A linha tênue entre o absolutismo e o anarquismo sempre foi uma enorme preocupação em torno dessa relação. Mesmo o homem desejando ser livre, necessitou se submeter a uma instituição maior, para que suas garantias fossem protegidas, essa incumbência foi atribuída ao Estado. Essa relação é tratada por Martins⁶:

5 SHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário, 7ª edição. Editora Saraiva, 2017, p. 33.

6 MARTINS, Ives Granda Silva. Curso de direito tributário. 14ª Edição. Saraiva, 2012, p. 20.

O fato de que a imposição tributária representa apropriação de bens dos cidadãos para duplo atendimento das necessidades legítimas do Estado, enquanto representantes do povo de uma nação, e daquelas menos legítimas ou sem nenhuma legitimidade dos detentores do poder, traz elemento de relevo indiscutível para a concepção de uma adequada teoria tributária.

Ou seja, a organização estatal compromete-se a estruturar os arranjos sociais e assegurar direitos fundamentais, porém em contrapartida pede uma quota a todos que desfrutam de tal manutenção, portanto o Estado Social antecedeu o Estado Fiscal.

O Código Tributário Nacional preocupou-se em estabelecer o conceito de tributo e em seu artigo 3º infere que⁷ “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O tributo é atribuído como gênero, dentro dessa definição temos o imposto como uma espécie e assim conceituado pelo artigo 16 do CTN⁸: “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independentemente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

Entende-se que imposto é um tributo não vinculado a qualquer atividade estatal, ou seja, é unilateral. Basta haver a prática do fato gerador aplicado a hipótese de incidência, independentemente de qualquer atividade do Ente Público, para que o Estado possa arrecadar do contribuinte. Schoueri⁹ leciona sobre isso:

Impostos são espécies tributárias cuja hipótese tributária presta-se a ser índice de capacidade contributiva (justificativa para a imposição), não se vinculando, pois, a atividade estatal; excetuados os casos previstos na Constituição Federal, a receita dos impostos não se afeta a qualquer órgão, fundo ou despesa, servindo, portanto, para cobrir os gastos gerais do ente tributante.

Nessa toada a Constituição Federal de 1988 instituiu o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) no bojo de seu artigo 156, inserido no capítulo de impostos municipais e, atribuiu no parágrafo terceiro à Lei Complementar¹⁰: “Fixar as

7 BRASIL.LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Código Tributário Nacional, Brasília, DF. Diário Oficial da União, 27 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

8 BRASIL.LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Código Tributário Nacional, Brasília, DF. Diário Oficial da União, 27 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

9 SHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário, 7ª edição. Editora Saraiva, 2017, p. 223.

10 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em

suas alíquotas máximas e mínimas; excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior; regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.

Desta forma, foi criada a Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, que “dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências”¹¹.

De acordo com o artigo 1º da Lei Complementar 116/2003¹² o ISSQN tem expressamente expostos, em uma lista anexa, as prestações de serviços que dão causa a sua cobrança.

Em momento algum, seja na Constituição ou no Código Tributário, o legislador preocupou-se em definir o que seria “prestação de serviço” para fins de incidência do ISSQN, apenas menciona na lista anexa, da legislação acima citada, quais são os fatos a serem tributados.

Assim, para obter a conceituação do termo se necessita estabelecer uma busca dentro dos limites infraconstitucionais, isso é abordado pelos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional¹³, afirmando que a lei tributária não pode modificar institutos, conceitos e formas para definição dos seus efeitos tributários.

Ou seja, o CTN não permite que a lei tributária modifique institutos do direito privado. Deste modo é necessário mencionar conceitos originários do Direito Civil, com a finalidade de estabelecer parâmetros para qual seja o verdadeiro alcance da expressão prestação de serviço, não podendo a lei tributária contrariar estas definições.

Conceituar o termo supracitado é uma atividade difícil, pois compreende assunto amplo, podendo ter vários enfoques. Por não haver uma definição concreta deve-se buscar interpretação sob a égide da legislação infraconstitucional, literatura jurídica e jurisprudência.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 03 de maio de 2018.

11 BRASIL. Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. Diário Oficial da União Brasília, DF, 01 de agosto de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em 16 de maio de 2018.

12 BRASIL. Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. Diário Oficial da União Brasília, DF, 01 de agosto de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em 16 de maio de 2018.

13 BRASIL. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Código Tributário Nacional, Brasília, DF. Diário Oficial da União, 27 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

O Código Civil quando trata do assunto dispõe em seu artigo 593 que a prestação de serviço que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial é regida por ele e “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.¹⁴

Pode-se “conceituar serviço como todo o esforço humano desenvolvido em benefício de outra pessoa (em favor de outrem) ”,¹⁵ ou seja, para que haja a realização de um serviço, é necessário que uma parte realize algo que envolva empenho para outra parte. Em curtas palavras, na prestação de serviço tem que haver uma obrigação de fazer. No mesmo sentido Martins¹⁶ diz que o objeto principal dessa relação é o fazer personalizado, que gerará o proveito, a ação humana que se torna a protagonista.

Verifica-se que o conceito de prestação de serviço abrange algumas figuras, são eles: o prestador e o tomador de serviços. O objeto do negócio jurídico é a realização do trabalho, a obrigação de fazer. O esforço humano em favor de outro relaciona-se com o aspecto econômico, pois incide o ISSQN sobre a prestação onerosa. Stolze¹⁷ ensina que a prestação de serviços é quando uma parte se obriga a realizar alguma atividade que beneficie outra, em troca de remuneração. Neste sentido o professor Melo¹⁸ reitera que a hipótese de incidência do imposto em questão é caracterizada por um negócio jurídico, relativo a obrigação de fazer

Ante o exposto, pode-se afirmar que para o Direito Civil a prestação de serviço deve ser uma ‘obrigação de fazer’, sendo assim, o ISSQN só pode incidir sobre relações dessa natureza.

É importante trazer à tona a decisão do Superior Tribunal Federal a respeito da incidência do ISSQN sobre a locação de bens móveis. Após muitos anos de discussão, editou-se a Súmula Vinculante número 31¹⁹ que trouxe a redação: “É inconstitucional a

14 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 18 de maio de 2018.

15 BARRETO, Aires Fernandino. ISS na Constituição e na Lei. São Paulo: Dialética, 2003. P. 29

16 MARTINS, Ives Granda Silva. Curso de direito tributário, 14ª Edição. Saraiva, 2012. P. 970.

17 GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. 4, t. II – Contratos em espécie, 10ª edição. Editora Saraiva, 2017. P. 281.

18 MELO, José Eduardo Soares de. ISS: Aspectos Teóricos e Práticos. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003. P. 33.

19 BRASIL. Portal do Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 31: É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1286>>. Acesso em 18 de abril de 2018.

incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis”. Destaca-se também o julgado exemplificativo²⁰:

Imposto sobre serviços (ISS) - Locação de veículo automotor - Inadmissibilidade, em tal hipótese, da incidência desse tributo municipal - Distinção necessária entre locação de bens móveis (obrigação de dar ou de entregar) e prestação de serviços (obrigação de fazer) - Impossibilidade de a legislação tributária municipal alterar a definição e o alcance de conceitos de Direito Privado (CTN, art. 110) - Inconstitucionalidade do item 79 da antiga lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal - Recurso improvido. - Não se revela tributável, mediante ISS, a locação de veículos automotores (que consubstancia obrigação de dar ou de entregar), eis que esse tributo municipal somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis. Precedentes (STF). Doutrina." (RE 446003 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 30.5.2006, DJ de 4.8.2006)

Assim, constata-se o entendimento de que a Lei Complementar não pode modificar os institutos já consolidados pelo Direito Privado, muito menos o imposto que é objeto de estudo deste trabalho, incidir sobre relações que configurem obrigação de dar. Assunto este que já é consolidado tanto na literatura jurídica, quanto na jurisprudência, visto que ao julgar sobre relações similares em questão da natureza jurídica (obrigação de dar), afastou-se a possibilidade de incidência do imposto neste tipo de relação.

2. O Streaming

A tecnologia mudou por completo o modo de viver do ser humano, vivemos a era digital e nunca antes recebemos tantas novidades em um espaço de tempo tão curto. Acompanhar as inovações trazidas diariamente é um desafio para qualquer um. As influências do setor tecnológico vão desde o modo como conferimos a hora, até às transações milionárias que podem ser realizadas na palma da mão. Desta forma a linguagem do mundo não é mais a mesma, as relações sociais, de trabalho, econômicas, dentre tantas outras, agora são pautadas e realizadas por meio dessas inovações. Essas novidades têm angariado cada vez mais usuários sedentos por formas mais rápidas e eficazes de consumo. O *Streaming* e as demais formas de propagação de mídia são um ótimo exemplo disso, pois vêm oferecendo uma forma revolucionária de consumo de

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 446004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=12869>>. Acesso em 18 de abril de 2018.

áudio e vídeo, plataformas como *Spotify*, *Deezer*, *Netflix*, *YouTube*, dentre muitos outros, já são parte da vida de parcela significativa da população.

Streaming é a denominação dada à tecnologia que possibilita aos usuários ouvirem músicas e/ou assistirem os vídeos em tempo real, não é necessário transferir e armazenar os arquivos escolhidos. Para que se compreenda no que consiste essa tecnologia, deve-se começar com a tradução do termo, pois é advindo da língua inglesa. Segundo o dicionário online Cambridge²¹ *Stream* é: “fluxo de algo”. Assim, a palavra *Streaming* foi traduzida para o português, em termos de informática, como “fluxo de mídia” ou “transmissão”²².

Para a compreensão da sistemática e evolução dessa tecnologia é importante se remontar ao início dos anos 2000. A tecnologia já em avanço considerável proporcionou que as pessoas pudessem criar sua biblioteca midiática no computador ou similares (pendrives, mp3s e afins), e isso era motivo de muito orgulho, pois a sociedade evoluiu bastante neste quesito, vinha-se da era do vinil, fita cassete e cd. Poder ter milhares de músicas em um único dispositivo foi uma das maiores revoluções no mercado²³. O que acaba de ser descrito é o *download*, ferramenta pela qual o usuário transfere os arquivos de um servidor para a sua máquina.

O maior desafio de baixar seus arquivos a essa época era justamente a espera pelo fim do *download*, com uma internet não muito veloz, baixar uma música demandava tempo e o usuário só poderia ouvi-la após o fim do ciclo. Além disso havia o risco iminente de receber vírus e *malwares* espalhados entre a mídia baixada.

Ademais, esse tipo de operação é inadequado para transmissões ao vivo, pois somente permitem que o conteúdo seja manipulado por um todo e seu consumo só é possível depois que a transferência de todos os dados seja concluída. Ainda podemos citar que a ferramenta do *download* possibilitou em larga escala a prática da pirataria²⁴, visto que cria uma cópia do arquivo na máquina do usuário, facilitando assim a sua distribuição em massa de diversas maneiras.

21 CAMBRIDGE. Dicionário online de língua inglesa. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues>>. Acesso em 11 de maio de 2018.

22 CIBERDUVIDAS DA LINGUA PORTUGUESA. Disponível em <<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/stream-e-streaming-em-portugues/18741>> Acesso em 11 de maio de 2018.

23 FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira. VALENTE, Mariana Giorgetti. Do rádio ao streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016. P. 16.

24 CARDOSO, Bárbara França. A utilização do streaming como ferramenta de combate à pirataria de músicas digitais. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016. P. 37.

É nesta seara que o *streaming* se contrapõe, pois revela a sua tradução para o português, trata-se de um fluxo contínuo de transmissão de mídia, que não se mantém na posse do receptor das informações. Como conceitua Adão²⁵, é a tecnologia que distribui conteúdos via internet, onde o utilizador não precisa esperar um grande espaço de tempo para que possa visualizar, pois a mídia é enviada em pequenos fragmentos, que são sincronizados e exibidos no computador do usuário.

Assim, o *streaming* se mostra como uma ferramenta dinâmica. Ao passo que o utilizador requisita as informações, elas são mandadas fragmentadas para sua máquina para que sejam transformadas em áudio/vídeo. Tschöke²⁶ diz que, se no procedimento os dados chegarem mais rápido do que a transmissão, ficam armazenados em uma memória temporária que é chamada *buffer*, ali aguardam para serem convertidas em mídia. Porém se a velocidade do consumo for superior ao do recebimento dos dados, a reprodução do áudio/vídeo é suspensa e aguarda até que os dados possam configurar um nível aceitável para transmissão.

É nítido que a grande diferença do *streaming* para o *download* é que o primeiro se mostra como uma transmissão contínua de informações, facilitando a reprodução da mídia desejada pelo consumidor. Assim não pode se falar em um armazenamento definitivo na máquina do usuário, mas sim em um fluxo contínuo que consiste no ciclo de transferência temporária, conversão de imagem e som e depois o consumo imediato.

3. A Inconstitucionalidade da incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre a obrigação de dar

A evolução tecnológica é um fenômeno de rapidez assustadora. Após o advento da internet, acompanhar todas as novidades do setor é um grande desafio, primeiramente revolucionou-se as formas de comunicação, por meio das transmissões textuais e também ligações não convencionais. Não muito distante na linha do tempo vieram as novas formas de se consumir mídias (música, vídeo, etc.), inicialmente com o *download* e em seguida com as plataformas de *Streamings*, que inovou o mercado, proporcionando mais rapidez, qualidade e segurança para os consumidores.

25 ADÃO, Carlos Manuel Cunha de Jesus. Tecnologias de Streaming em Contextos de Aprendizagem. 2006. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Informação) - Escola de Engenharia, Universidade do Minho. Guimarães, Portugal. 2006. P. 21

26 TSCHÖKE, Clodoaldo. Criação de streaming de vídeo para transmissão de sinais de vídeo em tempo real pela internet. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Regional de Blumenau. Blumenau. 2001. P.17.

O Direito deve adequar-se da melhor maneira a esses novos segmentos, positivando normas que as regulem. Com essa motivação surgiu a Lei Complementar n.157/2016 . Com o intuito de modificar a lei 116 de 2003 (Lei do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) para, dentre outras finalidades, atualizar a lista de serviços que são tributadas pelo imposto. A saber que na sua lista anexa trouxe como uma hipótese de incidência, no item 1.09²⁷, a descrição da tecnologia do *streaming*.

A inclusão deste item autoriza aos municípios, detentores de competência para legislar sobre o ISSQN, que tributem plataformas *streamings* como Netflix, Spotify, entre outros, e aplique alíquota de 2% sobre o valor das assinaturas. Sendo assim, no fim do ano de 2017, municípios como São Paulo e Rio de Janeiro, estabeleceram em suas leis municipais a tributação do ISSQN sobre os *streamings*.

A incorporação do item na lista de serviços tributáveis pelo ISSQN foi uma clara pressão dos meios tradicionais de comunicação, que viram sua demanda de consumidores despencar após o surgimento e expansão das novas formas de distribuição de mídia, suscitando em uma maior competitividade de mercado.

Todavia, esse trabalho é defensor da tese de que essa inserção na lista da Lei Complementar 116/2003 é materialmente inconstitucional, por não obedecer ao requisito básico da materialidade da hipótese de incidência do imposto supracitado. Para isso, remete-se a conceituação do que verdadeiramente consiste o termo ‘prestação de serviço’, assunto já abordado em tópico anterior.

É de suma importância reafirmar o conceito de prestação de serviço, e o professor Harada²⁸ define, é um ato ou efeito de servir, onde o ISSQN recai sobre a circulação do bem imaterial (serviço), que resulta de uma obrigação de fazer.

27 Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS). BRASIL. Lei Complementar n. 157, de 29 de dezembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 de dezembro de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp157.htm> Acesso em 20 de abril de 2018.

28 HARADA, Kiyoshi. ISS: Doutrina e Prática, 2ª edição. Atlas, 09/2014. P. 32

Essa temática já abordada em tópico anterior nos dá embasamento a fim de saber que para se ter um serviço é necessário que haja alguém (prestador), que através de seu esforço, seja ele físico-intelectual ou de produtor de utilidade, tenha realmente que ‘fazer’ algo, adimplindo-se uma obrigação. Nessa situação, a figura do prestador, obrigatoriamente, precisa confeccionar ou elaborar algo, com o intuito de repassá-la para o tomador do serviço, neste caso há de se falar em incidência do ISSQN.

Na contramão desse conceito temos a ‘obrigação de dar’, que nada mais é o dever de entregar algo que já existe, ou seja, já foi objeto de laboração anterior, relações independentes, evento no qual não se pode incidir o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza.

Consubstanciado a essas definições, podemos ver que a cessão de direito de uso mediante remuneração, no qual o cedente permanece com o bem que ao findar o contrato lhe será devolvido. Nessa relação não pode incidir o ISSQN, pois a relação abarcada é uma ‘obrigação de dar’ e não uma ‘obrigação de fazer’. Sobre isso Martins afirma que²⁹:

Também no contrato que tiver por objeto locação de bens ou cessão de direitos, não se vislumbra contratação de obrigação de fazer, mas sim entregar ou disponibilizar. O mesmo ocorre com operações de leasing, que também não devem ser tributadas pelo ISS, à medida que consubstanciam obrigação de dar [...]

Nesta seara, rememora-se o conceito de *Streaming*, já abordado por este artigo, que é o de uma transmissão via pacotes sem armazenamento definitivo. Assim, não constituindo uma prestação de serviço, mas apenas uma disponibilização, em tempo determinado, pelo contratado, este que não entrega de forma definitiva o conteúdo ao usuário. Portanto esta é uma relação de cessão de direitos, ou seja, uma obrigação de dar.

29 MARTINS, Ives Granda Silva. Curso de direito tributário, 14ª Edição. Saraiva, 11/2012. P. 970

Para dar mais praticidade à compreensão, narrar-se-á o passo a passo do funcionamento do *streaming*, como exemplo será usado a empresa *Spotify*, plataforma de transmissão de músicas.

A empresa *Spotify* inicialmente realiza um acordo com os detentores dos direitos autorais sobre a mídia (música), com o objetivo de poder disponibilizá-las em sua plataforma, isso inclui até mesmo o material que a própria empresa produz. Após garantirem o direito sobre as músicas, estas são carregadas no servidor da empresa e lá são conservados. Posteriormente a *Spotify* busca contratar os usuários, para que a partir daí seja obrigada a ceder as músicas que detém em seu servidor. O usuário necessita cadastrar-se na plataforma virtual da empresa através de um e-mail e criando uma senha pessoal, após cadastrar-se o mesmo pode acessar todo acervo de mídia. Assim, o cliente pode a qualquer momento ouvir as músicas que são transmitidas pela internet, por meio da tecnologia do *streaming*. Esse processo se repete na demais empresas que utilizam a mesma tecnologia, como *Netflix*, *Deezer*, *HBO Go*, dentre outras.

Nota-se que em momento algum há uma obrigação de fazer, sempre são utilizadas da “disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet”³⁰, ou seja, a literalidade do item anexado pela Lei Complementar n. 157. Em palavras mais curtas, sempre as relações são de obrigação de dar. Sendo assim, não se pode falar de incidência do ISSQN sobre esse mecanismo, pois em momento algum é configurado uma ‘prestação de serviço’, que é o núcleo principal do imposto.

Vale destacar o julgamento do Recurso Extraordinário número 626.706³¹ do estado de São Paulo. No caso afastou-se a incidência do ISSQN sobre a locação de filmes cinematográficos, cartuchos para *video games* e assemelhados.

Observa-se uma grande similitude entre as duas relações, locação de filmes, cartuchos e assemelhados e o *streaming*. Tomando como exemplo a *Netflix*, ao acessar a

30 BRASIL. Lei Complementar n. 157, de 29 de dezembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 de dezembro de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp157.htm> Acesso em 20 de abril de 2018.

31 “Tributário. Imposto Sobre Serviços (ISS). Não Incidência sobre locação de bens móveis. Filmes cinematográficos, videoteipes, cartuchos para *video games* e assemelhados. Súmula Vinculante n. 31. Art. 156, inciso III, da Constituição Federal”. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 626706 São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 24/09/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614598>>. Acesso em: 31 de maio. 2018.

plataforma da empresa o usuário depara-se com uma gama de títulos de filmes e séries, como em uma prateleira virtual, prontos para que sejam consumidos.

Podemos afirmar que o fundamento dos negócios são os mesmos, disponibilizar em troca de remuneração o acesso ao acervo de mídia, que podem ser das mais variadas espécies, como filmes, séries, músicas, jogos e muitos outros. A pequena diferença está na sistemática de cada uma, enquanto as tradicionais locadoras disponibilizavam a mídia gravada em um dispositivo físico (VHS, DVD's e outros), as plataformas de *streamings* disponibilizam o conteúdo de forma criptografada e fragmentada em várias partes que são transmitidas via internet. As videolocadoras assim como a *Netflix*, por exemplo, também obtinham os direitos autorais dos títulos e disponibilizavam de forma não definitiva a seus clientes, por óbvio, visto que o cliente deveria devolver após decorrido o tempo acordado entre as partes.

O desejo desse subtópico é demonstrar que a própria redação trazida pela 157 de 2016 não remete à uma 'obrigação de fazer', ao redigir "disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet" na lista de serviços tributáveis pelo ISSQN, revestindo-se de inconstitucionalidade, por não ser o *streaming* um serviço (obrigação de fazer), mas sim uma 'obrigação de dar'.

Considerações Finais

O presente artigo estudou primeiramente o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN), sua previsão legal e aspecto material da hipótese de incidência. Constatou-se que o legislador tributário em momento algum trouxe a definição do que seria prestação de serviços para fins de incidência do imposto. Buscou-se conceitos estabelecidos pelo Direito Civil e verificou-se que prestar serviço obrigatoriamente consisti em uma obrigação de fazer. Ao consultar a Súmula Vinculante 31 do STF, elucidou-se a hipótese de que o ISSQN não pode incidir sobre obrigações de dar, somente as de fazer.

Comprovou-se que o *streaming* tem natureza jurídica de obrigação de dar. Ao estudar seu funcionamento, descobriu-se que é uma tecnologia de transmissão contínua de dados via internet, onde o receptor não detém o conteúdo permanentemente em seu poder. Foi constatado que a empresa fornecedora de mídia só é obrigada a ceder os direitos autorais que detém sobre a mídia transmitida, caracterizando assim uma cessão de direitos (obrigação de dar), impossibilitando a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Ao analisar o item que possibilitou a tributação dos *streamings*, notou-se que a própria literalidade da Lei remete a uma obrigação de dar. Foi realizado um comparativo entre os institutos do *streaming* e o das videolocadoras, e atestou-se que a essência dos dois é a mesma: disponibilizar em troca de remuneração conteúdo de mídia, constatando a hipótese de que o ISSQN não pode incidir sobre o *streaming*, por este ser uma obrigação de dar, e como estudado, segundo decisões jurisprudenciais diversas, o imposto não pode tributar relações desta natureza.

Ao findar deste estudo verificou-se que os objetivos foram alcançados ao estudar o ISSQN, *streaming* e a Lei Complementar n. 157/2016. Conclui-se, portanto, que a tributação dos *streamings* por meio do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza é equivocada, não se pode falar dessa incidência, sendo que essa tecnologia representa uma obrigação de dar e não de fazer, assim tornando a Lei Complementar 157 de 2016 inconstitucional por inserir uma obrigação de dar na lista anexa da Lei Complementar n. 116/2016.

Referências das fontes citadas

ADÃO, Carlos Manuel Cunha de Jesus. Tecnologias de Streaming em Contextos de Aprendizagem. 2006. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Informação)- Escola de Engenharia, Universidade do Minho. Guimarães, Portugal. 2006.

BARRETO, Aires Fernandino. ISS na Constituição e na Lei. São Paulo: Dialética, 2003.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 18 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 03 de maio de 2018.

BRASIL. Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. Diário Oficial da União Brasília, DF, 01 de agosto de 2003. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em 16 de maio de 2018.

BRASIL. Lei Complementar n. 157, de 29 de dezembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 de dezembro de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp157.htm> Acesso em 20 de abril de 2018

BRASIL. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Código Tributário Nacional, Brasília, DF. Diário Oficial da União, 27 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

BRASIL. Portal do Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 31: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1286>>. Acesso em 18 de abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 446004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1286> 9> Acesso em 18 de abril de 2018.

CAMBRIDGE. Dicionário online de língua inglesa. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues>>. Acesso em 11 de maio de 2018.

CARDOSO, Bárbara França. A utilização do streaming como ferramenta de combate à pirataria de músicas digitais. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

CIBERDUVIDAS DA LINGUA PORTUGUESA. Disponível em <<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/stream-e-streaming-em-portugues/18741>> Acesso em 11 de maio de 2018.

FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira. VALENTE, Mariana Giorgetti. Do rádio ao streaming: ECAD, Direito autoral e música no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. 4, t. II – Contratos em espécie, 10ª ed.. Editora Saraiva, 2017.

HARADA, Kiyoshi. ISS: Doutrina e Prática, 2ª edição. Cidade: Atlas, 09/2014.

KOETSIER, John. Número de usuários da Netflix chegará a 262 milhões de usuários em uma década. Forbes Brasil. Disponível em: <<http://forbes.uol.com.br/negocios/2018/03/numero-de-usuarios-da-netflix-chegara-a-262-milhoes-em-uma-decada/>> Acesso em: 31 de junho de 2018.

MARTINS, Ives Granda Silva. Curso de direito tributário, 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 11/2012.

MELO, José Eduardo Soares de. ISS: Aspectos Teóricos e Práticos. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

PENNAFORT, Roberta. Brasil já está entre os três maiores mercados da Netflix. O Estado de São Paulo. São Paulo 15 de março de 2018. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/noticias/televisao,brasil-ja-esta-entre-os-tres-principais-mercados-da-netflix,70002228916>>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

SHOUEIRI, Luís Eduardo. Direito tributário, 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

TSCHÖKE, Clodoaldo. Criação de streaming de vídeo para transmissão de sinais de vídeo em tempo real pela internet. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Regional de Blumenau. Blumenau. 2001.

O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL SOB ANÁLISE DO NOVO ESTATUTO DA OAB

Jessé Nogueira Gomes¹
Sávio Antiógenes Borges Lessa²

RESUMO

Este artigo científico tem como objetivo investigar se a Lei 13.245/2016, que alterou parte do Estatuto da OAB, ampliando o direito do advogado de ter acesso aos autos da investigação já documentados e de apresentar razões e quesitos, está sendo efetiva a ponto de assegurar o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, podendo evitar uma ação penal desnecessária. Esta pesquisa tem como problemática saber se, esta Lei que alterou parte do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil foi uma forma de dar efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito policial. A presente pesquisa foi realizada por este autor apreciar o conteúdo sobre inquérito policial, além do assunto ser relevante, serve de subsídio para uma futura ação penal, e portanto importante no meio acadêmico. Para realização deste artigo foram feitas pesquisas bibliográficas para saber do posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema e pesquisa de campo na Polícia Civil do Estado de Rondônia, Comissão de Defesa das Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rondônia e na Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado de Rondônia. Com as pesquisas realizadas, constatou-se que é aplicável, de forma mínima, o contraditório e a defesa no inquérito policial, além da Lei que alterou o Estatuto da OAB está sendo efetivada.

Palavras-chaves: Contraditório, Ampla Defesa, Inquérito Policial, Estatuto da OAB. Lei 13.245/2016

ABSTRACT

This scientific article aims to investigate whether Law 13.245 / 2016, which amended part of the BBA'S Statute, expanding the right of the lawyer to have access to the records of the investigation already documented and to present reasons and questions is being effective to ensure the contradictory and ample defense in the police investigation, being able to avoid an unnecessary criminal action. This research has as problematic to know if this Law that changed part of the Statute of the Brazilian Bar Association was a way of giving effectiveness to the constitutional principles of the contradictory and ample defense in the police investigation phase. This research was carried out because this author appreciates the content on police investigation, besides the police investigation deserves to have its due, as it serves as a subsidy for a future

1 Bacharel em Direito da Faculdade Católica de Rondônia. Porto Velho – Rondônia - Brasil Email: jesse.gomes@sou.fcr.edu.br

2 Doutor em Ciência Política pela UFRGS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Pós-graduado em Segurança Pública e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Rondônia. Docente das disciplinas Direito Penal e Processual Penal da Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: savio.lessa@fcr.edu.br

criminal action and because it is important for the academic environment. For the accomplishment of this article, bibliographical research was done to know the doctrinal and jurisprudential positioning regarding the subject and field research in the Civil Police of the State of Rondônia, Commission of Defense of the Prerogatives of the Brazilian Bar Association - Rondônia Section and in the Regional Superintendence of Federal Police in the State of Rondônia. With the investigations carried out, it was verified that it is applicable in a minimal way the contradictory and the defense in the police investigation, besides the Law that changed the Statute of the BBA is being carried out.

Key-word: Contradictory. Broad Defense. Police Inquiry BBA Statute. Law 13.245 / 2016.

Introdução

Antes da Lei 13.245/2016 havia a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal que já dava o direito do advogado ter acesso aos autos do inquérito policial. Com o surgimento da Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016, ocorreu a alteração da parte do Estatuto da OAB, ampliando o direito do advogado de ter acesso aos autos de investigação conduzida em qualquer repartição, além de apresentar razões e quesitos. Com isso surge a problemática se a esta alteração do Estatuto da OAB, trazida pela Lei 13.245/2016 seria uma forma de dar efetividade aos princípios fundamentais com ênfase no contraditório e na ampla defesa na fase de inquérito policial.

Com esta problemática da pesquisa surgiu o objetivo de investigar se esta Lei que alterou parte do Estatuto da OAB está sendo efetiva a fim de garantir o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial. Os objetivos específicos são, saber quais os princípios que regem o inquérito policial, saber da aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial e se a Lei 13.245/2016, alterando parte do Estatuto da OAB está sendo efetivada.

Na primeira seção que trata do inquérito policial, é descrito de forma resumida o que é o inquérito policial e as suas características. Neste tópico são descritos quais os princípios que regem o inquérito policial.

Já na segunda seção são descritos acerca da aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa. Esta seção se divide em duas subseções que são a aplicabilidade do contraditório no inquérito policial e a aplicabilidade da ampla defesa no inquérito policial.

Na última seção é tratada acerca da Lei 13.245/2016. Nesta seção é explicada a

justificativa do projeto de Lei que se transformou na Lei 13.245/2016. É também nesta seção que é tratado dos resultados das pesquisas sobre a efetividade desta lei.

Para ser desenvolver esta pesquisa, a metodologia aplicada foi pesquisa nas doutrinas, na jurisprudência, na justificativa do projeto de lei e realização de pesquisa de campo em repartições jurídicas públicas e privadas.

1 Inquérito Policial

O inquérito policial pode ser definido como um procedimento administrativo, realizado pela polícia judiciária, de caráter inquisitivo, que tem a finalidade de buscar a materialidade do fato e o indício de autoria, que é a justa causa, uma das condições da ação penal. O seu objeto é o *fumus comissi delicti*.

O autor LOPES JR³ diz o seguinte:

O objeto da investigação preliminar é o fato constante na *notitia criminis*, isto é, o *fumus comissi delicti* que dá origem à investigação e sobre qual recai a totalidade dos fatos desenvolvidos nessa fase.

O inquérito policial tem caráter inquisitivo, pois diferente da ação penal, o inquérito policial pode ser instaurado de ofício pelo delegado. Além disso, ele é discricionário, ou seja, a autoridade policial conduz a investigação da maneira que ele achar melhor, não tendo o rigor que o magistrado deve ter no processo.

Além disso, o inquérito policial é regido pelos princípios constitucionais e infraconstitucionais, conforme ensina MORAES⁴. Estes princípios que ele ensina estão previstos no art. 37 da Constituição Federal, pois o inquérito policial é um procedimento administrativo. Os princípios previstos no art. 37, caput da Constituição Federal, que regem o inquérito policial são o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

O princípio da legalidade é o princípio pelo qual o Estado deve atuar dentro dos limites da lei, e no caso do inquérito policial o delegado de polícia de presidir o inquérito dentro dos limites da lei, apesar da discricionariedade do inquérito policial.

Já o princípio da impessoalidade significa que o inquérito policial não pode prejudicar e nem beneficiar determinadas pessoas, sendo que a atuação não é de nenhum integrante da Polícia Judiciária, mas da própria Polícia Judiciária.

3 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p.124.

4 MORAES, Elster Lamoia de. Princípios do moderno inquérito policial. Revista Jus Navegandi, Teresina, n. 2028, 28 fev. 2009. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/12390> Acesso em: 1 jun. 2018.

O princípio da moralidade significa que não basta estar de acordo com a lei, deve estar também de acordo com a moral e os bons costumes, a conduta da autoridade policial e dos integrantes da Polícia Judiciária devem ser condutas probas.

O outro princípio é o da publicidade, que no caso do inquérito policial é uma publicidade relativa, pois esta pode ser restringida conforme a necessidade da elucidação da notícia do crime e este princípio se evidencia por meio do exame dos autos do inquérito policial pelo ofendido, pelo investigado e pelo órgão responsável pela propositura da ação penal.

Por último, o princípio da eficiência, significa que o inquérito policial deve ser desempenhado da melhor forma possível, não bastando estar de acordo com a lei, pois deve ter eficiência no inquérito, não podendo ser protelado, por exemplo, pois poderia o decorrer o prazo da pretensão punitiva na hora de propor a ação penal.

Além dos princípios constitucionais supramencionados, há outros princípios que também regem o inquérito policial, que também são princípios constitucionais, que são o princípio da celeridade e o do controle.

O princípio da celeridade está previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, que neste caso significa que o inquérito policial deve ser concluído em um prazo razoável, contudo é permitido a sua prorrogação, dependendo da natureza e dificuldade do crime investigado.

O princípio do controle que diz que as atividades da Polícia Judiciária é controlada, fiscalizada com o intuito de garantir as finalidades do inquérito policial e evitar abusos por parte dos integrantes da órgão responsável por conduzir a investigação, e esta fiscalização tem fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e art. 4º ao 23 do Código de Processo Penal e este controle é realizado tanto de forma interna (corregedorias), quanto externamente (Poder Judiciário ou Ministério Público).

Após a menção dos princípios constitucionais, devem ser expostos os princípios infraconstitucionais que também regem o inquérito policial, quais sejam, o princípio da economia processual, da oficialidade, do impulso oficial, da indisponibilidade, da verdade real, da não contraditoriedade e da imparcialidade.

Um dos princípios infraconstitucionais é o princípio da economia processual, que significa que a autoridade policial deve utilizar meios mais céleres, mais econômicos para busca da materialidade do fato e do indício da autoria, sendo permitida o uso de prova emprestada durante o inquérito policial, utilizada em um outro processo

administrativo.

Outro princípio infraconstitucional que rege o inquérito policial é o princípio da oficialidade, este é o que diz que, a atividade investigativa é privativa do Delegado e de seus agentes, como o interrogatório que é feito pela própria autoridade policial. Não é permitido que outros servidores públicos realizem as atividades de investigação, salvo os órgãos permitidos a investigar, como o Ministério Público.

O princípio do impulso oficial, que descreve que a autoridade policial não necessita de provocação para instaurar o inquérito policial. A autoridade policial pode instaurar de ofício o inquérito policial, exceto os de crime de ação penal pública condicionada ou de ação penal privada, que deverá ter a representação do ofendido.

O outro princípio é o da indisponibilidade, significando que uma vez que o inquérito policial foi instaurado, ele deva prosseguir até a sua conclusão, vedado à autoridade policial dispor do inquérito, conforme previsto no art. 17 do Código de Processo Penal, sendo arquivado somente por meio de decisão judicial, mediante requerimento do Ministério Público.

O quinto princípio infraconstitucional é o da verdade real, que ensina que devem ser buscados elementos que visem garantir o direito de punir do Estado, contra aquele que praticou a conduta delituosa, expondo a sua motivação, se teve dolo ou culpa.

O outro princípio que também rege o inquérito policial é o princípio da não-contraditoriedade. Este princípio ensina que não existe contraditório na fase de inquérito policial devido ao seu caráter inquisitivo e a ausência de pluralidade de partes contrárias.

O último princípio é o princípio da imparcialidade, que significa que o inquérito deve se desenvolver de forma imparcial. Esta imparcialidade é correlata com os princípios da impessoalidade, da moralidade e da verdade real.

2 Os Princípios do Contraditório e Da ampla Defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos expressamente no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

O autor LOPES Jr.⁵ descreve o seguinte:

O ponto crucial nessa questão é o art.5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente protetora, e a confusão terminológica (falar em processo

5 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p.173.

administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, seja um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar.

Já Tourinho Filho⁶ descreve ao contrário:

Já em se tratando de inquérito policial, não nos parece que a Constituição se tenha referido a ele, mesmo porque, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, nenhuma pena pode ser imposta ao indiciado. Ademais o texto da Lei Maior fala em 'litigantes', e na fase de investigação preparatória não há litigante... É verdade que o indiciado pode ser privado de sua liberdade nos casos de flagrante, prisão temporária ou preventiva. Mas para esses casos sempre se admitiu o remédio heróico *habeas corpus*. Nesse sentido, e apenas nesse sentido, é que se pode dizer é que a ampla defesa abrange o indiciado. O que não se concebe é a permissão do contraditório naquela fase informativa que antecede à instauração do processo criminal, pois não há ali nenhuma acusação. Não havendo, não se pode invocar o princípio da *par conditio*- igualdade de armas. Todos sabemos que não se admite decreto condenatório respaldado, exclusivamente, nas provas apuradas na etapa pré-processual. A Autoridade Policial não acusa: investiga. E a investigação contraditória é um não senso. Se assim é, parece-nos não ter sentido estender o instituto do contraditório ao inquérito, em que não há acusação. Quanto à ampla defesa, tem o indiciado o direito ao *habeas corpus* sempre que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação na sua liberdade de locomoção.

2.1 Princípio do Contraditório e sua aplicabilidade no inquérito policial

O contraditório é um direito fundamental no qual a pessoa integrante do processo tem direito de contraditar, ou seja, de ser informado e de reagir aos atos de um procedimento.

No caso do inquérito policial, este direito se aplicaria de forma mínima, limitada, que se evidencia pelo direito à informação, pois o contraditório é inaplicável em sua plenitude devido ao seu caráter inquisitivo, como é o entendimento de LOPES JÚNIOR.

Já o doutrinador de Jesus entende que não se aplica o direito ao contraditório no inquérito policial, pois o inquérito policial tem caráter inquisitivo. Nesta mesma vertente está o doutrinador CAPEZ⁷, que também entende pela não aplicabilidade, entendendo que o único inquérito policial que admite a aplicação do princípio do

6 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Manual de processo penal I Fernando da Costa Tourinho Filho. - 18. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015, p.76-77.

7 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

contraditório é o inquérito da Polícia Federal, com o pedido feito pelo Ministro da Justiça, que tem o objetivo de expulsar estrangeiro, com base no art.70 da Lei 6.815/80, dizendo que neste caso a aplicabilidade do contraditório é obrigatória.

Mas a jurisprudência do STF e do STJ se posicionam pela não aplicabilidade devido ao caráter inquisitivo do inquérito policial, conforme julgado abaixo⁸:

• PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA: “(...) Os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial”

2.2 Princípio da Ampla Defesa e sua aplicabilidade no inquérito policial

A ampla defesa é um direito fundamental pelo qual o acusado tem direito de se defender e esta defesa pode ser técnica ou pessoal. Na defesa técnica, a defesa é realizada pelo advogado ou defensor público. Já a defesa pessoal é defesa realizada pela própria pessoa que está sendo acusada, e esta se subdivide em defesa positiva, que é a defesa pelo qual o acusado se defende expondo sua versão; e a defesa negativa, que é defesa em que o acusado tem o direito de permanecer calado, conforme o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Com relação à sua aplicabilidade no inquérito policial, há doutrinadores que se posicionam pela aplicabilidade, outros pela não aplicabilidade. Alguns que se posicionam, dizendo que o que se aplica no inquérito policial é o direito de defesa, mas não a ampla defesa, como é o caso de TOURINHO FILHO, LOPES JÚNIOR, TÁVORA. Outros entendem que não se aplica nenhum direito de defesa, como é o caso do entendimento de RANGEL⁹, que se posiciona pela não aplicabilidade do direito do investigado de se defender e ele escreve o seguinte:

O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.

Já os que se posicionam pela aplicação do direito de defesa na fase de inquérito policial, dizem que a defesa, especificamente a defesa técnica tem seu exercício limitado e na verdade ele é exercido de forma externa, por meio do *habeas corpus* e do mandado de segurança. Dentro do inquérito policial, só é possível pedir diligências, conforme está previsto no art. 14 do Código de Processo Penal.

8 STJ, 5a T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 27-5-2003, DJ, 4 ago. 2003, p. 327

9 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

3 A LEI 13.245/2016

A Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016, se originou do projeto de lei 6705 de 2013, de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá. Ele justifica a elaboração do projeto dizendo que não pode haver justiça na investigação criminal sem que haja o princípio do contraditório e da ampla defesa. A Lei 13.245/2016 alterou parte do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994), alterando o art. 7º, XIV e acrescentando o inciso XXI.

A alteração do inciso XIV ampliou o direito de acesso às peças da investigação criminal em qualquer repartição responsável por conduzir investigação, podendo apresentar razões e quesitos, independente de procuração, salvo decretado o sigilo na investigação; e o inciso XXI deu direito ao advogado de assistir o seu cliente, podendo apresentar razões e quesitos, sob pena de nulidade do interrogatório e dos demais elementos investigativos e probatórios que decorrerem deste.

Com isso, há estudiosos que entendem não ser possível dar contraditório e nem ampla defesa, pois o inquérito tem caráter inquisitivo. Este entendimento é majoritário. Mas por outro lado há uma corrente, apesar de minoritária, que entende que o inquérito policial, apesar de manter o seu caráter inquisitivo, ganhou um mínimo de contraditório e de defesa para o investigado. Nesta corrente está Távora, Lopes Júnior. TÁVORA e ALENCAR¹⁰ escrevem o seguinte:

Com efeito, entendemos que a lei nova não aboliu a natureza inquisitiva do inquérito, mas trouxe a possibilidade de incidência regrada de porção do contraditório e da defesa (sem ser ampla), assegurando a essencial “paridade de armas” à defesa técnica. A previsão para intervenção do advogado na produção dos elementos de informação das investigações é similar a uma investigação defensiva, no bojo dos próprios autos do inquérito ou de outra apuração. Essa possibilidade está descrita na previsão do advogado “apresentar razões e quesitos” no curso da investigação (art. 7º, “a”, Estatuto da OAB).

Porém antes da Lei 13.245/2016 já havia previsão legal do direito do advogado ter acesso às peças do inquérito policial que já estivessem documentadas. O art. 7º, XIV, antes da alteração feita pela Lei 13.245/2016¹¹ previa o seguinte:

Art. 7º São direitos do advogado:

10 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11 ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2016. (P.1.410)

11 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm

XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

Mas com a alteração trazida pela Lei 13.245/2016, o art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94¹² (Estatuto da OAB), passou a dispor o seguinte:

Art. 7º São direitos do advogado:

XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

Além disso, já havia Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal¹³, que já dava esse direito do advogado ter acesso aos autos do inquérito policial e ela dispõe o seguinte:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Com isso, extrai-se que já existia o direito do advogado de atuar no inquérito policial, tendo acesso às peças que já estivessem documentadas. O que a Lei 13.245/2016 fez foi ampliar esse direito de atuação dando além do direito de acesso às peças investigativas, o direito de apresentar razões e quesitos.

3.1 – Efetividade da Lei 13.245/2016

Para saber acerca da efetividade foi necessária uma pesquisa de campo na Polícia Civil do Estado de Rondônia e na Comissão de Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil – seccional Rondônia.

3.1.1 – Resultado da pesquisa na Polícia Civil do Estado de Rondônia

A pesquisa foi feita em uma Unidade de Segurança Pública – UNISP, por meio de uma entrevista com um Delegado de Polícia desta unidade. A entrevista consistiu em perguntas ao delegado sobre a atuação do advogado na fase de inquérito policial.

A primeira pergunta feita foi se tem sido permitida a atuação do advogado no inquérito policial e a resposta foi sim, de acordo com as prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil e observado os atos dos investigados e das partes envolvidas.

A segunda pergunta foi como é essa atuação e a resposta foi que a atuação é garantida com observância dos princípios previstos no art. 5º da Constituição Federal e

12 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm Estatuto da OAB

13 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Súmula vinculante 14 do STF.

do direito de esclarecer em juízo e diante das autoridades para garantir a integridade física do investigado, a fim de evitar coação em desfavor da pessoa investigada.

A terceira pergunta que foi feita ao delegado foi se o advogado tem tido acesso a tudo que é permitido pelo Estatuto da OAB, alterado pela Lei 13.245/2016 e a resposta foi positiva, com exceção dos fatos investigados envolvendo organização criminosa e quando há decretação de sigilo dos autos do inquérito policial.

Posteriormente, foi perguntado se tem sido liberado o acesso aos autos do inquérito policial já documentados, com base no art. 7º, inciso XIV do Estatuto da OAB, alterado pela Lei 13.245/2016. A resposta foi positiva e o delegado disse que o advogado tem acesso a toda instrução realizada no feito. Caso a resposta fosse negativa seria perguntado o porquê da negativa, mas neste caso não houve necessidade.

Depois foi perguntado se o advogado tem assistido os seus clientes durante a apuração de infrações penais, inclusive apresentando razões e quesitos e a resposta foi sim, mas desde que vise a melhor elucidação dos fatos para melhor comprovação do fato e da autoria, mas não as que visem atrapalhar as investigações.

Já a última pergunta feita para saber com que frequência os advogados apresentam razões, se já ocorreram negativas e em quais casos. O delegado respondeu que as razões apresentadas pelos advogados são feitas através de petição ou quando assistindo e acompanhando o interrogatório e para ouvir testemunha e também a autoridade entendendo pertinente. O delegado entrevistado disse que já existiram negativas, quando não são pertinentes.

Diante da entrevista realizada na Polícia Civil do Estado de Rondônia, foi constatada a efetividade da lei objeto de estudo deste artigo.

Com isso, ao fazer uma análise desta entrevista, tira-se a ideia que o direito do advogado está sendo exercido de forma efetiva, contribuindo assim para melhor elucidação dos fatos sem causar prejuízo ao inquérito policial.

3.1.2 – Resultado da Pesquisa na OAB – Seccional Rondônia

Ao fazer a entrevista à Presidente da Comissão de Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rondônia, foi perguntado primeiramente se há reclamações dos advogados em relação ao direito de acesso aos autos do inquérito policial já documentados ou de assistir seus clientes, podendo apresentar razões e quesitos, e a resposta foi que não há conhecimento.

Com esta resposta não foi necessário perguntar quais as reclamações que os

advogados têm feito em relação à violação desta prerrogativa e nem a pergunta se são muitas ou poucas as reclamações.

Posteriormente foi feita a última pergunta, que foi saber o que a comissão de prerrogativas tem feito para dar efetividade à lei que deu essas prerrogativas ao advogado durante a fase de inquérito policial e resposta foi que em todas as entregas das credenciais aos novos advogados é feita uma palestra sobre prerrogativas, que ocorre dentro da Comissão de Acolhimento do Jovem Advogado. A palestra que é realizada dá ênfase à prerrogativa do advogado de atuar na fase investigatória.

Assim, diante da entrevista realizada com a Presidente da Comissão de Defesa das Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rondônia, é possível fazer a seguinte análise: por não haver nenhuma reclamação de violação dessa prerrogativa, constata-se por meio desta entrevista realizada que o art. 7º, XIV e XXI do Estatuto da OAB, estão realmente sendo efetivadas.

3.1.3 – Resultado da Pesquisa na Polícia Federal em Rondônia

Ao entrevistar o Delegado de Polícia Federal foram feitas as mesmas perguntas ao Delegado de Polícia Civil.

Foi perguntado primeiramente se tem sido permitido a atuação do advogado no inquérito policial e a resposta dele foi positiva com base na legislação e na jurisprudência e disse que prefere tratar com o advogado do que com o investigado, por ser mais técnico.

Logo após foi perguntado como é essa atuação do advogado e a resposta foi acompanhar o cliente no interrogatório ou obter cópias dos autos.

Posteriormente foi perguntado se o advogado tem tido acesso a tudo que é permitido pelo Estatuto da OAB, e respondeu que como regra tem acesso e não houve nos últimos dois anos que está na corregedoria, nenhuma reclamação de negativa.

No prosseguimento da entrevista foi feita a pergunta se tem sido liberado o acesso aos autos do inquérito já documentados com base no art. 7º, XIV do Estatuto da OAB e as respostas foram positivas, e disse ainda que a Polícia Federal acha melhor tratar com o advogado por ser mais técnico, mais claro. Além disso, disse que o acesso aos autos é feito da seguinte forma: todas as peças do inquérito são escaneadas e entregues em um CD ao advogado.

Depois, quando foi perguntado se o advogado tem assistido seus clientes, apresentando razões e quesitos, o Delegado de Polícia Federal respondeu que é muito

raro o advogado fazê-lo, houve só um caso. Disse que não é prática na Polícia Federal o advogado apresentar, fazer petições, pedir diligências.

Quando foi perguntado ultimamente com que frequência eles apresentam razões e quesitos o delegado disse que é quase inexistente. Além disso ele disse em relação às negativas que nunca chegaram ao conhecimento dele nenhuma de advogado com relação à postura do Delegado de Polícia Federal.

Na entrevista foi relatado que quando estão prestes a deflagrar uma operação, fazem um levantamento de quantas pessoas serão presas e como já escanearam as peças do inquérito de cada investigado e tudo é posto em um disco já antecipadamente para que caso aconteça do advogado solicitar as peças do inquérito, as cópias já estejam prontas para o advogado e seja mais prático tanto para o advogado quanto para a autoridade policial.

Diante da entrevista que foi feita ao Delegado de Polícia Federal, com a participação especial de outro Delegado de Polícia Federal, este que tem a maior carga de inquérito neste órgão, constatou-se que a Lei que garante a prerrogativa do advogado de atuar na fase inquisitória está sendo totalmente eficaz, além de ter sido demonstrado pela autoridade entrevistada que Polícia Federal contribui para que esta prerrogativa seja mais eficaz ainda, quando disse que são escaneadas todas as peças do inquérito e postas em um CD para ser mais ágil.

Conclusão

Na realização desta pesquisa, verificou-se os princípios que regem o inquérito policial, com isso, sendo possível contribuir para o meio acadêmico, especificamente no ensino da disciplina de direito processual penal, pois seria uma inovação aos acadêmicos de direito saberem destes princípios.

Além disso, foi descrita a possibilidade de aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial com base em pesquisas bibliográficas nas doutrinas e na jurisprudência, mostrando que podem ser aplicados uma porção mínima de contraditório e de defesa, mesmo não sendo ampla.

Posteriormente, foi tratado sobre a Lei 13.245/2016 e a sua efetividade e com base na pesquisa sobre a justificativa do Projeto de Lei 6705 de 2013 e na pesquisa de campo realizada por meio de entrevistas com um Delegado da Polícia Civil de Rondônia, a Presidente da Comissão de Defesa das Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rondônia e um Delegado de Polícia Federal em

Rondônia, foi constatado que esta lei que alterou parte do Estatuto da OAB, ampliando o direito do advogado de ter acesso aos autos do inquérito policial e de apresentar razões e quesitos esta lei está sendo efetivada pois não foi constatada nenhuma reclamação na comissão responsável por defender as prerrogativas do advogado e as autoridades policiais que foram entrevistadas disseram que os advogados têm acesso a tudo que é permitido na legislação e na jurisprudência.

Assim, com base nas pesquisas bibliográficas, este autor adotou o posicionamento dos doutrinadores garantistas e com as pesquisas de campo realizadas foi concluído que a Lei 13.245/2013, que alterou parte do Estatuto da OAB está sendo efetivada e com isso foi uma forma de efetivar de forma mínima o contraditório e a defesa, sem ser ampla, no inquérito policial.

Referências das fontes citadas

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018

MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial**. Revista Jus Navegandi, Teresina, n. 2028, 28 fev. 2009. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/12390> Acesso em: 1 jun. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2016.

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORTE DIGNA E A PROTEÇÃO JURÍDICA À VIDA

Vinícius Batisti Stringhi¹
Walter Gustavo da Silva Lemos²

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar o instituto da morte digna e sua verificação no ordenamento jurídico brasileiro partindo do princípio da dignidade da Pessoa Humana. A possibilidade do paciente, pela livre manifestação da vontade requerer que não seja realizado determinado tratamento ou que antecipe sua morte. Pauta-se na mudança de perspectiva do instituto da vida, voltando-se ao desejo do paciente, e sob suas condições de vida, quando não mais representa viver com dignidade.

palavras chave: Dignidade da Pessoa Humana. Morte digna. Manifestação da vontade. Viver com Dignidade.

ABSTRACT

This research aims to analyze the institute of dignified death and its verification in the Brazilian legal system based on the principle of the dignity of the human person. The possibility of the patient by free manifestation of will requires that certain treatment not be performed or that anticipates his death. It is based on the change of perspective of the institute of life, turning to the patient's desire, and under his conditions of life, when he no longer represents living with dignity.

key words: Dignity of human person. Worthy death. Manifestation of will. Living with Dignity.

Introdução

O direito está sempre em evolução. A cada nova geração naturalmente ocorrem mudanças legislativas, novas interpretações jurisprudenciais. É algo natural e esperado. É um ordenamento que consagra um sistema jurídico aberto e dinâmico, fortemente influenciado por princípios, sempre preocupados com o ser humano.

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia. Brasil. viniciusstringhi@gmail.com.

2 Doutorando em Direito pela UNESA/RJ. Mestre pela PUCRS. Professor da graduação do curso de Direito da FCR – Faculdade Católica de Rondônia e da FARO – Faculdade de Rondônia. E-mail: wgustavolemos@gmail.com

Com a irradiação dos princípios constitucionais à toda ordem jurídica, a Constituição atua como centro gravitacional do todo, aproximando toda a legislação para que compartilhem da mesma fonte: a dignidade da pessoa humana.

É justamente por este motivo que pode-se afirmar que se vivencia um novo momento de interpretação das leis e dos institutos jurídicos, tendo como mola propulsora os mandamentos constitucionais.

Daí surgem novos institutos, em que, pautando-se nos princípios constitucionais, sedimentam-se, ganhando força. Com as novas gerações, há a necessidade de uma nova interpretação, analisando, caso a caso, sua possibilidade constitucional.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 consagrou uma vasta gama de direitos aos cidadãos, dentre eles o direito à vida e à liberdade. No entanto, gera-se uma grande discussão quando tratado o direito à morte digna, para se debater o cabimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste contexto, dado a autonomia dos princípios, cada qual com sua grandeza, o direito à morte digna urge dessa nova interpretação constitucional, permitindo o nascimento de novos institutos ainda não consagrados. Cabe agora, ao interprete constitucional, permitir-se renovar para que possa acompanhar o grande avanço social.

Ainda, o presente trabalho terá como elementos metodológicos cumpridos o método de abordagem dedutivo, como técnica de abordagem a monográfica, com método de pesquisa a bibliográfica, como técnica de pesquisa a exploratória e, finalmente, como ponto de vista uma pesquisa qualitativa.

2. Os Direitos Fundamentais e a Dignidade D Pessoa Humana

A Constituição Federal consagra diversos direitos fundamentais da pessoa, apresentando um exemplificativo rol de garantias. Norteador de todo o ordenamento jurídico, a dignidade da Pessoa Humana atua como fonte irradiadora, capaz de estruturar todas as normas constitucionais.

Recentemente na doutrina, a ideia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de debate, tendo por base o argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei

Fundamental³, sendo o princípio da Dignidade da pessoa humana que confere unidade à toda ordem constitucional.

Ainda, de acordo com Sarlet, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, pela qual é considerado merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana se concretiza por meio de um conjunto de direitos e deveres fundamentais, que buscam assegurar as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, e assim propicia e promove a participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com a sociedade em geral.

Assevera ainda que na qualidade de princípio fundamental constitui valor guia não apenas para os direitos fundamentais, mas também para toda a ordem jurídica⁴.

Ao se analisar o substrato material que compõem a dignidade humana, observa-se em sua estrutura a igualdade entre os sujeitos, a integridade, o bem-estar psicofísico social, a liberdade e solidariedade. Intrinsecamente ligado à interpretação da dignidade da pessoa humana está a garantia individual à vida, como verdadeiro elemento da existência humana.

Diferente de uma interpretação biológica, que traz a vida como condição no qual um determinado organismo consegue manter suas funções de metabolismo, crescimento, reação a estímulos provindos do ambiente, reprodução, etc. de modo contínuo, tem-se que, juridicamente, a vida enquanto direito fundamental não deve ser analisada apenas por esta ótica.

Isto decorre do axioma irradiado pela dignidade da pessoa humana, em que se deve interpretá-la sob um duplo enfoque, qual seja: o direito à vida em si mesma (o próprio direito de estar vivo) e o direito à vida digna (com condições mínimas de existência).

Assim a melhor compreensão é aquela que apresenta uma concepção de vida conectada à de dignidade humana, eis que representa o verdadeiro significado de vida,

3 Cf. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 54-5. Mais recentemente, G.B. Peña de Moraes, *Dos Direitos Fundamentais*, p. 89 e segs. - apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pg. 56.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. Op. cit., p. 72-73 – Citado por HÜBNER, Rochelly Valeska - *O Direito Fundamental à Morte Digna: Uma Visão a Partir da Constituição Federal De 1988*.

não sendo somente traduzido como ato de existência humana, mas como garantias mínimas de existência, a fim de proporcionar uma vida livre e plena, evitando o sofrimento ao sujeito de direito⁵.

Conforme enfatizam Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

É preciso enfatizar que, por mais forte que seja a conexão, dignidade e vida não se confundem! Cuida-se de direitos humanos e fundamentais autônomos, que, além disso, podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito, por exemplo, quando se cuida de, em nome da dignidade da pessoa humana, autorizar a interrupção da gravidez ou mesmo a eutanásia⁶.

Neste sentido, completa Sarlet evidenciando a necessidade de diferenciar o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, servido para evitar uma “biologização” da dignidade, vez que essa distinção assume um papel relevante quando tratados nos casos de proteção à vida e dignidade nos limites da vida. Importante afirmar que:

vida e dignidade são grandezas diferentes (valores, princípios, direitos) que não podem ser hierarquizados em abstrato, respeitando-se, ademais, a sua pelo menos parcial autonomia no que diz com seus respectivos âmbitos de proteção⁷.

No mesmo sentido, pode-se concluir que o direito à vida, é por vezes referido sob um modo qualificado, num sentido amplo, a abranger não só a preservação da vida física, mas designando, além disso, um direito à *vida digna*.

Trata-se de um direito de defesa, voltado a impedir que os poderes públicos pratiquem atos que atentem contra a existência de qualquer ser humano, coexistindo com essa dimensão negativa, uma positiva que implica numa pretensão jurídica à proteção através do Estado⁸.

Para Kant, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*: aquele que tem um preço é *substituível* e tem equivalente; de outro lado aquilo que *não admite equivalente*, possui

5 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional – 9. Ed. rev. Ampl. E atual. – Salvador. JusPODIVM. 2017, p. 412.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. Marinoni, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional–Teoria geral dos direitos fundamentais, 2017, pg. 448 - Livro digital.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. Marinoni, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional–Teoria geral dos direitos fundamentais, 2017, pg. 448 - Livro digital.

8 JÚNIOR, Aluer Baptista Freire e Amigo, Andréia Vieira. O direito de morrer com dignidade. Revista Educação, Meio ambiente e Saúde. Pg. 4. Publicado em 31/03/2017.

uma dignidade. Assim, as coisas possuem um *preço*; ao passo que os indivíduos possuem *dignidade*⁹.

Nessa linha, a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, pois não possui *preço*. Consequentemente, o ser humano tem o direito de ser respeitado pelos demais e também deve reciprocamente, na mesma medida, respeitá-los¹⁰.

Apenas consagrar a garantia constitucional à vida (em seu aspecto formal) não representa mais os anseios constitucionais, devendo haver uma intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, desdobrando em uma nova interpretação: viver com dignidade.

3. Autonomia na Manifestação da Vontade

Intitulada inicialmente pela ordem civil, o direito à manifestação da vontade foi modificado com a constitucionalização do direito. Assim, essa garantia individual enaltece a da própria dignidade da pessoa humana e a liberdade individual.

Decorrente do exercício da liberdade, a autonomia da vontade apresenta-se fortemente vinculada à concepção de liberdade positiva, sendo a situação em que o sujeito de direitos tem a possibilidade de orientar sua vontade para um objetivo, pautando-se exclusivamente na sua consciência, sem nenhuma interferência externa. Também pode-se desdobrar numa concepção negativa, ao passo que poderá não fazer ante a ausência de constrição ou impedimento¹¹.

Esta vontade traduz no querer interno, a vontade do sujeito detentor do direito. Aquele que possui a prerrogativa de optar conforme seu desejo, nos limites da lei.

A expressão autonomia da vontade apresenta sua origem no pensamento kantiano, estando relacionada à real vontade do sujeito de direito, em sua liberdade no exercício

9 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Abril, v. XXI, 1974 (Col. Os Pensadores), apud Ramos, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 2ª Ed. rev. Atual. e Ampl. – São Paulo: Saraiva. 2015 PG. 74.

10 RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 2ª Ed. rev. Atual. e Ampl. – São Paulo: Saraiva. 2015 PG. 74.

11 DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Op. cit., p. 132-133. – apud por HÜBNER, Rochelly Valeska - O Direito Fundamental à Morte Digna: Uma Visão a Partir da Constituição Federal De 1988.

das escolhas, podendo ser interpretada como desdobramento do princípio da dignidade humana.

Tal exercício, conforme esclarece Kant, se relaciona à vontade real do sujeito no exercício de sua liberdade, concebendo uma conotação subjetiva ou psicológica, na medida em que representa a exteriorização do querer interno do detentor do direito¹².

A interpretação que se pode extrair é a de que o Estado não pode intervir na escolha do detentor do direito, devendo oferecer os meios hábeis para que este opte pela opção que apresente a melhor apresentar os anseios daquele que a exterioriza, dentro de sua concepção pessoal.

Trata-se de um pressuposto de vários direitos e garantias fundamentais, ressaltando sua fundamentalidade no bojo da Constituição. Quando a Constituição Federal contempla o direito à liberdade, declara a garantia à livre manifestação da vontade, sendo permitido fazer aquilo que não for proibido.

Vale extrair o conceito de manifestação da vontade conectando-a à ordem constitucional, mormente o enlaçamento das garantias individuais com os institutos constitucionais. Nesta seara, a manifestação da vontade apresenta-se com alto teor constitucional, sendo fundamento de validade das garantias individuais na ordem individual.

A dignidade como autonomia, traduz-se primariamente pela capacidade de autodeterminação, o direito se autodesenvolver-se e decidir individualmente suas escolhas. É um verdadeiro desdobramento do direito da personalidade, permitindo optar pelas escolhas morais, pessoas, e assumir as consequências da própria escolha. Envolvida por esta ideia de autonomia, está o sujeito moralmente capaz de se autodeterminar, traçar planos e executá-los¹³.

Num outro aspecto, apresenta-se como condições de execução dessa autodeterminação. Não bastando apenas atribuir as garantias individuais, mas estruturando condições que propiciem a execução dessa garantia.

12 GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Autonomia da Vontade, autonomia privada e livre iniciativa: uma visão sob a ótica do Código Civil de 2002. Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta – Ano V – n. 9 – Novembro/2004, pg. 45.

13 BARROSO, Luís Roberto e Martel, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e Autonomia individual no final da vida. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 28 maio 2018.

Neste segmento, apresenta-se integrado a ideia de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia da vontade. Assim, a dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e suas garantias fundamentais¹⁴.

Tratando de intervenção médica e cirúrgica a atuação do especialista deve-se pautar em torno de alguns princípios básicos. O princípio da autonomia da vontade desdobra-se em, ao menos, dois mandamentos éticos: o primeiro é de que o indivíduo deve ser tratado como ente autônomo, e segundo que as pessoas cuja autonomia está diminuída devem ser objeto de proteção. Assim, consagra-se ao paciente domínio sobre o próprio corpo e sua própria vida¹⁵.

O Código Civil consagrou no art. 15¹⁶ a possibilidade de disposição do corpo para depois da morte, pelo livre-arbítrio que rege as relações privadas. Consagra ao paciente, que em tratamento médico, inclusive em casos de transfusão de sangue, possa optar, ao alvedrio, a escolha de iniciar ou dar continuidade ao tratamento.

Com intuito interpretativo, o enunciado 403 da V Jornada de Direito Civil concluiu que o direito a inviolabilidade de consciência (e também de crença) previsto constitucionalmente, deve ser aplicado à pessoa que se nega à realização de tratamento médico, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele.

Devendo ser observado a (I) capacidade civil plena daquele que pretende cessar o tratamento, (II) a manifestação livre e voluntária da vontade, sendo está consciente e informada e (III) a oposição que diga respeito exclusivamente à vida do próprio declarante.

Deslocando a autonomia da vontade para o estudo da morte digna, pode-se empregar um poder de disposição de faculdade e direitos subjetivos, reconhecendo que desse exercício resultarão modificações em certas relações jurídicas¹⁷.

14 BARROSO, Luís Roberto e Martel, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e Autonomia individual no final da vida. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 28 maio 2018.

15 PEREIRA, Angélica Teresa. A relação entre o direito e a bioética. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2237>. Acesso em nov. 2017.

16 Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

17 SZTAJN, Rachel. Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 132. – Citado por HÜBNER, Rochelly Valeska - O Direito Fundamental à Morte Digna: Uma Visão a Partir da Constituição Federal De 1988.

Dessa forma, inverte-se o foco para a vontade do paciente em estado terminal, a fim de contribuir para uma morte digna, objetivando tratamentos que apresentem um real benefício, evitando os desnecessários e desproporcionais¹⁸.

Assim, quando do tratamento de doenças terminais ou degenerativas, em que o paciente expresse sua vontade em optar por este ou aquele tratamento, ou até mesmo obsta-lo, deve-se levar em consideração sua vontade no momento de sua realização. Assim, resguarda o direito individual à liberdade de manifestação, uma aplicação direta da dignidade da pessoa humana.

4. Conflito Aparente Entre Princípios: Lei de Colisão¹⁹

Ponto de partida dessa análise, será a distinção realizada por Robert Alexy entre os princípios e as regras.

Alexy apresenta que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Princípios são por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes²⁰.

Nos casos das regras, são normas que serão sempre satisfeitas ou não, desta forma deve-se fazer exatamente o que se exige. Regras contém, portanto, determinações no âmbito das situações fática e jurídicas. Regem-se, portanto, pelo “tudo ou nada” em que sua verificação é de ordem ou de obstar-se.

Em casos que se verifica um aparente conflito em entre princípios, deve-se analisar as características do caso concreto, para que se verifique se dado instituto, sob as ordens constitucionais, pode ser exigido ou não.

18 COCICOV, Giovanny Vitorio Baratto. Perspectiva ético-jurídicas do fim da vida. Op. cit., p. 33. - apud por HÜBNER, Rochelly Valeska - O Direito Fundamental à Morte Digna: Uma Visão a Partir da Constituição Federal De 1988.

19 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Edição. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 94/103.

20 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Edição. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 91.

Diferente das regras, na colisão entre princípios, o que ocorre nos casos em que, por exemplo, algo é permitido em face de um e proibido em face do outro, um desses princípios deverá ceder. Não significa que haverá a declaração de invalidade do princípio cedente, muito menos uma introdução de exceção.

O que ocorre, em verdade, é que um princípio, sob determinadas condições de precedência irá se sobrepor em face do outro. Isto é o que ocorre nos casos em que um princípio tem maior peso que o outro, havendo, portanto, uma sobreposição²¹.

Em casos de conflitos entre princípios, Alexy estabelece uma lei de colisão, em que os conflitos devem ser resolvidos através do sopesamento entre os interesses conflitantes – que abstratamente estão no mesmo nível – para verificar qual tem maior peso de incidência no caso concreto²².

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas características do caso concreto, consistente em fixar condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro.

Assim, quando do conflito entre dois princípios, deve-se levar em consideração uma relação de precedência entre eles, para concluir qual princípio deverá ser aplicado ao caso. Trata-se em verdade, de um pressuposto fático, ou seja, as consequências jurídicas que resultarão da aplicação do princípio sobreposto.

Nos casos de sobreposição de um princípio em face do outro, a solução para esta colisão está na relação de precedência, posto que, caso adicionasse uma cláusula de exceção, se estaria criando uma regra que é realizada ou não.

Nestes casos, o estabelecimento de uma precedência conduziria à solução tendo por uma análise o caso concreto, sendo que, somente diante das situações fáticas pode-se dizer se há ou não a sobreposição de um princípio em face do outro.

Assim, somente diante da análise do caso concreto, pode-se afirmar a sobreposição de um princípio em face de outro. O direito fundamental à morte digna apresenta forte embate principiológico, ao passo que podem apresentar-se como conflitantes o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção constitucional à vida.

21 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Edição. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 95.

22 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Edição. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 95.

Decerto que não há no ordenamento jurídico brasileiro garantias individuais absolutas, a Constituição apresenta um rol exemplificativo, sendo previsto a existência de novas garantias em face aos novos princípios ou da colisão entre eles. A harmonia dos princípios resulta em um ordenamento sem antinomias, em que dado instituto, salvaguardado por princípios harmônicos, resultam na sua aplicação.

O direito fundamental à vida, resguardado pelo direito natural, tem sede na proteção estatal à integridade humana, bem como o mínimo existencial para sua garantia. Desdobramento direito do princípio da dignidade humana, a proteção à vida apresenta como ordem de intervenção estatal, vedando sua disposição.

Apresentando-se como dever estatal de proteção, verifica-se no direito à vida a impossibilidade de sua disposição, ao passo que, dever máximo do Estado, veda-se a verificação do requerimento à morte.

Surge aí o aparente conflito entre o princípio à vida e a morte digna. Ambos os institutos, imbuídos pelos valores irradiados pela dignidade da pessoa humana, conflitam-se, sendo necessário a análise individual para sua solução.

Numa relação de precedência, deve o aplicador do direito analisar as relações fáticas, distintivas do caso concreto para sua aplicação. Somente em sua verificação individual pode conduzir na precedência de um princípio sobre o outro. Assim, somente o resultado de uma vida indigna pode configurar a precedência da garantia pessoal da morte digna.

Assim, quando do conflito entre princípios, presentes as condições fáticas que justificam o direito fundamental à morte digna, o direito individual à livre manifestação da vontade e a dignidade da pessoa humana encontra-se em relação de precedência ao direito à vida e sua indisponibilidade.

5. Terminalidade da Vida, Obstinação Terapêutica e Morte Digna

Atualmente existem intensos debates sobre a denominada terminalidade da vida e até mesmo ao “direito à morte digna”, isto é, nem sempre a morte conduz-se numa passagem sem dor, revelando-se a necessidade de assegurar aos pacientes portadores de doenças crônico-degenerativas e incuráveis o menor sofrimento possível até a sua morte²³.

23 CHAVES, Cristiano e Outros. Código Civil para Concursos / coordenador Ricardo Didier - 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. pg. 51.

Com a decorrência do poder médico de abreviar ou estender o processo de vida, traz a necessidade de debate do direito à morte digna. Com a evolução da medicina e a crescente medicalização da vida e da morte, emergiram novos desafios à humanidade, em especial, a ética e ao direito²⁴.

Nesse mesmo senso, Roxana Borges afirma haver, hoje em dia, uma:

“reapropriação” da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo no momento da sua morte. Reivindica-se uma morte digna e consequentemente um “direito de morrer”, o que significa a recusa de se submeter a manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia²⁵.

A obstinação terapêutica, ou seja, a ânsia, o desejo de cura e tratamento da doença nem sempre conduzirá a uma solução indolor da enfermidade. A intensidade das práticas médicas nem sempre traduzirá em um resultado positivo ao paciente, ainda que reiteradamente tentado, tornando-se possível uma prolongação dolorosa da vida, vindo de encontro com a dignidade do enfermo.

Em que pese haver o desejo de cura da moléstia pelo profissional médico, isto não poderá ser interpretado como desejo do paciente em tentar ou continuar no tratamento. O tema ganha força ao interpreta-lo como parte última da vida, sendo seu consectário, consequência lógica natural.

Viver com dignidade, também se traduz em optar pelo melhor método, a forma que melhor atender o conceito de dignidade e que trazer o menor sofrimento ao paciente quando morrer.

Os defensores da morte digna, de um modo geral, vislumbram a situação do paciente terminal que é exposto a tratamentos que apenas prorrogam o momento de sua morte, não lhe trazendo benefícios, somente dor e sofrimento. Contudo, geralmente esses defensores não estendem suas defesas à prática da eutanásia ativa.

24 DANGUI, Thiago Zago e Sandri, Jussara Schmitt. Eutanásia: O Direito À Morte Com Dignidade E Autonomia. II Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas. Pg. 2.

25 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, cf. “Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital. Análise constitucional e penal e direito comparado”, cit., p. 284 – apud FARIAS, Cristiane de, Rosendal, Nelson. Coleção curso de direito civil; v. 7. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50.

O morrer com dignidade, assim, costuma-se relacionar com a ideia de morrer em paz, com integridade física e espiritual, ou ainda, de morrer no momento certo, com conforto e alívio do sofrimento²⁶.

Seguramente trata-se de uma perceptível homenagem ao reconhecimento do direito à morte digna como uma consequência natural do direito à vida digna. Ademais, vale apontar que não se trata de eutanásia, nem de ortotanásia ou qualquer outra forma de morte.

Cuida-se, tão somente, do direito do paciente de morrer sem sofrimentos desnecessários, ou tratamentos que prolonguem a dor, na exata medida em que a medicina não conseguiu estabelecer a cura daquela situação²⁷.

O Código de Ética Médica autoriza ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar²⁸.

Evidencia-se importante mudança de paradigma, uma vez que se reconhece que a prioridade deve ser a pessoa doente e não mais o tratamento da doença.

Ainda, cumpre ressaltar a possibilidades dos denominados Cuidados Paliativos, em que há apenas o tratamento necessário para alívio das dores do paciente, não voltado para o tratamento da doença. Trata-se de uma abordagem que melhora a qualidade de vida daqueles em estado terminal e familiares que enfrentam problemas relacionados a doenças potencialmente fatais²⁹.

A Resolução nº 1.995, de 9 de agosto de 2012, do Conselho Federal de Medicina, a fim de combater as dores diversas decorrentes de tratamentos e procedimentos

26 DANGUI, Thiago Zago e Sandri, Jussara Schmitt. Eutanásia: O Direito À Morte Com Dignidade E Autonomia. II Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas. Pg. 12.

27 FARIAS, Cristiano Chaves de, Rosendal, Nelson. Coleção curso de direito civil; v. 7. São Paulo: Atlas, 2015. p. 51.

28 I – Dos Princípios Fundamentais: XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados. Art. 41. (...). Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

29 Tradução Livre. Disponível em https://eutanasia.ws/cuidados_paliativos.html.

médicos que prolongam a vida dos pacientes terminais sem chance de cura (a chamada futilidade médica), em clara sintonia com o direito à vida digna.

Através das diretivas antecipadas de vontade (também denominadas de testamento vital), permite ao paciente definir, enquanto estiver no gozo das faculdades mentais, os limites terapêuticos adotados pelo médico em possível hipótese de estado terminal. Assim, presente essa clara manifestação de vontade do paciente, o ato regulamentar determina ao médico o respeito às diretivas antecipadas³⁰.

A referida resolução, considerando a necessidade de regulamentação acerca das diretivas antecipadas de vontade, bem como a relevância da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, advém para assegurar a ambos a autonomia suficiente para decidir acerca do tratamento adequado.

Já se colhe interessante precedente jurisprudencial de aplicação das diretivas antecipadas, respeitando inteiramente o direito de morrer dignamente:

“Biodireito. Ortotanásia. Testamento vital. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para ‘aliviar o sofrimento’; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado Biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução no 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.” (TJ/RS, Ac. unân. 1ª Câmara Cível, ApCív. 70054988266 – comarca de Viamão, Rel. Des. Irineu Mariani, j. 20.11.13, DJRS 27.11.13)³¹.

30 FARIAS, Cristiano Chaves de, Rosendal, Nelson. Coleção curso de direito civil; v. 7. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50/51.

31 Julgado retirado do livro: FARIAS, Cristiano Chaves de, Rosendal, Nelson. Coleção curso de direito civil; v. 7. São Paulo: Atlas, 2015. p. 51/52.

Conforme consta do julgado, as diretivas antecipadas de vontade (ou testamento vital) se apresentam como um conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestadas pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Ademais, nas decisões acerca dos cuidados e tratamentos de paciente que se encontrem incapazes de se manifestar, deverá o médico, levar em consideração as diretivas antecipadas expressadas pelo paciente.

Neste sentido, tratando de intervenção médica e cirúrgica a atuação do especialista deve-se pautar em torno de alguns princípios básicos. O princípio da autonomia da vontade desdobra-se em, ao menos, dois mandamentos éticos: o primeiro é de que o indivíduo deve ser tratado como ente autônomo, e segundo que as pessoas cuja autonomia está diminuída devem ser objeto de proteção. Assim, consagra-se ao paciente domínio sobre o próprio corpo e sua própria vida³².

Esta interpretação resulta de uma mudança de perspectiva. Ao deparar-se com situações em que os pacientes são portadores de doenças degenerativas ou irreversíveis, deve-se mudar o parâmetro de análise, não mais voltando-se para o tratamento da doença, mas para o bem-estar.

Outra mudança que pode ser observada nos dias atuais diz respeito ao paciente que ciente de seus direitos, não é mais uma pessoa que espera passivamente as determinações médicas, em um procedimento estanque. Ele participa em conjunto das decisões sobre sua saúde e, em última análise, sobre sua vida e morte³³.

Ainda, Roberto Dias³⁴ apresenta que esta mudança se deve principalmente às previsões constitucionais sobre cidadania, liberdade e dignidade. O autor conduz o debate no sentido de admitir o direito de cada pessoa, de forma livre e individualizada, coordenar sua vida com base em seus próprios valores de modo a decidir como viver e como morrer.

32 PEREIRA, Angélica Teresa. A relação entre o direito e a bioética. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2237>. Acesso em nov. 2017

33 ROCHELLY Valeska Hübner - O Direito Fundamental À Morte Digna: Uma Visão A Partir Da Constituição Federal De 1988. 2013.

34 DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Op.cit., p. 139-140 – apud. ROCHELLY Valeska Hübner - O Direito Fundamental À Morte Digna: Uma Visão A Partir Da Constituição Federal De 1988. 2013.

Nesta seara, competiria ao Estado e aos particulares apenas reconhecer como legítimas as escolhas feitas, desde que não causassem dano a outros indivíduos.

Vale ressaltar, a fim de fortalecer o debate, a lembrança de um trecho da película *Mar Adentro*, traduzindo na tela a história real do marinheiro Ramón Sampedro, passada em pequena cidade da Espanha.

Ramón, tetraplégico desde os 25 anos de idade por conta de um acidente no mar, que o deixou incapacitado, apenas com os movimentos do rosto. Por conta da paralisia pleiteou à corte espanhola o reconhecimento do seu “direito à morte”.

Como o marinheiro não conseguia por fim à própria vida por conta da paralisia e também não queria prejudicar seus amigos (em eventual responsabilização penal), ajuizou ao Tribunal de Barcelona e La Coruña que fosse permitido se objetar às sondas pelas quais era alimentado. Seu pedido foi negado por ambas as cortes.

Da mesma forma o Tribunal Constitucional espanhol negou. Por este motivo entendeu ser “condenado a viver”. Em sua última tentativa, dirigiu-se à Comissão Europeia de Direitos Humanos, sem êxito. Sem dúvida, seu caso é memorável para a discussão ao direito à morte digna. Vale citar um trecho de seu desabafo quando indeferido seu pleito:

“eu, tal qual como alguns juízes e a maioria das pessoas que amam a vida e a liberdade, penso que a vida é um direito, não uma obrigação. Contudo, fui obrigado a suportar esta penosa situação durante 29 anos, 4 meses e alguns dias. Recuso-me a continuar a fazê-lo por mais tempo! Apelei à Justiça para evitar que os meus atos tivessem consequências penais para outros. Estou à espera há cinco anos. E como tanta demora me parece ridícula, decidi pôr fim a tudo isso de uma forma que considero mais digna, humana e racional. Como podem ver, a meu lado tenho um copo de água com uma dose de cianeto de potássio. Quando o beber terei renunciado, voluntariamente, à propriedade mais legítima e privada que tenho; ou seja, o meu corpo. Também me terei libertado de uma humilhante escravidão – a tetraplegia³⁵.

Assim, o direito à morte digna representa a real vontade do paciente que não pretende mais insistir no tratamento, prolongando sua dor e angústia. Em uma seara subjetiva, opta-se pela forma que conduz à uma dignidade, pondo fim a todo sofrimento.

35FARIAS, Cristiano Chaves de, Rosendal, Nelson. Coleção curso de direito civil; v. 7. São Paulo: Atlas, 2015. p. 54.

Resguardar a morte, como um direito, é conferir ao processo da vida um modelo de dignidade máxima, em que o paciente, ciente das consequências, escolhe a forma que lhe trouxer a menor intensidade de aflição e padecimento.

Interpretar de forma diversa, o direito à vida resultaria em um dever de viver sob qualquer circunstância e a sua condição de direito subjetivo restaria funcionalizada em detrimento de sua função objetiva, como ordem positivada³⁶.

Considerações Finais

A pesquisa conduz à análise do direito à morte sob o prisma dos direitos fundamentais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e autonomia na manifestação da vontade, bem como sua contextualização no direito brasileiro. O tema é extenso, portanto não se pretende fazer uma análise minuciosa, ao revés, tem por principal objetivo apresentar o instituto, bem como sua verificação no ordenamento jurídico e sua aplicabilidade. Objetiva-se uma análise espiritual, o enlaçamento principiológico que sedimenta o instituto.

A morte por tempos foi um fenômeno pouco debatido, ainda mais envolvendo a possibilidade de requerê-la. Em verdade, tratamos de seus efeitos jurídicos somente após sua ocorrência, sempre voltados para as consequências patrimoniais (direito das sucessões).

A vida marca o início da existência humana, com aquisição da personalidade jurídica e a aptidão de assumir obrigações e apresentar-se como sujeito de direitos. Esta é, portanto, ato involuntário, natural. A intangibilidade da vida e a vulnerabilidade do corpo marcam o ponto de comunhão entre todos. Representa a um só passo mistério e desafio. Mistério ante a incapacidade humana de compreender o processo de existência; e desafio, pela ambição permanente de domar a morte e prolongar a sobrevida³⁷.

O direito à morte digna, reflexo do direito à vida, advém das próprias necessidades do cidadão. Concluir-se que o princípio/fundamento da dignidade humana carrega consigo o direito à vida e que, a morte, último ato de existência humana é uma consequência lógica e natural, seria irrazoável a interferência estatal, vedando a

36 SARLET, Ingo Wolfgang. Marinoni, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional–Teoria geral dos direitos fundamentais, 2017, pg. 465 - Livro digital.

37 BARROSO, Luís Roberto e Martel, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e Autonomia individual no final da vida. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 28 maio 2018.

necessidade humana de morrer dignamente.

O instituto apresenta-se com alta relevância social, pois envolve garantias fundamentais. Sua análise deverá ser minuciosa, evitando seu uso deliberado, ao passo que perderia a própria essência. Em verdade, sua ocorrência baliza-se em casos ímpares, em que se torna realmente digna a morte comparando-a com a vida agonizante.

O direito a morte digna surge no aparente conflito entre o direito a proteção à vida e a dignidade da pessoa humana. Amparando o debate, o princípio da autonomia da vontade surge como base subjetiva ao paciente que, em estado terminal pretende por fim, não à vida, mas ao sofrimento de permanecer vivo.

O tema carrega consigo grande base axiológica, posto que grandes religiões reprovam o instituto, fazendo que seja visualizado de modo inverso. O que se pretende destacar é que todos tem o direito de optar pela melhor forma de tratamento, se por ações paliativas, ou por ausência de tratamento. Tudo deve ser analisado pela ótica do paciente, aquele que realmente importa. Deve-se perquirir o seu desejo, evitando ao máximo sua angústia e dor.

Neste contexto é que se afirmar uma nova ordem interpretativa do direito individual à vida, onde deve-se analisar primeiramente a dignidade do sujeito de direito e sua liberdade de expressão e escolha. Resguardar a vida, também se traduz em assegurar uma morte digna. A morte, último ato de existência humana, é etapa da vida, trata-se, portanto, de viver e morrer com dignidade.

Deste modo, conduz-se a um direito individual do detentor, consectário da vontade subjetiva do paciente. O direito fundamental à morte digna é o resultado de uma aplicação dos princípios constitucionais na ordem individual, sendo externada pela manifestação da vontade. É uma análise espiritual, de um direito pessoal, resultado de uma gama de garantias.

Morrer com dignidade é, neste contexto, a observação da vontade do paciente quando presentes condições que conduzem à uma vida dolorosa, sem condições mínimas de existência. É considerando todas as ambições e peculiaridades subjetivas, sem cercear garantias próprias, que quando a vida resultar na permanência agonizante, poderá desdobrar no direito à morte, resultando-se em um contexto permissivo.

Assim, o direito à morte digna traduz-se na vontade do paciente, pautado na sua subjetividade (todos os valores éticos e morais), de escolher a melhor forma de conduzir o último ato de existência. É o momento em que atua ativamente no escolha do

tratamento e na forma que será dirigido, se pretende ou não dar continuidade e alimentar a esperança de uma improvável cura.

Referências das Fontes Citadas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto, Martel, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e Autonomia individual no final da vida. Dissertação. Disponível em luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 28 maio 2018.

CIVIL, Código. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm. Acesso em maio de 2018.

DANGUI, Thiago Zago e Sandri, Jussara Schmitt. EUTANÁSIA: O DIREITO À MORTE COM DIGNIDADE E AUTONOMIA. **II Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas - II CONAPE**, Francisco Beltrão/PR, outubro de 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de, Rosenvald, Nelson. **Coleção curso de direito civil; v. 7**. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves e Outros. **Código Civil para Concursos** - coordenador Ricardo Didier - 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** – 9. Ed. rev. Ampl. E atual. – Salvador. JusPODIVM. 2017.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Autonomia da Vontade, autonomia privada e livre iniciativa: uma visão sob a ótica do Código Civil de 2002. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**. Jundiaí/SP – Ano V – n. 9 – Novembro/2004.

HÜBNER, Rochelly Valeska - **O Direito Fundamental à Morte Digna: Uma Visão a Partir da Constituição Federal De 1988**. Dissertação de Monografia. Universidade Federal Do Paraná Setor De Ciências Jurídicas Faculdade De Direito. Curitiba, 2013.

JÚNIOR, Aluer Baptista Freire e Amigo, Andréia Vieira. O direito de morrer com dignidade. **Revista Educação, Meio ambiente e Saúde**. Publicado em março de 2017. Disponível em: <http://faculdadedefuturo.edu.br/revista1/index.php/remas/article/view/130/197>

MÉDICA, Código de Ética. Disponível em: https://www.cremesp.org.br/pdfs/codigo_editca_medica_2017_27-04-17.pdf - acesso em maio de 2018.

PALIATIVOS, cuidados. Disponível em https://eutanasia.ws/cuidados_paliativos.html. Acesso em maio de 2018.

PEREIRA, Angélica Teresa. A relação entre o direito e a bioética. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2237&revista_caderno=6>. Acesso em 29 maio 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª Ed. rev. Atual. e Ampl. – São Paulo: Saraiva. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Marinoni, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional: Teoria geral dos direitos fundamentais**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

BEM VIVER DESCRITO PELO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO COMO UMA NOVA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA

Walter Gustavo da Silva Lemos¹

RESUMO

O presente artigo objetiva proceder a discussão das correlações do conceito de justiça com o instituto do Bem Viver, descrito no Novo Constitucionalismo latino-americano, como uma atuação conectada do ser humano com a natureza, com fito de estabelecer o progresso responsável e saudável. Estes termos importam elementos que podem coabitar o mesmo núcleo de discussão, de forma que é imperativo descrever quais são as suas intersecções. Assim, o artigo promove a análise destes conhecimentos utilizando do método de abordagem dedutivo, pelo uso do procedimento comparativo e de uma pesquisa bibliográfica, para conectar tais ideias e demonstrar a importância dos institutos e como é possível formar um conceito de justiça em conexão com natureza.

Palavras-chave: Bem Viver, Novo Constitucionalismo Latino-americano, Teoria de Justiça, Descolonialidade.

ABSTRACT

This article aims to discuss the correlation of the concept of justice with the institute of Well living, described in the New Latin American Constitutionalism, as a connected action of the human being with nature, in order to establish responsible and healthy progress. These terms import elements that may cohabit the same core of discussion, so it is imperative to describe what their intersections are. Thus, the article promotes the analysis of this knowledge using the method of deductive approach, using the comparative procedure and a bibliographical research, to connect such ideas and demonstrate the importance of the institutes and how it is possible to form a concept of justice in connection with nature.

Keywords: Well Living, New Latin American Constitutionalism, Theory of Justice, Decoloniality.

Introdução

Nosso planeta está passando por diversas intempéries de origens distintas que causam os mais diversos problemas, seja a seca no nordeste brasileiro, na África

1 Doutorando em Direito pela UNESA/RJ. Mestre pela PUCRS. Professor da graduação do curso de Direito da FCR – Faculdade Católica de Rondônia e da FARO – Faculdade de Rondônia. E-mail: wgustavolemos@gmail.com

subsaariana ou na região entre o México e os EUA; no aumento dos mares em pontos do Pacífico; ou o aumento dos níveis de chuva em outros pontos do território terrestre; o aumento do frio do inverno em outros locais; ou o aquecimento dos mares de forma geral, como pequenos exemplos.

Vê-se que a natureza vem apresentando sinais de respostas às constantes ofensas ao meio ambiente equilibrado, sendo necessária uma maior preocupação global com esta questão e seus reflexos ao ser humano e a toda biosfera.

Assim, é necessária a adoção de uma concepção jusambiental que influa diretamente na vida das pessoas, modificando as relações entre o ser humano com o meio ambiente, sendo imperativo um pensamento de justiça a ser adotada pelos Estados que possa primar por uma atuação ecológica e sustentável no campo das ações públicas.

Nesta perspectiva, o presente artigo objetiva promover a discussão de que o instituto descrito como Bem viver pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano como um meio de encerrar em si uma nova concepção de Justiça, de forma a descrever a necessidade de uma nova visão de mundo, pautada na acepção da natureza como detentora de direitos, sendo utilizada de forma necessária, sustentável e equilibrada.

Assim, esta pesquisa objetivará promover a análise destes institutos correlacionados, na busca de se estudar a concepção da Justiça interligada ao pensamento do Bem Viver, sendo que tal estudo se dará por via do método de abordagem dedutivo, usando como técnica de abordagem a comparativa, pelo uso do método de pesquisa bibliográfica, de finalidade exploratória e com ponto de vista qualitativo, para perceber o Bem viver como nova epistemologia de justiça.

1. Novo Constitucionalismo latino-americano

Uma série de acontecimentos jurídico-políticos se deu nos países latino-americanos e foram muito importantes para uma redefinição do papel da Constituição para o Estado, trazendo para a norma o pluralismo jurídico representativo da diversidade de seus povos, que acabam figurando a expressão da diversidade de seus pensamentos e modos de vida. Assim, a partir da Constituição brasileira de 1988, houve uma mudança de valores constitucionais estabelecidos no seu texto, que não expressou valores únicos e centrais, mas procedeu a inclusão de valores e ideias multiculturalistas, como meio de convivência entre os mais diferentes povos e classes que formam o Brasil. E é a partir deste pensamento que o Constitucionalismo latino-americano partiu para implementar a pluralidade jurídica de todos os povos que se

encontram no Estado, não somente em respeito às suas diferenças, como também das mais variadas culturas.

Neste sentido, Ribeiro descreve que “é a criação/reconhecimento pela ordem jurídica de direitos existentes no seio social, (...) popular e da construção de um Estado que reconheça a pluralidade e peculiaridade de seu povo”.² Este pensamento busca uma nova independência, pela busca de um Estado participativo e efetivamente democrático.

Tais ideias importam em valores fundamentais no texto normativo que buscam o respeito à dignidade, à igualdade, às culturalidades e às diferenças entre os povos do estado, objetivando proceder princípios e ideais de justiça social. Sendo perceptível que as Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, trouxeram tais normatividades para um novo Estado, plurinacional e imbuído em interações sociais na promoção de uma maior participação democrática.

Dalmau descreve a construção de uma nova mentalidade constitucional, que adequa tal texto da norma à realidade vivenciada pelo povo, ao ditar que a

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren.³

Isso importa na produção constitucional que expressa a independência e identidade dos povos inerentes, como meio de imiscuir na esfera político-social das populações envolvidas, ao estabelecer um outro tipo de Estado, que expresse a pluralidade e as culturalidades envolvidas nas interações sociais que retrata, promulgando uma cultura igualitária. Este é um pensamento inovador da compreensão da ordem constitucional, na promoção de uma realidade normativa que modifica a ordem social, política, econômica e cultural do Estado, que passa a ser visto a partir de todas as intersecções das culturas de seus povos.⁴ Instala-se um novo modelo de ampla participação popular, democrática e socialmente pontuado, sendo estes frutos da universalidade destes indivíduos constantes no Estado, para participar ativamente no

2 RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O neoconstitucionalismo latino-americano: uma análise antijuspositivista de aproximação do direito. In: Âmbito Jurídico, XVI, nº 119, dez. 2013.

3 DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de constitución del ecuador. Alter Justicia, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 23.

4 BELLO, Enzo. A cidadania no constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul, RS: Educ, 2012.

controle e fiscalização dos poderes instituídos, importando em outro tipo de governo, pautado na visão de uma comunidade aberta, fluída e complexa de sujeitos que constituem este pacto.

Assim, a esta nova compreensão da ordem constitucional estabelecida por tal movimento, não importa na alteração do trato das culturas inerentes a cada grupo ou povo constante desta sociedade, trazer uma nova epistemologia normativa, que é libertadora, autônoma e representativa do pensamento multiforme destes grupos.

Tal compreensão normativa conecta as diversas culturalidades dos povos do Estado, ao reconhecer novos sujeitos de Direito, ao vincular saberes multiculturais, interculturais e pluralistas, que concebe a natureza como sujeito de direito, munida das cosmovisões trazidas pelas mais distintas formas de culturalidades dos povos na interação com Estado, apoiada na construção de fenômenos jurídicos pautados na heterogeneidade dos envolvidos,⁵ como também das suas epistemologias, axiologias e tradições, de forma que os direitos da natureza surgem neste pensamento sob o instituto do Bem viver, na Constituição do Equador.

2. Bem Viver

O Novo Constitucionalismo latino-americano descreve a ideia do Bem Viver, a partir do uso da expressão *sumak kawsay* usada pela língua quéchua, descrito na Constituição do Equador, de 2008, ao ditar normas que promovem a interação da sociedade e da natureza, prezando pela atenção do bem-estar natural como meio equilibrado de desenvolvimento. Partindo de uma posição que tem a natureza como sujeito de direitos, buscam a efetivação do bem de vida, em população viva “em um ambiente são e ecologicamente equilibrado, que garanta sustentabilidade e bem viver.”⁶ O meio ambiente passa a não ser coisa sujeita à apropriação, mas como ente personalizado, onde para o desenvolvimento, é necessária uma atuação adequada aos interesses do povo e desta personalidade, de forma a impor a sustentabilidade como meio de progresso, garantindo a vida, o equilíbrio do meio ambiente e a biodiversidade.

Busca-se uma novel acepção jurídica, conectadas com nossas regionalidades latino-americanas, estabelecendo um pensamento descolonial, no qual o indivíduo interage com a natureza de forma integrada no coletivo ao seu entorno. Portanto, tem-se

5 BELLO, Enzo. A cidadania no constitucionalismo, 2012.

6 EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador. 2008. Disponível em <http://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/Constitucion-2008.pdf>.

uma inteligência comunitária baseada no diálogo entre seus membros, na promoção de um conviver simbiótico entre a sociedade e a natureza, de forma a garantir proteção à ancestralidade, ao plurinacionalismo e direitos culturais inerentes a tal relação harmônica e que aceita as suas diferenças existentes entre os indivíduos.

As ideias de Bem Viver aparecem nas Constituições do Equador, de 2008, onde ficou patente a utilização deste pensamento de *sumak kawsay*, e depois nas normas bolivianas, como meio de prezar pelo bem-estar natural e um meio equilibrado de desenvolvimento, onde tais ideais buscam a implementação de um certo bem de vida, de equilíbrio do meio ambiente, da biodiversidade e dos seres que a habitam, como também parte da ancestralidade dos seres, tanto que o mesmo artigo da Constituição equatoriana declara a necessidade de “conservação dos ecossistemas, a biodiversidade e a integridade do patrimônio genético do país, a preservação do meio ambiente e a recuperação dos espaços naturais prejudicados.”⁷ Esta ideia amalgama o uso da natureza pelo povo que junto a esta se integra, com a necessidade de proteção e preservação da natureza.

A partir destas expressões, Zaffaroni⁸ descreve a ideia da Pachamama e o ser humano, como o convívio simétrico do homem com esta natureza, a partir do campo normativo que é imperatividade do indivíduo respeitar os animais dentro desta atuação em Bem Viver. Na mesma esteira, Boff⁹ descreve o seu *ethos* mundial partindo do elo entre o ser humano e a natureza na busca pelo progresso responsável e saudável. É patente que esta expressão se estabeleça em um marco próprio, latino-americano, que é alhures ao pensar ditado norte do globo terrestre, estabelecendo uma ideia descolonial, em que os discursos produzidos se conectam com as epistemologias destes povos regionalmente localizados, trazendo para o campo jurídico a expressão de suas vivências próprias, latino-americanas, ancestrais, pluriculturais e democráticas, como um discurso expresso pelo Sul¹⁰ para o mundo.

Porém, esta não deve ser somente uma questão estatal, de proteção ao meio ambiente, mas é uma preocupação de todos, na defesa da natureza como meio de garantir a expressão de uma cultura ancestral expressa, que deve buscar a prosperidade

7 EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador. 2008. Art. 14.

8 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue, 2012.

9 BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: Um consenso mínimo entre os humanos*, Brasília, Letraviva, 2000, p. 90.

10 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

que preserve o seu entorno, tanto que Gudynas e Acosta estabelece uma sustentabilidade baseada na responsabilidade social e ecológica, como “una expresión de un conjunto de derechos, y que para asegurarlos es indispensable encarar cambios sustanciales (...) que tensiona el concepto de desarrollo con una propuesta a ser construida, el buen vivir”.¹¹

O Bem Viver tem como finalidade social a utilização da natureza em progresso responsável, saudável, equilibrado e culturalmente conectado com os desejos dos povos, que são esculpidos nas normas como forma de respeito à fauna e à flora, que somente podem ser apropriados quando efetivamente necessário, de forma que a promover a interação social e ambiente local, na formação da sua concepção do que seja justo.

Como esta epistemologia descreve a natureza como sujeito de direitos, importa na compreensão de que nada que seja natural deva ser apropriado indevidamente, mas somente quando pautado na equilibrada necessidade decorrente da relação direta entre sociedade e o meio ambiente. Neste sentido, ARON descreve esta ideia como uma concepção comunitária e conexa onde

o ser humano deixa de ser o centro do universo e passa a integrar a natureza. A relação do indivíduo com a Pachamama passa a ser outra, a qual renuncia o ideal eurocêntrico de desenvolvimento, provocando uma verdadeira transformação no direito, indicando uma tendência ecocêntrica. Trata-se de uma epistemologia própria, que reivindica a prática de novos conceitos, fundada na convivência harmônica e interdependente do ser humano com a natureza.¹²

Este pensar não somente se conecta com a natureza e às práticas ancestrais dos povos que a cultua de forma milenar como sujeito, mas como um conhecimento reiterado e equilibrado na construção de uma relação associativa entre o homem e a natureza. Assim, o Bem Viver importa na busca com as conexões do ser com as suas culturalidades na expressão de sua relação com a natureza, de forma que as ancestralidades, culturalidades, práticas e noções de uso da Pachamama não seja a indicação desta como um simples bem ou coisa, mas um ser, ancestral e coletivo, que faz parte da pluralidade destes pensamentos,

3. Descolonialidade

11 GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen viver mas allá del desarrollo. Qué Hacer, nº 180, 2011, Ed. Desco: Lima, pág. 75.

12 ARON, Ananda. O paradigma do “Bem viver” e a necessidade do reconhecimento dos Direitos da natureza. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/ZeTvRi>.

O pensar no mundo acadêmico, jurídico ou econômico importa na aplicação de um discurso que se centra, quase sempre, em um mesmo eixo regional de produção do conhecimento, numa realidade norte-cêntrica (no eixo Europa/EUA), onde o pensar assim estabelecido, de forma colonialista e hegemônica, expressa o poder destes países centrais em detrimento do pensamento e dos poderes locais.

Após as discussões anteriores, é necessário discutir a questão da descolonialidade e a necessidade de se refletir para longe das visões europeias e norte-americanas sobre determinados temas, de forma a compreender que outras visões sejam contempladas, de modo a se olhar de forma multifacetada, recepcionando as distinções e peculiaridades de cada povo. Desta forma, este tipo de pensar ora combatido importa na reprodução de um discurso de dominação hegemônica e de poder de certos povos.¹³

O pensamento descolonial considera epistemologias distintas e libertárias, que importam em inteligências distintas e vinculadas aos juízos locais, em detrimento do pensamento importado, global, pasteurizado e centrado, já que tais conceitos se conectam à multiplicidade das realidades envolvidas. Esta discussão é procedida por Bragato, que descreve ser este pensamento

ligado aos estudos realizados pelo chamado grupo Modernidade/Colonialidade, formado basicamente por pensadores latino-americanos ou comprometidos com a realidade latino-americana e que propõem uma ruptura mais radical, chamada de desobediência epistêmica, em relação ao saber canônico europeu.¹⁴

Ou seja, Bragato propõe a ruptura com tal centralidade do saber, onde os pensamentos produzidos em outras paisagens sejam levados em conta na produção do conhecimento, sendo isso que Mignolo relata ao descrever que

a descolonialidade significa, ao mesmo tempo, desvelar a lógica da colonialidade e da reprodução da matriz colonial do poder, ou seja, da economia capitalista e também desconectar-se dos efeitos totalitários das subjetividades e categorias de pensamento ocidentais.¹⁵

Pensar de forma descolonial importa em deixar de lado as compreensões produzidas numa perspectiva norte-cêntrica, para implementar novas epistemologias e conhecimentos, tanto na conceituação dos institutos jurídicos e de outras realidades e

13 MIGNOLO, Walter. *The idea of Latin America*. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

14 BRAGADO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos Direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Novos Estudos Jurídicos*, Univali, v. 19, nº 1, 2014, p. 2011

15 MIGNOLO, Walter. *The idea of Latin America*. Oxford: Blackwell Publishing, 2008, p. 311.

ciências, por trazer visões até então ignoradas, no protagonismo das epistemologias do sul¹⁶ e das vivências e discursos que se conectam com as suas realidades.¹⁷

Desta forma, os conhecimentos estabelecidos com base em e regionalidades específicas devem também ser considerados, já que implicam na compreensão do conhecimento humano a partir das multifacetadas práticas, de forma que estas acabam por complementar conhecimentos já produzidos ou inovadores.

Como muito se fala em globalização e da necessidade da participação de todos na construção de mercados consumidores abertos mundiais, com a redução de fronteiras entre os Estados para a livre circulação de mercadoria, isso também importa na produção de um discurso baseado na ideia binária metrópole-colônia, que aniquila as práticas das culturas, ancestralidades e imemorialidades locais na construção de um pensar de abrangência e vontade geral. Assim, a discussão de descolonialidade insere, em si, um pensamento de libertação dos povos do sul a partir dos marcos de inteligência e práticas locais, como meio de se descolonizar o conhecimento e a sua apropriação, e não de pensamentos colonizadores presentes na produção científica, acadêmica e intelectual. A proposta da descolonialidade importa no afastamento das centralidades do poder e hegemonia contidos nos discursos que são produzidos em certo local para uma totalidade global, de forma que possamos valorizar as culturas e conhecimentos produzidas nas particularidades, já que

tem a ver com a necessidade de descolonizar o conhecimento. Essa conclusão decorre da constatação de que existe uma face oculta e encoberta da modernidade: a colonialidade. Colonialidade é um conceito cunhado por Anibal Quijano a partir das reflexões da teoria da dependência que lhe permitiram observar que as relações de dependência entre centro e periferia não se limitavam apenas ao âmbito econômico e político, mas se reproduziam também na construção do conhecimento. Com isso, o próprio conhecimento é passível de ser instrumento de colonização.¹⁸ (2014, p. 211/212)

Esta preocupação é descrita por Quijano,¹⁹ na busca de um intento que se aparta da dependência entre os Estados, de forma a expressar que as epistemologias podem se

16 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

17 BRAGADO, Fernanda Frizzo. *Para além do discurso eurocêntrico dos Direitos humanos: contribuições da descolonialidade*. 2014.

18 BRAGADO, Fernanda Frizzo. *Para além do discurso eurocêntrico dos Direitos humanos: contribuições da descolonialidade*. 2014. págs. 211/212.

19 QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina*. In: LANDER, Eduardo (org.). *A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. CLACSO: Buenos Aires, 2005, p. 227-278.

inter-relacionar na construção de um pensamento plural, que não reproduza a dependência entre os sujeitos. Como o saber é passível de apropriação, pode ser utilizado de forma a causar dependência entre os povos.

Neste sentido, o pensamento descolonial traz em si a liberdade da dependência que o conhecimento pautado no discurso colonialista importa, de forma que assim pensar acaba por promover um diálogo de conhecimentos entre os elementos envolvidos, admitindo diferentes reflexões e aportes a partir das realidades e pensamentos locais, não no distanciamento do pensar totalizante, mas de forma que estes saberes, cosmovisões, práticas e culturalidades sejam respeitados e recepcionados, para serem utilizados de forma conjugada ou isolada com os demais saberes.

Neste sentido, o pensamento descolonial visa realizar esta confluência de espaços, onde todos os discursos sejam praticados, tolerados e permitidos, oxigenados o que se debate como várias epistemologias na construção de conceitos multifacetados e que sejam inclusivos.

4. Teoria da Justiça

Todo o tempo possui pensamentos que lhes são característicos e inerentes, não sendo diferente tal situação com a compreensão do que vem a ser justiça. Embora possamos conceber justiça como um conceito abstrato devidamente intrincado nos ideais advindos da interação social, na busca por uma atuação que visa o interesse e a oportunidade para todos, mas devidamente estabelecida de forma equilibrada, plausível e respeitosa pela sociedade, pautando-se no Direito, na ética, na moral e/ou na religião como meio para atingir os objetivos coletivamente estabelecidos. Estas concepções não são unânimes e variam de acordo com o tempo, o contexto social e o conceito estabelecido de parâmetro de inteligência do que é justiça, não obstante tudo acabe por confluir na prescrição do respeito pelo direito de terceiros e de mecanismos automáticos ou intuitivos nas relações sociais.

Assim, desde Aristóteles, que acaba por associar sua ideia de justiça à concepção de bem ao fim de determinado objeto, onde todo o alcance importe como pressuposto de que todo o conhecimento e todo o trabalho tem como finalidade um bem²⁰; até Rawls, que vai compreender o que é justo assente na necessidade de uma união de visões para a

20 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. — São Paulo: Nova Cultural, 1991. Col. Os pensadores, v. 2.

formação de consensos compartilhados que possam garantir a aplicação da liberdade e da igualdade entre os indivíduos. Assim, a sociedade moderna, contemporânea, é uma sociedade complexa, com a pluralidade de grupos, que são criados, produzidos, transformados e tornados visíveis na atualidade, em especial pela globalização e pelos meios de comunicação.

Assim, esta sociedade multifacetada e plural necessita uma concepção de justiça que corresponda a tais anseios, como expressão da métrica desta comunidade no resolver seus conflitos coletivos e para a promoção das políticas públicas necessárias na atenção destes indivíduos. Desta forma, esta sociedade necessita proceder com a decisão coletiva do que é justo para a implementação de tais ações no campo público.

Sempre esta discussão retoma o seu vigor desde a antiguidade, tendo em vista que a sociedade na qual todos se encontram buscam tais ideias de justiça. Nos tempos mais próximos, Rawls²¹ traz a discussão sobre justiça novamente, ao apontar que a sociedade moderna reivindica mais do que nunca um ideal justo para prosseguir na descrição de rumos a tomar, ainda mais quando falamos em perspectivas sociais plurais, já que a pós-modernidade como uma época de grande complexidade importa em objetivos e finalidades diversas a serem atingidos no campo social.

A pós-modernidade acaba por colocar o indivíduo no centro da organização social e política, devidamente interagindo com Estado, como a institucionalização do poder, de forma que esta conexão deve ser pautada em uma compreensão pública do que é o justo.²² Mas não há uma compreensão geral de justiça na esfera pública, importando na liquefação das relações sociais de acordo com Bauman,²³ onde as identidades e compreensões das ações são fragmentadas, sendo necessária a reconstrução destas identidades, passando entendimento pela concepção do que é justo. Mas acaba fluidez, acaba por lançar o ser num campo distinto, de “absolutização do eu”, onde nada decorre da sua ação, mas do dever da sociedade e do Estado, tanto que Chevalier descreve que “é a afirmação sem limites de indivíduos que estimam nada dever à sociedade, mas tudo exigem dela”.²⁴

21 RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

22 CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

23 BAUMAN, Zygmunt. O mal estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

24 CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. p. 18.

Noutro turno, o Estado acaba se tornando um campo de ações multifacetadas, onde não há um caminho único a ser seguido, já que não se determinam as prioridades estatais, mas a realização imediata de aspirações dos grupos existentes na sociedade. Portanto, Rawls, em contraposição ao utilitarismo que esta sociedade hiperindividualista acaba buscando, descreve como objetivo que as instituições públicas devem apresentar no desenvolvimento de suas atividades uma consciência coletiva, ou ao menos, na busca pela criação de consensos coletivos sobre os objetivos desta sociedade; a Teoria da Justiça de Rawls se enquadra perfeitamente neste contexto social.²⁵ Nesta sociedade tão plural, não existem formas básicas de como as instituições devem ser organizadas em uma democracia constitucional; já, cada país, cada sociedade, conjunto de indivíduos traçam caminhos distintos, conforme seus valores e contextos sociais, econômicos e políticos, a forma que essas organizações devem ter.

Contudo, Rawls aponta uma maneira de compreender de que forma essas instituições devem ser organizadas para alcançar a justiça na sociedade com a especificação de determinados direitos fundamentais, edificados desde o apontamento de antecedência na institucionalização destas e adoção de disposições que garantam a todos a efetivação de oportunidades e liberdades.²⁶

Da mesma forma, todos devem ter os meios equitativos para alcançar os seus objetivos, atuando de forma livre e igual nesta busca, donde advém uma justiça social, para que esta “estrutura básica deve ser organizada de forma a maximizar o valor para os menos favorecidos do sistema de liberdade igual compartilhado por todos. Isso é o que define o objetivo da justiça social”.²⁷

A partir desta perspectiva, Rawls estrutura a sua compreensão de justo, de forma que os direitos e garantias pelo Estado sejam efetivamente alcançados de forma equânime por todos os cidadãos. E, assim, percebe-se uma concepção política de justiça que se sustenta por si própria, mas sem a negação de outros valores existentes nos mais diversos contextos sociais, havendo a necessidade da congruência entre estes valores, para permitir que a busca por uma justiça social seja alcançada, pela incorporação das mais diversas aspirações presentes em uma sociedade complexa.

25 RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

26 RAWLS, John. Uma teoria da justiça.

27 RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2008, p. 251.

Nesta perspectiva, o liberalismo político de Rawls que elenca e protege determinados direitos, em especial, os de liberdade e os políticos, bem como, exige que a construção das instituições tenham como intuito aplicar estas compreensões de igualdade e liberdade como equidade. Para isso, não há nenhuma negação das teorias de justiça anteriormente estabelecidas, mas a busca por uma concepção de justiça complementar ao pensamento clássico.

Já Dworkin também acaba por promover uma outra construção para esta mesma discussão, sendo que esta passa pela compreensão dos valores da “ética” e “moral” na determinação do que é justo, já que correlaciona ética aos valores que cada pessoa deve implementar em cada momento da sua vida, e enquanto que moral diz respeito ao modo como as pessoas se relacionam.²⁸

Por tal aceção, o que é justo se determina a partir daquilo que é considerado o bem. Uma sociedade justa trata a seus membros como pessoas moralmente iguais, assim cada pessoa tem um valor e as instituições básicas da sociedade fornecem o suporte necessário para que esta pessoa realize seus objetivos de vida, segundo suas próprias convicções morais. Porém, estes valores partem primeiramente do indivíduo na observância dos interesses para que possa viver bem.²⁹

Assim, Dworkin parte de uma distinção entre o dever e a consequência. Desse modo, estes dois objetivos estão associados e separados da seguinte maneira: Dworkin descreve que “viver bem significa esforçar-se por criar uma vida boa, mas sujeita a certos condicionalismos essenciais para a dignidade humana” (2012, p. 203). Esses dois conceitos seriam conceitos interpretativos.

Viver bem e ter tido uma vida boa são coisas diferentes. Viver bem é agir conforme padrões estabelecidos para o viver do indivíduo, onde este pratica tais valores de forma cotidiana para consigo mesmo e para com as demais relações, de forma que, ao contrário, teria vivido mal. Agora, ter tido uma vida boa, na realidade, é ter agido conforme as moralidades próprias nas interações com os outros, sendo pautadas no respeito e no cumprimento dos deveres impostos. Assim, Dworkin aponta que “o valor de viver bem é lexicalmente anterior ao valor de uma vida boa”.³⁰ Isso significa dizer

28 DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012.

29 DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. 2012.

30 DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. 2012. p. 209.

que, para ter tido uma vida boa, esta vida deve ser de viver bem. Estes valores são importantes para uma aceção do indivíduo como pautado em valores de justiça.

É deste panorama entre o valor do sentido de bem e do bom é que Dworkin constrói a sua teoria da justiça, pautada nos valores existentes nos indivíduos de serem responsáveis pelas escolhas que fazem em suas vidas e o respeito aos seus elementos mais autênticos. Neste enquadramento é que se pontifica a concepção de dignidade, como é um valor especial que deve ser protegido pelas estruturas existentes em uma sociedade, não significando que as instituições deverão ser interpretadas e realizadas somente a partir deste princípio, já que devem se pautar na compreensão da justiça para a identificação da prioridade no campo das ações públicas. Somente a partir de um sentido de bem e de justiça que pode se construir uma concepção de dignidade, que é um valor essencial, de proteção do indivíduo pelas estruturas existentes em uma sociedade.

Desta forma, Dworkin defende uma concepção de igualdade de recursos como pressuposto de que as pessoas são responsáveis pelas escolhas que fazem em suas vidas, embora não sejam fundamentos sólidos suficientes para permitir uma distribuição igualitária, posto que elementos externos podem interferir diretamente nestas escolhas, ainda que pautadas em predicados naturais que influem nesta questão. Assim, a igualdade como visto em sociedade importa na busca de recursos decorrentes destas escolhas realizadas, não implicando no bem-estar de todos a partir do alcance que estes recursos em decorrência das escolhas dos indivíduos, devendo o Estado atuar de forma a promover igualdade material, tendo a obrigação política de tratar a vida de cada pessoa com igual importância, de forma que se produza uma justiça distributiva, como um meio para que todos possam alcançar a vida boa.

Esta compreensão de justiça importa na necessidade dos indivíduos promoverem o necessário para tentar alcançar os ideais de uma vida pautada de forma ético-moral de viver bem e vida boa; mas o Estado tem papel de grande importância na interação entre os indivíduos e na garantia de que todos recebam condições necessárias que importem nas possibilidades destes alcançar tais padrões de vida.

É, portanto, imperativo para uma sociedade a existência de compreensões de justiça, para que os indivíduos que a compõem possam entender os elementos necessários para a promoção das virtudes estabelecidas conjuntamente para manter a ordem social e garantir os direitos de forma geral, importando a justiça como um estado

de equilíbrio e respeito entre pessoas, na comunhão de interesses, riquezas e, inclusive, oportunidades de certo grupo social.

Várias podem ser estas compreensões, já que os pensadores vão apresentar distintas acepções a partir do que seja a justiça, de forma que é essencial esta visão de justiça a partir um grupo social, como a compreensão do que seja o justo de forma a alcançar o conceito de dignidade e desenvolvimento, implementando o justo nas concepções de prosperidade.

5. O Bem Viver como uma nova concepção de justiça

Inúmeros são os desafios a serem enfrentados na esfera pública, sendo fundamental o papel do Direito para as ações de interação entre o homem e a natureza, bem como que esta se pautem em princípios democráticos e cidadãos, já que o meio ambiente também deve ser entendido como local de exercício da cidadania e de implementação de garantias fundamentais, dentre eles o direito fundamental à preservação do meio, ao saneamento básico, à água, à moradia, dentre outros.³¹

É nesta perspectiva que se descreve a necessidade do estabelecimento do que é o conceito de justiça, mesmo quando formulado sob uma perspectiva filosófica, podendo este conceito se conectar à ideia do Bem Viver, como um predicado distinto da sua aplicação corriqueira, para aglutinar a sua finalidade social a necessidade de uma atuação conectada do ser humano com a natureza, como meio de progresso responsável e saudável.

Neste sentido, é factível a comunhão de tais conceitos para formação de um conceito de justiça que assenhere a dignidade do ser humano e o respeito à natureza e a sua sustentabilidade, como a interação do homem com esta natureza, a partir destes novos conceitos constitucionais latino-americanos, inclusive a necessidade de que o ser humano respeite a fauna e a flora nesta atuação em Bem Viver, para que a natureza não seja utilizada de forma indiscriminada e como um simples bem, mas em uma interação com todos os seres existentes.

Isso importa em um comportamento ético do homem na sua relação com a natureza, de forma a modificar as diretrizes das políticas públicas, assegurando como direito fundamental o uso ambientalmente equilibrado da natureza, onde a ética e os

31 BELLO, Enzo. A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos. Caxias do Sul: EDUCS, 2013.

princípios do ecodesenvolvimento são vetores que buscam a consagração interativa entre homem e o meio ambiente, na origem e destino comum, devendo trazer novos significados, portanto, novos paradigmas. Para isso, é necessário que o ecodesenvolvimento seja concebido como uma ideia ética, do que é justo, que deve ser inserida na sociedade, a fim de que seja colocado em prática o respeito do ser humano para com o ambiente que o cerca, incluindo, além dos recursos naturais, todos os seres vivos que constituem a fauna, a flora e todos os ecossistemas do planeta.

Segundo Boff³², a sustentabilidade exige certa equidade social, isto é, uma distribuição mais ou menos homogênea dos custos e dos benefícios do desenvolvimento, sendo o preço de nossa sobrevivência a mudança radical na forma de habitar a Terra, de forma que é imperativa uma atuação ecodesenvolvimentista ou de uma bioeconomia que nos encaminha na direção de uma sociedade que busque a qualidade de vida de todos como objetivo, de forma a impedir que a atuação humana importe na diminuição dos impactos causados ao meio ambiente. Este tipo de atuação visa a promoção de políticas públicas que aliem a necessidade de se realizar uma administração de forma inclusiva, com um diálogo entre a espécie humana e a natureza, de forma protetiva e coordenada de esforços conjuntos na promoção da sustentabilidade coletiva.

Esta situação importa no equilíbrio das necessidades dos seres com a proteção ao meio ambiente, no âmbito do poder local e global, equilibrando-se o fornecimento de infraestruturas e serviços com o desenvolvimento econômico e proteção ambiental, na promoção de serviços públicos e infraestruturas básicos para atender minimamente à população, de forma a garantir a proteção ambiental.

É neste sentido que uma concepção de justiça compreende a ideia da necessidade de políticas ambientais conectadas às comunidades, garantindo a sustentabilidade ambiental, econômica e social, como forma de garantir a preservação do meio ambiente conjugado com a redução da pobreza, a justiça social e equidade, satisfazendo as necessidades básicas dos indivíduos, a preservação dos recursos naturais e o meio ambiente, a participação e solidariedade das populações envolvidas, para a

32 BOFF, Leonardo. O sentido de uma bioeconomia ou de um ecodesenvolvimento. 2014. Disponível em <https://goo.gl/FCJDqd>.

elaboração de um sistema social visando a justiça social e o multiculturalismo, de acordo com Sachs.³³

É assim que Bem Viver pode importar numa concepção de justiça, já que se baseia tanto em um conjunto de normas, como em elementos éticos, principiológicos, morais, tradicionais e ancestrais que envolvem as políticas públicas, que se pautam na pluralidade de todos os indivíduos desta sociedade e seus valores, em uma atuação coletiva e comunitária de interação entre o homem e a natureza, onde os “indivíduos/coletividades se ampliem e floresçam de modo que permita lograr simultaneamente aquilo que a sociedade, os territórios, as diversas identidades coletivas e cada um, visto como um ser humano/coletivo, universal e particular (...)”.³⁴

Esta epistemologia inicia no campo jurídico, mas que também se direciona para estabelecer as mais amplas discussões, desde o campo da ética até a política, passando pela economia, a justiça, a sociologia, a ecologia, dentre outros pensamentos, já que tem como marco uma sociedade plurinacional, que preza pelos valores da união, a responsabilidade de todos, o respeito ao pensamento ancestral, ligado à historicidade dos povos tradicionais, sendo esta a expressão das diversas maneiras de consciência de tais povos.

Assim, revela uma ideia de solidariedade e de coletividade, em contraposição ao individualismo vivenciado, para que o ser humano deixe o centro do universo e passa a integrar a natureza de forma simbiótica, que transforma o Direito em uma perspectiva ecocêntrica, pautada de novos conceitos, de convivência harmônica e interdependente do ser humano com a natureza, conforme estabelece Gudynas.³⁵ A incorporação da natureza ao direito constitucional como sujeito de direitos dá início a um novo capítulo na história do Direito, a respeito do qual a nossa imaginação é pobre, uma vez que nos movemos ainda dentro do paradigma que nega direitos a todo o não-humano. E é neste paradigma que o Bem viver trata ética que deve reger a ação do Estado, como também a relação entre as pessoas e em especial com a natureza. Acosta acaba por descrever que

O Bem Viver é uma filosofia de vida que abre as portas para a construção de uma projeto emancipador. Um projeto que, ao haver somado

33 SACHS, Ignacy. Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir. Terra dos Homens. 1ª ed. São Paulo: Editora Vértice, 1986.

34 MORAES, Germana de Oliveira. O Constitucionalismo Ecocêntrico na América Latina, o Bem Viver e a nova visão das Águas, pág. 135.

35 GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de La naturaleza y justicia ecológica. Tabula Rasa, Bogotá, n.13, julio-diciembre, 2010.

histórias de lutas, de resistência e de propostas de mudança, e ao nutrir-se de experiências locais, às que deverão somar-se contribuições provenientes de diversas latitudes, posiciona-se como ponto de partida para estabelecer democraticamente sociedades sustentáveis. Logo, a necessidade de uma nova economia e os Direitos da Natureza perfilam-se como questões de interesse à Humanidade. E, como tal, devem ser discutidos.³⁶

Implementar o Bem viver importa no estabelecimento de uma atuação justa, não somente sob uma perspectiva da natureza, mas de interação social e ancestral, que surge de conceito de sustentabilidade possível, no combate a parâmetros consumistas e individualistas, na busca por uma atuação correlativa entre a sociedade e a natureza, para diminuição das desigualdades sociais e a incorporação da cidadania como participação popular no jogo democrático, tendo o respeito às diferenças culturais e a introdução de valores éticos de respeito a toda a vida como cuidado permanente do meio ambiente. Preenchidos estes quesitos, dão-se as condições de uma justiça ecologicamente sustentável pautada na preservação do meio ambiente como elementos de todos.

Considerações finais

Em epílogo, o presente artigo discute como o Bem viver pode ser conjugado com o conceito de justiça na formação de uma teoria, na busca da implementação do que seja justo, a partir da convivência conjugada entre o ser humano e todos os seres da natureza, com meio de justiça para todos os seres vivos do planeta. Esta possibilidade de comunhão de tais conceitos, para formação de um conceito de justiça, acaba por assenhorar a dignidade do ser humano e o respeito à natureza e a sua sustentabilidade, inter-relacionando o homem com o meio ambiente, inclusive com a descrição da necessidade de que o ser humano respeite a fauna e a flora nesta atuação em Bem Viver.

O Bem viver como uma concepção de justiça acaba por encerrar em si a ideia de equidade e distributividade devidamente conecta com os direitos que a natureza possui, de forma que as políticas públicas a serem desenvolvidas importem na busca pela promoção da liberdade, igualdade e dignidade ao homem, mas também na promoção de direitos para a natureza e a regulação de seu uso como matéria-prima para os meios de produção. Este tipo de pensar ultima que o que é justo não o é somente em um horizonte humano, sendo igualmente válido para a natureza, as culturas, práticas e ancestralidades

36 ACOSTA, Alberto. O Bem viver – uma oportunidade para imaginar outros mundos. Editora Elefante, São Paulo, 1ª edição, 2016.

de todos, de forma que a sociedade deve estabelecer um consenso conjugado de vontades na interação homem-natureza, que seja efetivamente implementado para permitir a sobrevivência do planeta Terra, permitindo o progresso responsável e saudável, tendo como novo horizonte direcional um desenvolvimento com sustentabilidade e responsabilidade social e ecológica.

Referências de Fontes Citadas

ACOSTA, Alberto. O Bem viver – uma oportunidade para imaginar outros mundos. Editora Elefante, São Paulo, 1ª edição, 2016.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 4. ed. — São Paulo: Nova Cultural, 1991. Col. Os pensadores, v. 2.

ARON, Ananda. O paradigma do “Bem viver” e a necessidade do reconhecimento dos Direitos da natureza. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/ZeTvRi>. Acessado em abril/2018.

BAUMAN, Zygmunt. O mal estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BELLO, Enzo. A cidadania no constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul, RS: Educ, 2012.

BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: Um consenso mínimo entre os humanos*, Brasília, Letraviva, 2000, p. 90.

BOFF, Leonardo. O sentido de uma bioeconomia ou de um ecodesenvolvimento. 2014. Disponível em <https://goo.gl/FCJDqd>.

BRAGADO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos Direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Novos Estudos Jurídicos*, Univali, v. 19, nº 1, 2014, p. 2011

CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de constitución del ecuador. *Alter Justicia*, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 23.

DWORKIN, Ronald. Justiça para ouriços. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012.

EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador. 2008. Disponível em <http://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/Constitucion-2008.pdf>.

GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de La naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, Bogotá, n.13, julio-diciembre, 2010.

GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen viver mas allá del desarrollo. *Qué Hacer*, nº 180, 2011, Ed. Desco: Lima, pág. 75

- MIGNOLO, Walter. The idea of Latin America. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.
- MORAES, Germana de Oliveira. O Constitucionalismo Ecocêntrico na América Latina, o Bem Viver e a nova visão das Águas, pág. 135.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Eduardo (org.). A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. CLACSCO: Buenos Aires, 2005, p. 227-278.
- RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O neoconstitucionalismo latino-americano: uma análise antijuspositivista de aproximação do direito. In: Âmbito Jurídico, XVI, nº 119, dez. 2013.
- SACHS, Ignacy. Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir. Terra dos Homens. 1ª ed. São Paulo: Editora Vértice, 1986.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologias do Sul. Coimbra: Almedina, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue, 2012.

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CASA DE DETENÇÃO JOSÉ MÁRIO ALVES DA SILVA – URSO BRANCO – DE PORTO VELHO/RO À LUZ DO ARTIGO 41 DA LEI 7.210/84

Iara Vitória Pinheiro de Lima¹
Sávio Antiógenes Borges Lessa²
Cleverton Reikdal³

RESUMO

O princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana encontram-se expressos na Constituição Federal de 1988. O presente artigo pretendeu analisar o conceito e a efetiva aplicação da dignidade da pessoa humana na Casa de Detenção José Mário Alves da Silva – O Urso Branco de Porto Velho/RO - à luz do artigo 41 da Lei n. 7.210/84, demonstrando que todas as pessoas possuem o mesmo grau de dignidade, a importância do desenvolvimento e evolução da sociedade e compreender que os direitos humanos, na busca de uma sociedade igual em deveres e direitos, necessitam de políticas públicas destinadas a educação, cultura, ressocialização e reintegração.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Constituição Federal. Casa de Detenção José Mário Alves da Silva.

ABSTRACT

The principle and foundation of the dignity of the human person is expressed in the Federal Constitution of 1988. This article seeks the concept and application of the dignity of the human person in Detention House José Mário Alves da Silva - The Urso Branco of Porto Velho/RO by article 41 of Law 7.210/84, demonstrating that all people have the same dignity, and the relevance of development of society and that the human rights, in the search for an equal society in rights and duties, needs public politics to culture, resocialization and reintegration.

Key-words: Dignity of the human person. Federal Constitution. Detention House José Mário Alves da Silva.

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia – FCR, Porto Velho-RO, iara.lima@sou.fcr.edu.br.

2 Doutor em Ciência Política pela UFRGS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Pós-graduado em Segurança Pública e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Rondônia. Docente das disciplinas Direito Penal e Processual Penal da Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: savio.lessa@fcr.edu.br

3 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Administração Pública pela UNIR. Graduado em Direito pela Faculdade de Ensino Superior do Paraná – FESP. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Damásio. Docente das Disciplinas de empresarial I e II da Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: cleverton.reikdal@fcr.edu.br

Introdução

Podem ser citados alguns marcos históricos referentes à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, tais como: a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, dentre outros. Estas conquistas demonstram a pretensão e a iniciativa de mudar o cenário que a sociedade se encontrava, a fim de acabar com os tratamentos e com as atitudes que golpeiam a dignidade do homem.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.⁴

Portanto, a dignidade da pessoa humana é preservada a partir do momento que os direitos fundamentais são efetivamente concretizados aos cidadãos, garantido a todos uma existência digna, baseada nas suas liberdades individuais e direitos sociais, educacionais, saúde, lazer e outros.

Ao apresentar à sociedade a superlotação dos presídios, a facilidade com que drogas e objetos não permitidos, como armas e celulares, entram nos estabelecimentos prisionais, falta de higiene que, muitas das vezes, resulta em doenças severas, percebe-se a existência. De uma lacuna onde o sistema penitenciário se encontra ao deparar-se com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A presente proposta seleciona uma casa de detenção localizada na região Norte, Casa de Detenção José Mário Alves da Silva, para focar o debate sobre a aplicação efetiva do mandamento constitucional da dignidade da pessoa humana e demonstrar que o tema em questão vai além da situação dos apenados, atingindo a sociedade e o regime democrático de direito do Estado brasileiro.

Segundo matéria do ano de 2014 da TV Rondônia, o ano de 2002 foi marcado pela “maior e mais sangrenta” rebelião na Casa de Detenção José Mário Alves da Silva, o Urso Branco, em que foi registrada a morte de – pelo menos – 27 homens.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Pg. 59.

Internos do chamado “Seguro” (onde estão os presos que são ameaçados de morte) se tornaram reféns e foram mortos por presos dos pavilhões. Foram utilizadas armas artesanais produzidas pelos próprios presos, mais conhecidas como “chuchos”, para mutilarem os reféns, em que alguns foram decapitados e tiveram suas cabeças usadas como bola de futebol. Tal episódio teve repercussão mundial, o que despertou a atenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que desde então passa acompanhar a situação do presídio.⁵

Esta situação demonstrou a inexistência de controle efetivo do Estado de Rondônia, mas especificamente os órgãos responsáveis pela custódia dos apenados na região, para tutelar a vida e o corpo daqueles que estão sob a guarda do poder público.

1. Da Dignidade da Pessoa Humana

O art. 5º da Constituição da República⁶ concretizou normas e princípios inerentes aos direitos fundamentais do ser humano, dentre eles, a proibição de submissão a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inciso III) e a garantia de que aos presos será assegurado o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX); Alexy⁷, pela teoria da mandamentos de otimização, consagra estes direitos protegidos como princípios que determinam a realização da norma da melhor forma possível, na medida que seu cumprimento depende não só das possibilidades reais como jurídicas. Na perspectiva de aplicabilidade de tais regramentos constitucionais a teoria da constituição os classifica como regras de aplicabilidade cogente, imediata e vinculantes, ou seja, a proteção aos direitos de incolumidade física e moral daqueles que se encontram sob a custódia do Estado deve ocorrer independentemente de norma infraconstitucional sob pena de violação aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Para Bencke⁸, esta norma protetiva é não executável e depende sua aplicação quando as condições sociais e políticas assim requererem, ipso facto, a análise da

5 EMISSORA relembra rebelião no Urso Branco, TV Rondônia, 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2014/09/tv-rondonia-40-anos-emissora-relembra-rebeliao-no-urso-branco.html>

6 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

7 Alexy, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Malheiros 2ª Ed., 2011.

8 BENCKE, Carlos Alberto. Responsabilidade objetiva do Estado pela integridade física e moral do preso. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 27, n. 83 t.1, p. 66-82, jul./set. 2001. Disponível em < <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/2eaf7/2eb56/2ed45?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>

realidade posta aos cidadãos acerca da proteção aos direitos fundamentais do preso demonstra que existe na atual epistemologia nacional um Estado representando uma dualidade entre a proteção destes direitos e as consequências. Este conflito pode ser entendido a partir de questões morais entre a efetiva proteção material e moral daquele que se encontra em sistema de custódia e a efetiva responsabilidade do Estado pelo descumprimento desta garantia.

A liberdade é princípio fundamental e a quem fica dela privado não se lhe retira quaisquer direitos - exceto aqueles constitucionalmente previstos. Permanece ínsito ao cidadão aprisionado o seu também direito fundamental à dignidade. Já seria suficiente. Mas o constituinte nacional pretendeu mais: optou por garantir constitucionalmente, em sentido estrito, os direitos especiais dos indivíduos que transgrediram normas sociais de comportamento.

Este tema pode também receber especial atenção de estudo a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual na visão de Nucci⁹ era reconhecido apenas a parcela social mais abastada economicamente, e hoje, reflete uma superação deste status social da pessoa para ser estendido a todos, independentemente dos seus ganhos econômicos ou posição social.

A função principal de um princípio é servir como uma base para a criação e aplicação de regras básicas de condutas e de convivência. Com isto, o Brasil possui em seu ordenamento jurídico diversos valores, os quais estão disciplinados através da sua Constituição Federal. É de extrema importância que haja a efetiva aplicação deste princípio em meio à sociedade para que ocorra uma convivência pacífica e harmoniosa dos indivíduos que a compõem.

Dispõe Norberto Avena¹⁰:

Embora a segurança pública deva ser resguardada, nossa Carta Política estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, do qual é consectário o princípio da humanidade das penas. Na Constituição Federal, o princípio está previsto no art. 5º, XLVII, que veda o estabelecimento de penas de caráter perpétuo, de banimento, cruéis, de trabalhos forçados e de morte (salvo em caso de guerra declarada), bem como no inciso XLIX do mesmo dispositivo, que estabelece a obrigatoriedade de respeito à integridade física e moral do condenado. O princípio da humanidade determina, enfim, a prevalência dos direitos humanos, razão pela qual se proíbem penas insensíveis e dolorosas.

Já Kant prima que¹¹:

9 NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos Humanos Versus Segurança Pública: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 39.

10 AVENA, Norberto. Execução Penal. 4a Ed. São Paulo: Forense, 2017. Pg.08.

Um ser humano considerado como uma pessoa, isto é, como o sujeito de uma razão moralmente prática, é guindado acima de qualquer preço, pois como pessoa (*homo noumenon*) não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto) através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo.

Não obstante o Código de Processo Penal ser do ano de 1941, este já possui uma ligação com a atual Carta Magna, quando o seu artigo terceiro diz que “a lei processual admitirá interpretação extensiva e aplicação análoga, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”.

É necessária uma análise extensiva da norma constitucional para assim ter a efetivação da sua aplicação. Neste passo, preceitua Natália Masson¹²:

O princípio da máxima efetividade (ou da eficiência) apresenta-se, pois, como um apelo, apara que seja realizada a interpretação dos direitos e garantias fundamentais de modo a alcançar a maior efetividade possível, de maneira a otimizar a norma e dela extrair todo o seu potencial protetivo.

A proteção legal da dignidade da pessoa é tema não só na Constituição Federal de 1988, mas também em outras propostas legislativas infraconstitucionais, como explicita a Lei de Execução Penal, Lei 7.210 de 1984,, resguardado os direitos dos presos como alimentação suficiente, vestuário adequado, realização de atividades laborais remuneradas, previdência social, horas de descanso e recreação proporcionais ao tempo de labor, exercício físicos e atividades intelectuais, assistência à saúde, jurídica, educacional e religiosa, visitas, chamamento nominal, tratamento igualitários entre outras

O reconhecimento infraconstitucional destes direitos fez com que a legislação vigente na época subisse um degrau a mais em busca da concretização da proteção da dignidade da pessoa, como é possível visualizar logo no seu artigo primeiro, ao objetivar a ressocialização do preso: “art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”¹³

11 KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Trad. de EdsobBini. Edipro, 2008.

12 MASSON, Natália. Manual de Direito Constitucional: Editora JusPodivm, 2014.

13 BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Lei de Execução Penal, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

Os direitos e deveres previstos na Lei 7.210/84 também encontram embasamento na Constituição Federal de 1988, como ao garantir, no seu artigo 5º, inciso XLIX, o respeito à integridade física e moral do preso. Para Távora, os dispositivos da LEP são inspirados pelo princípio da humanização, que está resguardado na nossa Carta Magna e que se fundamenta na dignidade da pessoa humana. Para ele, ao prever uma pena, o sistema deve se preocupar com a possível violação do fundamento supracitado, sendo este o motivo da vedação de penas cruéis e perpétuas, sendo admitido a pena de morte nos casos previstos expressamente em lei (artigo 5º, XLVII/CF)¹⁴.

2.Direitos do Preso

Como recorte epistemológico para reconhecer a efetividade das garantias dos presos, é realizado um enfoque na realidade dos presídios, onde existem verdadeiras regras e normas aplicáveis que vão de encontro ao ordenamento brasileiro permitindo, ou melhor, demonstrando, que neste espaço cercado por muros e grades, tudo pode acontecer. As regras do convívio entre presos e carcereiros impostas parecem independem da soberania nacional para constituí-las, desrespeitando qualquer limite. Quando as consequências desta realidade, que Bencke⁹ afirma ser criada pela incúria do próprio Estado, são apresentadas aos olhos do cidadão verifica-se a existência de um mundo à parte, onde facções e grupos de presos criam regras específicas, carcereiros e servidores possuem autonomia de exercer a força e o Estado apresenta-se sem controle e ordem das relações sociais que lá existem.

Os direitos do preso, com base no objeto deste estudo e numa perspectiva infraconstitucional de elencar algumas proteções constitucionais, também estão elencados nos artigos 41 da Lei de Execuções Penais e 38 do Código Penal. Além disso, também é possível encontrá-los na Constituição Federal, no artigo 5º, incisos XLVIII, XLIX e L. Os direitos humanos não são exclusivos de pessoas de boa índole ou primárias e sem antecedentes, são direitos do todo ser humano.

Trata-se de conquista histórica, obtida graças ao desenvolvimento do princípio da humanidade, no qual o preso passa a possuir status jurídico de sujeito de direitos. O principal efeito desse status para o condenado foi o reconhecimento de que, apesar de presos, também são seres humanos, um status que lhes é inalienável, imprescritível e

14 RODRIGUES ALENCAR, Rosmar; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal: Editora JusPodivm, 2015.

intransmissível, por mais abominável que seja o crime praticado por ele. Secundariamente, o preso passou a possuir direitos perante a administração carcerária estando sujeito às determinações que lhe imputarem por indisciplina.

Essa conquista consente que o ser humano deixa de ser apenas um espectador e passa a ser capaz de contestar o que lhe era negado pelo Estado, podendo escolher diante do universo de instrumentos internacionais o sistema de proteção que melhor atenda a sua necessidade.

A Lei de Execução Penal (LEP), ao atender a sua finalidade, assegura ao apenado os seus devidos direitos, podendo citar: direitos a assistência, saúde, educação, religião e outros. Tendo em vista que a privação da liberdade por si só já se configura como uma punição e momento desagradável na vida existencial do egresso, faz-se necessário a existência de meios que o faça prosperar em seu convívio social.

Com o advento da LEP, o condenado passou a possuir um rol de direitos asseverados, como por exemplo: vestuário, trabalho, alimentação, previdência, entrevista com advogado, visita, dentre outros. Além disso, também possuem assistências material, saúde, jurídicas, religiosas e social.

Para Santos¹⁵:

Estão definidos no artigo 41 da LEP, em quinze incisos, que reúnem um amplo aspecto de garantias, a saber: alimentação suficiente e vestuário, atribuição do trabalho e sua remuneração, previdência social, constituição de pecúlio, proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, entrevista pessoal e reservada com o advogado, e assim, por diante.

O direito ao lazer, também é estabelecido pela LEP, devido às condições psicológicas muitas vezes corrompidas dos detentos. Assim, tem-se a necessidade o “banho de sol”, a prática de esporte, com o intuito de distração e passatempo. Contudo, a falta de estrutura nas unidades prisionais contribui para a não consolidação desse direito.

Atualmente a LEP prevê a individualização da pena. Entretanto, ao visualizar da realidade atual, percebe-se que a ausência de estrutura presente no sistema prisional impossibilita essas condições.

15 SANTOS, Paulo Fernando. Aspectos Práticos da Execução Penal. São Paulo: Universitária de Direito. 1998. Pg. 26.

Discorre Beneti que “esses direitos provêm de garantias que, em última análise, remonta à Constituição Federal, em sintonia com os direitos fundamentais do preso, assinalados em diversos documentos internacionais”¹⁶.

Ao passo que para Machado, “ressalta-se que o termo ressocialização refere-se à habilidade de tornar a pessoa novamente capaz de viver em sociedade, como faz a maioria dos homens”¹⁷.

O cumprimento da pena não deve dar ganho ao Estado, nem se pode pensar em economia quando se priva o apenado do mínimo possível para o seu desenvolvimento como pessoa. Pois a pena perde integralmente o seu sentido se o condenado não se reintegrar, representando somente a retribuição e nenhuma forma de prevenção.

Os direitos humanos são individuais e abrangem todos os indivíduos, sem qualquer distinção. Já a segurança pública é um dever da coletividade, que utiliza os órgãos constituídos para preservá-la, dando suporte a todos, com o intuito assegurar a ordem, sem ferir os direitos fundamentais. É uma situação difícil e complexa, o que não se nega, mas se conecta, na integralidade, com o texto constitucional. Idelvanda Carvalho assegura que¹⁸:

A dignidade humana é o mais honroso dos princípios que move o ser humano em toda a sua existência e na nobreza de suas convicções, e que é dever do Estado protegê-la, garantindo a todos o mínimo existencial para a valorização da cidadania e organização da sociedade, pois em muitos momentos tem o homem a sua dignidade denegrida, rebaixada, principalmente quando se vê privado de algumas das suas liberdades fundamentais.

O artigo 41 da LEP estabelece um extenso rol, onde estão descritos os direitos do preso. É importante destacar que o rol do artigo 41 da lei supracitada é exemplificativo, ou seja, os direitos ali descritos não são os únicos existentes, mesmo àquela pessoa que se encontra presa, e assim submetida a várias restrições.

Com isso, é necessário que haja uma ampla interpretação, o que remete ao princípio da legalidade, ou seja, tudo aquilo que não possui restrição legal, é tido como seu direito.

16 BENETI, Sidney Agostinho. Execução penal. São Paulo: Saraiva, 1996. Pg. 56.

17 MACHADO, Stéfano Jander. A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal. 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2A0rufw>> Acesso em: 15 mai. 2018.

18 CARVALHO SOBRINHO, Idelvanda. *Educação como modelo de política social preventiva ante a repressão do crime*. Monografia de conclusão do curso de graduação em Direito. Recife: Faculdade Maurício de Nassau, 2010. p. 8.

Segundo ensinamentos de Luís Roberto Barroso¹⁹:

Ressalte-se, por oportuno, que “é público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de sentir que, certamente, mal maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ela coexistir”.

Se torna necessário interpretar o direito com sua base na condição de pessoa humana, ainda que este esteja sujeito às restrições impostas e permitidas pelo ordenamento jurídico. Não podendo deixar de lado o uso da coerência e lógica nas interpretações das medidas proibitivas, tanto para permitir, quanto para impedir a prática da ação ou omissão.

3. Casos Ocorridos na Unidade Urso Branco e o Caso de 2002

A Casa de Detenção José Mário Alves da Silva (Urso Branco), em razão das diversas rebeliões ocorridas no século XXI foi objeto de estudo em diferentes áreas. Em pesquisas online nos sites de notícias nacionais e internacionais, foram identificadas revoluções nos anos de 2000, 2002, 2004, 2015 e 2017. Ademais, ao pesquisar a palavra ‘Urso Branco’, nos períodos da CAPES foram localizadas pesquisa nacionais e internacionais que abordam esta casa de detenção em diferentes perspectivas.

A rebelião ocorrida no presídio Urso Branco no ano de 2000, foi utilizada como cenário ilustrativo na pesquisa de De Giorgi e Vasconcelos²⁰ ao refletir em estudo filosófico do ‘estado de coisas inconstitucional’ e estudo de caso sobre sentenças da Corte Colombiana e da decisão do STF na ADPF n. 347, acerca da deficiência política e institucional generalizada que gera uma violação massiva dos direitos fundamentais. Nesta pesquisa proposta, os autores consideram a existência de uma opinião pública favorável ao encarceramento de massa e apresentam a rebelião do ano de 2000 como um exemplo ilustrativo, reflete-a como um problema estrutural onde há uma generalizada violação de direitos.

19 RT,736/685.APUD. MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal, 14ªedição. São Paulo: Saraiva, 2016. pg.71

20 DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro , v. 9, n. 1, p. 480-503, Mar. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000100480&lng=en&nrm=iso>.

O estudo proposto por Junior²¹ apresenta a rebelião ocorrida no ano de 2002, a qual foi considerada uma das maiores rebeliões em presídios nacionais ocorridas entre os anos de 1987 a 2017, como um evento crítico ocorrido em um ambiente instável e decorrente de fatores que se apresentam nas unidades prisionais como a superlotação, existência de organizações criminosas emergindo nas populações carcerárias e de conflitos decorrentes do próprio ambiente hostil, o qual, por diversas vezes, são considerados conflitos sem importância, porém com consequências imprevisíveis.

Esta rebelião do ano de 2002 também recebeu repercussões internacionais, fazendo parte de pesquisas acerca da responsabilidade internacional do Estado frente ao dever de custódia (Acosta-Lopez e Amaya-Villarreal)²², do reconhecimento da impossibilidade do Estado brasileiro em combater as consequências da violência nestes estabelecimentos (Cavallaro e Brewer)²³ e de exemplificação em estudos sociais sobre como o governo brasileiro se comporta frente às recomendações internacionais de medidas de modificação de comportamento (Engstrom)²⁴.

Estas pesquisas internacionais demonstram que as violações aos direitos humanos dos detentos vão além da apuração interna da responsabilidade do Estado, com possibilidades de intervenção do direito internacional quando o Estado falha em responder as violências decorrentes do ato da rebelião. As intervenções internacionais recebem especial participação daquelas instituições internacionais relacionadas aos Direitos Humanos. A Convenção de Direito Americano sobre Direitos Humanos reconhece que as autoridades policiais exercem controle e domínio completo sobre os detentos sob sua custódia e a Corte Europeia de Direitos Humanos ao analisar a rebelião, tem competências para determinar medidas de segurança necessárias para a

21 JUNIOR, Cecílio Argolo. O GERENCIAMENTO DE CRISE EM REBELIÕES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO. Revista Eletrônica Direito e Conhecimento, v. 1, n. 3, 2018. Disponível em <<http://revistas.cesmac.edu.br/index.php/dec/article/view/707>>.

22 ACOSTA-LOPEZ, Juana Inés; AMAYA-VILLARREAL, Álvaro Francisco. La responsabilidad internacional del Estado frente al deber de custodia: estándares internacionales frente a los centros estatales de detención. Estud. Socio-Juríd, Bogotá, v. 13, n. 2, p. 301-326, Dec. 2011. Disponível em <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792011000200011&lng=en&nrm=iso>

23 Cavallaro, James L. ; Brewer, Stephanie Erin. Reevaluating regional human rights litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. The American Journal of International Law [0002-9300] Cavallaro, James Ano:2008 Vol:102 Fasc:4 p.:768 -827.

24 Engstrom, Par. Brazilian Foreign Policy and Human Rights: Change and Continuity Under Dilma (January 1, 2012). Critical Sociology, Forthcoming. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2004305>>.

proteção dos detentos quando o Estado tem o dever e função especial e garantir os direitos das pessoas sob sua custódia.

Após os fatos acontecidos em 02 de janeiro de 2002, na Casa de Detenção José Mário Alves da Silva (Urso Branco), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos definiu medidas cautelares ao Governo brasileiro, para garantir a vida dos apenados que ainda se encontravam abrigados no local. Por descumprimento das medidas cautelares determinadas pela Comissão, o caso foi enviado à Corte, que determinou o seguinte²⁵:

1. Requerer ao Estado que adote as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na prisão Urso Branco, sendo uma delas o confisco de armas que se encontrem em poder dos internos.

2. Requerer ao Estado que investigue os fatos que motivam a adoção de medidas provisórias com o fim de identificar os responsáveis e impor as sanções correspondentes.

Quando o Estado passa a ser membro que aceita a jurisdição da Corte Interamericana, este tem o dever de cumprir na totalidade a sentença e decisões que a Corte proferir, cujos os seus Tribunais internos têm o dever de executá-las, não importando as disposições de direito interno (legislativas ou de outra natureza), não podendo assim o Estado eximir-se das responsabilidades, alegando impedimento de direito interno.

As decisões proferidas pela Corte não foram realmente praticadas em Rondônia. Vários outros casos aconteceram após os eventos de 2002, desamparando o direito à vida dos encarcerados.

O Estado de Rondônia decretou estado de emergência no sistema prisional, alegando responsabilidades que o Governo Federal possuía, relacionando-se à construção de novos presídios, que ajudariam no “desafogamento” e na superpopulação do sistema carcerário de Rondônia. Em defesa do Governo do Estado, o deputado federal Rubens Moreira Mendes, em discurso proferido na Câmara Federal dos Deputados em outubro de 2008, diz que²⁶:

O governador Ivo Cassol decretou Estado de Emergência no sistema prisional exatamente para adotar as medidas que se fazem necessárias e que, repito, não são apenas responsabilidade do governo estadual. O governo federal é corresponsável e deveria cumprir as

25 CASO da Penitenciária Urso Branco, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002. Disponível em: <[HTTP://www.cidh.org/annualrep/2002port/cap.3d.htm](http://www.cidh.org/annualrep/2002port/cap.3d.htm)>.

26 CASO Presídio Urso Branco. Notícias. Disponível em: <<http://ro.noticianahora.com.br/noticia>>.

determinações do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar a intervenção a que tanto se refere a mídia brasileira.

A Ação Penal Pública de nº 501.2002.000549-6 foi proposta em 07 de fevereiro de 2002, e se refere à chacina do Presídio Urso Branco no ano de 2002, a qual apenas foi recebida em 16 de agosto de 2004, momento em que as citações e interrogatórios dos réus foram determinados, que se dividiam em 44 detentos e 6 agentes penitenciários. Os interrogatórios foram realizados durante os anos de 2004 e 2005, devido ao extenso número de acusados, tendo as testemunhas ouvidas somente em 2006. Já em meados de 2007 o Ministério Público apresentou suas alegações finais, e posteriormente, em 07 de maio de 2009 foi prolatada a decisão de pronúncia²⁷, a qual acatou parcialmente a denúncia e, em consequência determinou o julgamento de diversos acusados via o procedimento especial, júri popular.

Nesta sentença de pronúncia, o magistrado narrou uma série de irregularidades que eram praticadas pela ausência de administração do presídio até o dia que o Estado passou por uma de suas maiores tragédias. Foi citado, por exemplo, a presença de presos “celas-livres”, encarcerados que eram estranhos ao controle da administração prisional, tráfico de armas e de drogas, confrontação de grupos rivais e fugas rotineiras²⁸, demonstrando através destes relatos a verdadeira existência de um mundo novo, estruturado nas suas próprias regras a parte do ordenamento nacional e com explícita ausência de controle da situação por parte do poder de polícia do Estado.

4. Indicações de Estudos Futuros, Como a Existência de Melhoramentos na Casa de Detenção Urso Branco.

Buscar dados e apresentar pesquisas científicas acerca de melhoramentos no sistema prisional objeto do estudo, Urso Branco, representam não só este universo, mas uma gama de outros universos paralelos nas demais casas de detenção criadas e gerenciadas pelo governo nacional. A partir da ciência de que outras casas no Estado de Rondônia e em outros estados federativos nacionais passam por rebeliões e apresentam consequentes violações aos direitos fundamentais dos detentos, é possível deduzir que sistemas de melhorias devem ser agregados a estes também, e não apenas localmente.

27 CASO 12.568 – Internos do Presídio Urso Branco – IDDH. Disponível em: <<http://www.iddh.org.br/v2//upload/0a12901cf0d90d4a103b5c70f0fcbe58.pdf>>.

28 JUSTIÇA pronuncia 49 presos pela chacina do presídio Urso Branco. Portal Mamoré. Disponível em: <<http://omamore.blogspot.com.br/2009/05/justica-pronuncia-49-pessoas-pela.html>>.

Uma das ferramentas apuradas para realizar a indicação de melhorias no sistema prisional brasileiro, é a possibilidade de encaminhamento de denúncias de violação dos direitos humanos a comissões específicas. Em Rondônia existe a Comissão de Defesa dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Porto Velho/RO que registrou o recebimento de 24 denúncias entre anos de 2017 e 2018 a respeito da violação dos direitos humanos no Urso Branco.

Conforme o quadro 01, a partir de dados recebidos pela Comissão, elaborou-se uma comparação entre a quantidade de denúncias recebidas no ano de 2017 e no ano de 2018. Desta comparação é possível verificar que existem mais denúncias no ano de 2018 que ano de 2017, nos meses já ocorridos. Enquanto no ano de 2017 foram registradas 15 denúncias ao total, no ano de 2018, somente nos primeiros quatro meses já foram registradas 09 denúncias, sendo que nos meses de janeiro e fevereiro de 2018 o número de denúncias foi maior que o quantitativo registrado em 2017

Quadro 01: Comparativo de denúncias registradas nos anos de 2017 e 2018

Meses/Ano	Janeiro	Fevereiro	Março	Abril	Mai a Dezembro
2017	0	1	1	2	11
2018	5	2	0	2	Sem dados.

Fonte: elaboração dos autores.

Esses dados não podem, por si só, demonstrar a ineficácia do Estado, porém, *ab initio*, é possível perceber que o número de denúncias vem aumentando e, se seguir neste ritmo, o ano de 2018 tenderá a ter mais denúncias que 2017. São diversos os fatores que podem levar ao aumento das denúncias, desde o fato de iniciativas que aumentam o acesso à justiça dos detentos, como a existência de mais violações aos direitos humanos. Desta forma, não é possível inferir que aumentaram o número de violações, mas sim que existe substrato e material para fundamentar a continuidade deste estudo para identificar a relação entre o aumento de denúncias e as situações na casa de detenção Urso Branco.

Outra indicação metodológica para estudos sobre o melhoramento, diz respeito a utilização da técnica da análise do discurso para avaliar as notícias que são apresentadas sobre a casa de detenção Urso Branco. Em especial destaque aos discursos dos integrantes das comissões de Direitos Humanos da OAB/RO que expressaram suas opiniões com base nos relatórios locais, nacionais e internacionais, em diversas notícias

vinculadas nos sites de notícia da OAB/RO e nos jornais locais e internacionais. Assim, estas manifestações públicas e oficiais também se apresentam como possível objeto de estudo para reconhecer o que realmente vem modificando nos sistemas prisionais.

Um fato interessante, que merece destaque neste momento, refere-se aos meios que divulgam estas notícias, isto é intrigante, pois ao utilizar o sistema de busca no site da Secretaria de Segurança Pública de Rondônia, SESDEC, escrevendo a palavra “rebelião” aparecem apenas duas notícias, uma referente ao sistema de mapeamento da população carcerária de Rondônia e outra acerca de um determinado instituto italiano que apoia os reeducandos de Porto Velho.²⁹ Existe algo que o Estado quer esconder da população? Ou o sistema de busca não é tão eficiente assim? Este estudo, portanto, não teve o objetivo de avaliar as melhorias do sistema prisional, mas encontrou nesta área uma possibilidade de continuidade de pesquisa científica, abrangendo novos estudos e apresentando a comunidade acadêmica e à sociedade o caminho que o Brasil vem realizando para fins de atender aos reclames locais, nacionais e internacionais de melhoramentos na eficiência da preservação da dignidade dos cidadãos que se encontram com sua liberdade privada e sob custódia do Estado brasileiro.

Considerações Finais

O princípio da dignidade da pessoa humana é atributo inerente a esta, não estando sujeita a outros fatores a não ser da própria condição de ser humano. Com isso, todos a possuem da mesma forma, sem distinção.

Entre fevereiro de 2017 e abril de 2018, a Comissão de Defesa da Dignidade da Pessoa Humana da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Porto Velho/Rondônia, recebeu 24 requisições e denúncias a respeito da violação da dignidade da pessoa humana no Urso Branco, resultando em uma média de 1,7 denúncias por mês. Diante dos dados coletados, é notável que o período que mais possui denúncias é o período de janeiro/2018, com cinco denúncias no total.

Levando-se em consideração os fatos ora citados e os resultados negativos para o estado de Rondônia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível considerar que o Estado está caminhando para cumprir com o seu dever de garante, apesar dos problemas corriqueiros e que estão além das suas atribuições.

29 REBELIÃO. Disponível em: <<http://www.rondonia.ro.gov.br/?s=rebeli%C3%A3o&e=1035>>.

A comunidade internacional preocupada com acontecimentos na Casa de Detenção José Mario Alves da Silva – O Urso Branco, de Porto Velho/RO, do ano de 2002 – quando os direitos humanos dos detentos sob custódia do governo estadual de Rondônia foram violados, tem se esforçando para promover o respeito, a efetiva aplicação e a valorização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana serve como norte para o sistema jurídico brasileiro, haja vista que constitui fundamento da República. Porém, apesar de presente na Carta Magna, na legislação infraconstitucional e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, inúmeras vezes têm-se a sua violação e desonra.

Pelo senso comum e com base em leituras sobre a opinião pública (Bencke)⁹, pelo o simples fato da pessoa estar cumprindo uma pena, a dignidade desta é vista como “mordomia”, e esta não a merece, entre outros pensamentos que, em tese, são justificáveis pela sociedade em que esse indivíduo se encontra. A questão da dignidade da pessoa humana dentro dessa relação tem mais a ver com a falta de planejamento e infraestrutura das gestões administrativas do Estado, podendo citar a superlotação, que no Urso Branco é um problema constante, onde os presos são alojados em um espaço insignificante posto à quantidade de pessoas, o que gera um lugar inadequado para se estabelecer o efeito do caráter punitivo e começa-se a estabelecer um lado que o próprio Estado não permite – a tortura, por exemplo. Inicia-se, então, o efeito contrário do que a nossa própria Carta Magna estabelece: efetiva aplicação da dignidade da pessoa humana.

Isto posto, enquanto a sociedade continuar a fechar os olhos para a fraternidade, para a ressocialização, para a reintegração e respeito ao outro, não há que se falar em solução para a situação em que vivem os presos.

Efetivar ao cidadão os seus direitos e garantias individuais é permitir que este possa opor ao Estado, inclusive, a sua objeção de quando eles são violados. A responsabilidade civil do Estado em responder pelos danos causados é, antes de punição e medida de compensação às vítimas, medida coercitiva para garantir que situações similares não venham a ocorrer ou, no caso real, a se repetir.

Deve-se compreender que esta proteção vai além do corpo/mente do preso violado, ou de sua família, ela se estende à sociedade, pois o preso é cidadão e, ainda que tenha alguns direitos reduzidos como liberdade e políticos, seu status de cidadão nacional não foi excluído (e nem pode!). O Estado, ademais, tem papel vital na

ressocialização dos encarcerados, para que no seu retorno possam contribuir pelo bem-estar e ordem social.

Conclui-se, assim, para haver mudanças no sistema prisional, é fundamental que a sociedade evolua para além do positivismo jurídico, evolua enquanto sociedade. Para compreender que os direitos humanos, no desenvolvimento de uma sociedade efetivamente igual em direitos e deveres, necessitam de políticas públicas voltadas à educação e ao aperfeiçoamento da cultura social, em busca de uma sociedade justa, livre e solidária.

Referência Das Fontes Citadas

A Constituição Federal, a Lei de Execução Penal e o preso – 7 informações básicas sobre encarceramento. **Grupo de Estudos Carcerários aplicados da Universidade de São Paulo**, São Paulo/SP. 2014. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/noticias/43-a-constituicao-federal-a-lei-de-execucao-penal-e-o-preso-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

ACOSTA-LOPEZ, Juana Inés; AMAYA-VILLARREAL, Álvaro Francisco. **La responsabilidad internacional del Estado frente al deber de custodia: estándares internacionales frente a los centros estatales de detención**. *Estud. Socio-Juríd.* Bogotá, v. 13, n. 2, p. 301-326, Dec. 2011. Disponível em <<https://bit.ly/2Je2w0U>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros 2ª Ed., 2011.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Forense, 2017.

BENCKE, Carlos Alberto. **Responsabilidade objetiva do Estado pela integridade física e moral do preso**. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 27, n. 83 t.1, p. 66-82, jul./set. 2001. Disponível em <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/2eaf7/2eb56/2ed45?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em 02 de jun. de 2018.

BENETI, Sidney Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARCONDES, Thays Caroline Anyzewski. **A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec1093fe1626f25b>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

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

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Lei de Execução Penal**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 14 mai. 2018.

CARVALHO SOBRINHO, Idelvanda. **Educação como modelo de política social preventiva ante a repressão do crime**. Monografia de conclusão do curso de graduação em Direito. Recife: Faculdade Maurício de Nassau, 2010.

CASO 12.568 – **Internos do Presídio Urso Branco** – IDDH. Disponível em: <<http://www.iddh.org.br/v2/upload/0a12901cf0d90d4a103b5c70f0fcbe58.pdf>>. Acesso em: 15/05/2018.

CASO da Penitenciária Urso Branco, Medidas Provisórias. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002**. Disponível em: <[HTTP://www.cidh.org/annualrep/2002port/cap.3d.htm](http://www.cidh.org/annualrep/2002port/cap.3d.htm)> Acesso em: 15/05/2018.

CASO Presídio Urso Branco. **Notícias**. Disponível em: <<http://ro.noticianahora.com.br/noticia>>. Acesso em 15/05/2018.

CAVALLARO, James L. ; Brewer, Stephanie Erin. **Reevaluating regional human rights litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court**. The American Journal of International Law [0002-9300] Cavallaro, James Ano:2008 Vol:102 Fasc:4 p.:768 -827.

ENGSTROM, Par. **Brazilian Foreign Policy and Human Rights: Change and Continuity Under Dilma** (January 1, 2012). **Critical Sociology**, Forthcoming. Disponível em SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=2004305>>. Acesso em 02 de jun. de 2018.

DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. **Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa**. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro , v. 9, n. 1, p. 480-503, Mar. 2018. Disponível em <<https://bit.ly/2JaJ1Gz>>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

JUNIOR, Cecílio Argolo. O GERENCIAMENTO DE CRISE EM REBELIÕES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO. **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento**, v. 1, n. 3, 2018. Disponível em <<https://bit.ly/2LggLTI>>. Acesso em: 02 de jun. 2018.

JUSTIÇA pronuncia 49 presos pela chacina do presídio Urso Branco. **Portal Mamoré**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Lgg4tA>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de EdsobBini. Editora Edipro, 2008.

MACHADO, Stéfano Jander. **A ressocialização do preso à luz da lei de execução penal**. 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2A0rufw>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

MASSON, Natália. **Manual de Direito Constitucional**: Editora JusPodivm, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos Versus Segurança Pública:** questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7.ed., (rev., ampl. e atual.), 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES ALENCAR, Rosmar; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal:** Editora JusPodivm, 2015.

RT,736/685.APUD. MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Paulo Fernando. **Aspectos Práticos da Execução Penal.** São Paulo: Universitária de Direito. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TV Rondônia 40 anos: emissora relembra rebelião no Urso Branco. **G1 Rondônia**, Porto Velho/RO. 09/09/2014. Disponível em: <<https://glo.bo/2JosCSu>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Krys Kellen Arruda¹

Vinicius de Assis²

RESUMO

O presente artigo objetiva demonstrar a inconstitucionalidade do Artigo 223-G, § 1º da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, que utiliza de critério tarifário para fixação de indenizações por danos extrapatrimoniais, sob viés de ordem jurídica constitucional, em especial, os princípios da proibição de retrocesso social, da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Analisar se o método do critério tarifário de indexação pelos salários dos ofendidos é inconstitucional, em razão da nova legislação ser medida retrocessiva, bem como demonstrar o tratamento desigual entre os trabalhadores, evidenciando que o dano psíquico sofrido não pode ser tarifado com base na renda, delimitando assim ao judiciário usar da razoabilidade e proporcionalidade por restringi-lo, sob pena de atender a compensação do dano extrapatrimonial. A metodologia trata-se de estudo dedutivo desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavra-chave: Reforma Trabalhista. Dano Extrapatrimonial. Tarificação. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This article shows the unconstitutionality of Article 223-G, Paragraph 1 of the CLT, included by Law n. 13.467 / 2017, called labor reform, which uses the resources to set off compensation for extra-patrimonial losses, Under constitutional conditions especially the principles of social retrogression, isonomy and the dignity of the human person. To analyze if the method of indexing the offended's salary is unconstitutional, in reason of the new law being a measure retrocessive, as well as demonstrate the inequality of workers, evidencing the psychic damage suffered cannot be charged based on the income, delimiting to the judiciary to use reasonableness and proportionality for restrict it, under the risk to consent an extra-patrimonial damage. The methodology is a deductive study developed by bibliographical research.

1 Graduada em Gestão Ambiental pela União das Escolas Superiores de Rondônia – Uniron/RO; Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia – FCR, Porto Velho/RO, krys.arruda@sou.fcr.edu.br, krysaarruda@gmail.com.

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Mestre em Direito Socioambiental e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor de Direito do Trabalho do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Políticas Públicas; Advogado. Porto Velho, Rondônia. E-mail: vinicius.assis@fcr.edu.br.

Keyword: Labor Reform. Extra-financial damage. Charging. Unconstitutionality.

Introdução

É importante ressaltar que a Lei 13.467/2017 alterou mais de cem dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e trouxe algumas inovações, dentre elas o previsto no Título II-A, intitulado dano extrapatrimonial, Artigos 223-A a 223-G. Ocorre que o legislador previu um novo parâmetro para fixar indenização aos ofendidos: sua indexação pelo salário contratual do trabalhador, tendo uma tabela com a fixação de teto máximo para cada dano que veio descrito de natureza; leve, média, grave e gravíssima, inobstante a dor psíquica ou causa de pedir do trabalhador.

O problema que se pretendeu responder é se pode a legislação prever tarifação para a indenização de dano moral - tendo como base o salário do trabalhador, sem ofensas a ditames constitucionais.

Surge a hipótese de inconstitucionalidade da referida inovação legislativa, em razão de ofender princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia, uma vez que os trabalhadores devem ter tratamento de forma igualitária, sendo irrelevante sua condição social, conforme previsto nos artigos 5º, inciso V e X e 7º, inciso XXXII da Constituição Federal, bem como é vedado o tratamento diferenciado e a proibição na distinção entre trabalhos manuais, técnicos, intelectuais ou entre profissionais respectivos, com isso não podendo se ter a base salarial de uma pessoa como elemento para mensuração de sua dignidade.

Cabe frisar que o objetivo geral desse trabalho é demonstrar a inconstitucionalidade do Artigo 223 da Reforma Trabalhista, sob o viés do modelo constitucional vigente, em especial, a proibição de retrocesso social na distinção dos trabalhadores - tendo como base o salário para fins de tarifação, além dos objetivos específicos apresentando os princípios que norteiam a inconstitucionalidade, como o princípio da dignidade da pessoa humana; o da isonomia, princípios estes de fundamental importância para o desenvolvimento do ser humano e seu convívio dentro da sociedade. Outro fator inerente à situação é demonstrar o tratamento desigual entre os trabalhadores, evidenciando que o dano psíquico sofrido não pode ser tarifado com base na renda, delimitando assim ao judiciário usar da razoabilidade e proporcionalidade por restringi-lo a seguir fielmente a lei que vai de encontro com a Constituição Federal.

A metodologia utilizada caracterizar-se-á como um estudo dedutivo para o fito de chegar à conclusão proposta pela problematização do tema, tratando - se de uma pesquisa quantitativa destinada a descrever as características comuns, a qual se observa do tema desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, mediante explicações fundamentadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, publicações jurisprudenciais, com busca na doutrina sobre a matéria, no qual a finalidade é analisar e demonstrar a inconstitucionalidade do Artigo 223 da Reforma Trabalhista - em relação ao dano extrapatrimonial.

1. Limitação do Valor a Ser Pago em Caso de Condenação Por Dano Extrapatrimonial: Tarifação.

Os argumentos apresentados pelo Governo Federal a respeito das alterações legislativas promovidas pela Lei 13.467/2017 é que as leis trabalhistas precisavam ser atualizadas, tendo em vista que a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) é de 1940. A CLT era um tanto que arcaica e que ao longo do tempo, vários elementos foram incorporados aos artigos e isso acabou gerando confusões em sua interpretação, ao passo que estimulou as disputas de caráter judicial, com isso trazendo a necessidade de uma reforma em toda a Legislação. Teve como objetivos principais a valorização da autonomia da vontade individual e coletiva, assim como a reorganização institucional de alguns dos principais agentes envolvidos nas relações de trabalho.

Logo após o início da vigência da Lei n. 13.467/2017, houve a edição da Medida Provisória n. 808 de 14 de novembro de 2017, fruto de negociação política entre Governo Federal e Senado Federal, com o propósito de adequar alguns pontos polêmicos da reforma trabalhista, dentre elas a tarifação do dano extrapatrimonial, com o objetivo da sua aprovação no estado em que se encontrava. A MPV n. 808 alterou o § 1º do art. 223-G para estipular como indexador da condenação em danos extrapatrimoniais o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e não mais o salário contratual do ofendido. Incluiu um novo dispositivo, o § 5º, onde previa a não aplicação do § 1º em caso de dano extrapatrimoniais decorrentes de morte. Ocorre, que as mudanças trazidas pela Medida Provisória perderam eficácia, em razão do fim da sua caducidade no dia 23 de abril de 2018.

Primeiramente precisamos entender a diferença da nomenclatura de dano moral para o extrapatrimonial, aquele é a lesão ligada diretamente ao direito de personalidade (dano moral em sentido amplo) - causando dor e sofrimento (dano moral em sentido

estrito) chamado de *pretium doloris*. Já o dano extrapatrimonial trata de uma nomenclatura mais abrangente que o moral, incluindo o dano estético e existencial, no qual esse resulta de uma conduta exclusiva do empregador - comprometendo a convivência do empregado com a sociedade, como se fosse um tipo de figura estrangeira implantada no sistema brasileiro.

A abrangência ficou maior, mas o Artigo 223 em seu caput traz de forma taxativa quais as hipóteses de incidência em que o artigo se restringe fora essa restrição veio junto a subtração e limitação de relevantes direitos sociais conquistados ao longo de anos, sendo incontestável, a falta de democracia dessa lei, no qual foi aprovada sem a participação de toda sociedade. Em especial no art. 223-G e §1º, trata de critérios tarifário para fixação de indenização por dano extrapatrimonial.³

Vinculou o julgador proferir sentença dentro de um critério fechado, com base na situação contratual do ofendido, trazendo um retrocesso, discriminando os trabalhadores por nível de renda, balizando o dano imaterial por eles sofrido; segundo a referida faixa salarial, como se o sofrimento de cada ser humano pela afronta de sua dignidade pudesse ser mensurado a partir do seu salário, sendo que é comprovado que no mercado de trabalho a qualificação profissional e o tipo de atividade exercida contribuem para o salário que será recebido.

Como em outros ramos do Direito, a indenização por danos morais deverá ser fixada conforme a gravidade do fato em si, dentro da necessidade e realidade de cada trabalhador; levando-se em consideração os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e reparação integral do dano, conforme preconiza Artigo 5º, inciso V, X da Constituição Federal⁴:

3 Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa. § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. (BRASIL. LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017 - Consolidação das Leis do Trabalho - CLT).

4 BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O trabalhador se encontra em uma situação de maior vulnerabilidade, tendo em vista que quanto menor a capacidade econômica do empregado; maior será a sua submissão ao empregador, pois a tarificação aniquila a função satisfativa da pessoa que sofreu tal dano. Diferente do dano material que se tem como mensurar e tarifar o tamanho do dano patrimonial sofrido.

Antes da introdução do referido artigo, a compensação por danos extrapatrimoniais era analisada pelo magistrado trabalhista - sobre as circunstâncias do caso concreto para o arbitramento do valor indenizatório, analisando-se a natureza da ofensa e do interesse extrapatrimonial lesado, o grau de culpa do ofensor, comportamento da vítima, além da condição econômica e social, tanto do ofensor como do ofendido. As referidas circunstâncias não possuíam previsão legal, algumas cortes tinham um parâmetro de valores quanto às indenizações, conforme a ofensa versada pela vítima.

O Supremo Tribunal Federal - STF já se manifestou através da ADPF 130 (tarificação de danos morais na lei de Imprensa Lei nº 5250/67)⁵ a respeito da inconstitucionalidade na tarificação por dano moral, no qual se mostrou incompatível com os fundamentos democráticos e republicanos da Constituição de 1988, que assegura a liberdade ampla de expressão e de imprensa no Brasil, examinou-se também a adequação constitucional dos mencionados dispositivos de lei, que fixavam a indenização tarifada para danos extrapatrimoniais produzidos por matérias jornalística. O STF assim se manifestou⁶:

INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do Art.

5 BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm.

6 RE 447584, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-04 PP-00624 RTJ VOL-00202-02 PP-00833 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 263-279 RDDP n. 51, 2007, p. 141-148.

52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do Art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no Art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (RE 447584, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-04 PP-00624 RTJ VOL-00202-02 PP-00833 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 263-279 RDDP n. 51, 2007, p. 141-148).

Por se tratar de um tema muito debatido, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula a respeito da tariffação. Súmula nº 281 – STJ⁷: “A indenização por dano moral não está sujeita à tariffação prevista na Lei de Imprensa”.

Qualquer que seja o tipo de tariffação se torna incompatível com o tratamento que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso V e X reserva ao dano moral, no qual afasta toda e qualquer fixação de critérios rígidos e inflexíveis estabelecidos em lei e com isso ofendendo os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o da isonomia, e indo de encontro com o artigo 7º, inciso XXXII da Constituição Federal, bem como é vedado o tratamento diferenciado e a proibição na distinção entre trabalhos manuais, técnicos, intelectuais ou entre profissionais respectivos.

Fica patente que a dignidade da pessoa humana trata-se de um princípio ético – sendo indispensável a aplicação do mesmo em casos concretos, principalmente quando se trata de desrespeito à vida, integridade física e psíquica, limitação da liberdade ou a promoção da desigualdade, somado à falta de oferecimento de condições mínimas que garantam uma existência digna, no qual é considerado o fundamento essencial para coibir as medidas retrocessivas. O princípio da dignidade da pessoa como objetivo final - o respeito de todos os seres humanos, sendo em casos isolados ou coletivos, independentes de estarem expressos ou não no ordenamento jurídico. Conforme Ingo Wolfgang SARLET (2001)⁸

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 281. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

8 SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim como o princípio da isonomia traz um sentimento de igualdade na sociedade, a busca por um tratamento justo e igualitário a todos - vedando trazer privilégios e distinções desproporcionais entre a sociedade - faz com que esta em busca de uma vida digna. Cabe ressaltar que a igualdade não deve ser apenas perante a lei, mas também diante de todo o direito, justiça para toda finalidade social e política, gerando assim oportunidades a todos e melhores condições de vida dentro da razoabilidade, proporcionalidade e justificativa - conforme preconiza o Artigo 5º da Constituição Federal⁹:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos (BRASIL. 1988).

Esse princípio busca amenizar a desigualdade das pessoas atingidas pela exclusão socioeconômica e neutralizar os efeitos da discriminação por raça, gênero, idade, origem nacional e de aparência física, fazendo com que a minoria participe de forma ativa de todo processo político e ainda tenha acesso à educação, saúde, emprego; entre outros direitos sociais.

É pertinente pontuar que a inconstitucionalidade se dá a partir do momento que a indenização do dano é fixada - baseada no salário do trabalhador, isto é, o trabalhador que recebe uma renda maior; deverá ser reparado em valores superiores àqueles com rendimento inferior como se a honra, imagem, integridade física e suas necessidades particulares estão ligadas diretamente a sua remuneração, com isso deixando o judiciário impedido de fixar uma indenização superior e efetivamente devida, caso o juiz entenda dessa forma, para reparar o dano ocorrido por ter previsão em uma lei que vai de encontro com as normas constitucionais, princípios e convenções, assim trazendo uma limitação ao judiciário.

9 BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Sendo que a situação socioeconômica do ofendido deve ser algo irrelevante, pois não se deve levar em consideração para fins de indenização; tendo em vista que o dano não patrimonial pode interferir diretamente na vida dos seus familiares ou pessoas próximas e assim trazer uma desestruturação no núcleo familiar e harmônico, demonstrando dessa maneira que o titular do direito de reparação por dano extrapatrimonial - não é apenas o trabalhador, mas como seus membros familiares.

Faz – se importante mencionar que o dano moral é uma lesão ligada diretamente à vida privada do ser humano à sua honra, intimidade, dignidade, dor e sofrimento; sendo algo que não tem preço. Ademais, não se tem como tarifar e nem tratar de forma distinta a dignidade e patrimônio moral, quando se tem os mesmos fatos e direitos, sendo assim as leis devem ser criadas e interpretadas em harmonia com a Constituição Federal, a violação aos artigos 5º em seus incisos V e X e 7º, inciso XXXII trazendo a tarificação ao dano moral, no qual não podemos ter a base salarial de um empregado como parâmetro para mensurar sua dignidade e o dano sofrido, sendo que conforme já explanado e o entendimento consolidado do STF e STJ que a tarificação ou qualquer restrição a reparação por dano moral se torna inconstitucional ferindo os ditames constitucionais.

2. Do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

O princípio da vedação ao retrocesso está ligado diretamente ao advento da segurança jurídica e proteção da confiança que se relaciona com o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e aos direitos adquiridos, não vem de forma explícita na Constituição Federal, o qual proíbe que proposta de emenda tende a abolir os direitos e garantias individuais. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a respeito do princípio da proibição de retrocesso, comenta que (2004)¹⁰:

Constituindo os direitos sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das cláusulas pétreas.

O princípio deixa claro que a mudança só pode acontecer em prol do bem comum, do desenvolvimento da sociedade, não podendo ocorrer um retrocesso social afetando a vida do indivíduo. Tendo em vista se tratar de conquistas obtidas ao longo do

10 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4a ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

desenvolver da sociedade, para garantir condições mínimas de vida aos trabalhadores. Acerca das modificações legislativas de direitos fundamentais sociais, leciona Felipe Derbli (2008)¹¹:

Eis a razão, portanto, para que seja este breve estudo voltado à demonstração da hipótese de existência do Princípio Constitucional da Proibição do Retrocesso Social, relacionado com o desiderato da Constituição Dirigente de 1988 de promoção de justiça social, mediante a vedação da supressão, pela ação do legislador, da regulamentação legal de direitos fundamentais sociais sem que haja, ao menos, o estabelecimento de disciplina substitutiva ou compensatória, ou mesmo através da proibição de redução arbitrária do nível de concretização legislativa de tal categoria de direitos fundamentais.

O presente princípio busca a máxima efetivação dos direitos fundamentais, referenciando uma ferramenta de defesa da dignidade da pessoa humana, sendo que os dois tratam dos mesmos direitos e buscam a mesma efetivação. Uma forma de impedir qualquer reforma da legislação feita de modo a excluir direitos fundamentais gerais ou direitos específicos, concretizadores de algum desses direitos. No que tange a proibição de retrocesso, informa Sarlet (2004)¹²:

[...] despeito da ausência de uma proteção expressa até mesmo dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre chancelaram a proteção (ainda que não ilimitada) tanto do direito adquirido como das próprias expectativas de direitos (em que pese com menor intensidade), dimensões que, como já demonstrado, integram uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Além disso, no âmbito de uma jurisprudência tida como referencial, especialmente no que concerne à criatividade da solução, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu, em uma série de decisões, que a garantia da propriedade alcança também a proteção de posições jurídico - subjetivas de natureza pública (com destaque para os direitos a prestações no âmbito da seguridade social; legislativamente concretizados), existindo atualmente, a despeito de uma série de críticas, um determinado grau de consenso nesta esfera.

O objetivo do princípio da proibição do retrocesso social é impossibilitar que uma nova norma jurídica venha modificar todos os direitos alcançados e não compensar de forma equivalente os direitos fundamentais gerais já inclusos aos direitos sociais, tentando ao máximo que não ocorra a irredutibilidade destes.

11 DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4a ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Para Daniel Wunder Hachem os direitos sociais possuem características peculiares (multifuncionalidade e dupla dimensão: subjetiva e objetiva), exigindo do Estado não apenas o atendimento de demandas individuais ou coletivas, “mas também a criar estruturas organizativas e procedimentais que viabilizem a sua fruição universalizada, bem como normas de proteção que proporcionem a sua tutela contra violações pelos particulares”¹³.

Retroceder sem motivação material um direito fundamental alterando por norma infraconstitucional - traz uma vedação a todo processo jurídico, tendo em vista que todos os direitos fundamentais são concretizados por intermédio do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que qualquer modificação que não seja em favor da sociedade - implica em violação desses, que é o mais importante princípio do ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal sobre a temática da vedação ao retrocesso social, assim se manifestou:¹⁴

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.- (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

O presente princípio serve para assegurar os direitos sociais já adquiridos, proibindo todo e qualquer retrocesso que traga a redução das conquistas sociais, preservando a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana.

13 HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 fls. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 500.

14 ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

É imprescindível que o desenvolvimento econômico caminhe junto às garantias de limitações das reformas legislativas de tutelas dos direitos sociais, sob pena de afronta ao princípio de vedação ao retrocesso social. Conforme Daniela Murada Reis (2010)¹⁵:

Pelo princípio da progressividade dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, vincula-se a atividade legiferante nacional ao progresso ininterrupto das condições de proteção à pessoa humana na sua dimensão social, sendo juridicamente inviável a eliminação dos padrões sociais já estabelecidas, sem a correspondente criação de um conjunto normativo compensatório e qualitativamente mais vantajoso. (destaques do original).

Felipe DERBLI assevera que “o retrocesso social se traduz no descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, traduzido na violação do dever jurídico concreto de editar as leis que regulamentam as normas constitucionais definidoras dos direitos sociais. “Ou, ainda, “quando for suprimida a concretização legal de uma garantia institucional...” (2007, p. 433-495; p. 494)¹⁶.

Sabe – se que a tarificação por dano extrapatrimonial abordada na inovação da lei n. 13.467/2017, lei essa infraconstitucional, viola o princípio do não retrocesso social, assim como, um ato atentatório aos princípios fundamentais como da dignidade da pessoa humana, isonomia e reparação integral do dano - todos expressos na Constituição Federal, contra o desenvolvimento social da classe dos trabalhadores, fazendo com que os seus direitos sejam passíveis de violação moral.

Considerações Finais

A busca por uma legislação justa e eficiente nos dias atuais não pode fazer com que a indenização por danos extrapatrimoniais leve o ofensor a ruína; muito menos proporcionar ao ofendido um enriquecimento sem causa, do mesmo ponto de vista a indenização não pode ser irrisória a ponto de não causar efeitos ao ofensor para que não provoque novos atos ilícitos e não compensar o sofrimento da vítima.

Cabe pontuar que a inconstitucionalidade da tarificação do dano extrapatrimonial fica explícita a partir do momento que a mesma viola princípios da ordem jurídica constitucional, afetando diretamente a dignidade da pessoa humana, além de apresentar

15 REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

16 DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

um tratamento diferenciado às pessoas, fazendo com que as hipossuficientes sofram uma desigualdade, no qual se tem a base salarial como parâmetro para mensurar sua dignidade e o dano sofrido. Dessa maneira apresenta – se um retrocesso a toda sociedade que luta em busca do tratamento igualitário e a progressividade dos direitos sociais.

A Constituição prevê a indenização dos danos extrapatrimoniais de forma proporcional ao sofrido, não estabelecendo nenhuma limitação ao direito adquirido, tendo em vista que as disposições constitucionais são garantias fundamentais que possuem aplicabilidade imediata com eficácia plena - não podendo ser limitada por normas infraconstitucionais, tratando-se de uma cláusula pétrea insuscetível de qualquer tipo de supressão ou limitação, até mesmo por emenda constitucional.

Referências das fontes citadas

BRASIL, República Federativa do. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 433-495; p. 494.

DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs). Direitos Sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

FONSECA, Rodrigo Dias. Reforma Trabalhista comentada MP 808/2017: análise de todos os artigos/Coordenador – 1.ed – Florianópolis: Empório do Direito, 2018. 120p.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos Direitos Fundamentais, Econômicos e Sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho de 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 fls. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 500.

LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. Ed. 11. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

PINTO FERREIRA, Luís. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. São Paulo: Saraiva, 1983.

REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4a ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO AUXÍLIO-DOENÇA

Carina Rodrigues Moreira¹
Pedro Abib Hecktheuer²

RESUMO

O presente artigo científico busca analisar se a devolução de valores recebidos indevidamente a título de tutela antecipada em decorrência de benefício previdenciário do auxílio-doença constitui uma lesão a seguridade social prevista na Constituição Federal de 1988 e a seus princípios fundamentais. Para isso foi feita uma análise, a partir do código de processo civil, da conceituação e aplicação das tutelas antecipadas, bem como um apanhado acerca dos preceitos base da seguridade social com destaque para a previdência social e o benefício do auxílio-doença. Por fim, analisou-se a possibilidade da devolução de valores recebidos em tutela antecipada no auxílio doença, considerando neste ponto a jurisprudência atual acerca da temática abordada. Os caminhos metodológicos utilizados foram a pesquisa à legislação, jurisprudência e de materiais bibliográficos, por meio de livros e das plataformas de indexação de artigos, bem como documental, por meio da consulta em sites oficiais.

Palavras-chaves: Seguridade Social. Direito Previdenciário. Benefício Previdenciário do Auxílio-doença. Tutela Antecipada Revogada.

ABSTRACT

The present scientific article tries to analyze if the return of amounts wrongly received as an advance protection due to the social security benefit of the sickness benefit constitutes an injury to the social security provided for in the Federal Constitution of 1988 and to its fundamental principles. For this, an understanding was made from the civil process code of the conceptualization and application of the anticipated tutelas, as well as a survey on the basic precepts of social security, with emphasis on social security and the benefit of sickness. Finally, it was analyzed the possibility of the return of amounts received in advance protection in the disease aid, considering in this point the current jurisprudence on the subject addressed. The methodology used was the deductive, whose elaboration was based on researches in bibliographies, jurisprudence, scientific articles, legislation on the matter, as well as official sites.

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Porto Velho/RO. Brasil. E-mail: carina.moreira@sou.fcr.edu.br

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Mestre em Direito Socioambiental e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO); Líder dos Grupos de Desafios Socioambientais, Saberes e Práticas na Amazônia e Direitos Fundamentais e Políticas Públicas; Advogado. Porto Velho, Rondônia. E-mail: pedro@fcr.edu.br.

Key words: Social Security. Social Security Law. Social Security Benefit. Early Termination Revoked.

Introdução

Compondo os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988³, a seguridade social, é constituída pela previdência social, saúde e assistência social e tem por objetivo proteger e dar assistência ao ser humano nos momentos de invalidez, desemprego, miserabilidade ou doença.

Dentre o tripé estabelecido pela Seguridade Social, destaca-se a previdência social que possui filiação e contribuição obrigatória, visando suprir as necessidades básicas e vitais para uma sobrevivência com dignidade daqueles trabalhadores (ou seus dependentes) que encontram-se impossibilitados de realizar suas atividades laborais.

A fim de que seja concedido o benefício do auxílio-doença, objeto deste trabalho, se faz necessário o preenchimento de três requisitos: a qualidade de segurado, mediante comprovação de contribuições ou do período de graça; a carência, dispensada em alguns casos, bem como a constatação de incapacidade.

No benefício previdenciário do auxílio-doença, realizar pedido de tutela provisória de urgência antecipada é rotineiro, dada a temporariedade do benefício e ao seu caráter alimentar. É ineficaz que uma pessoa que necessite do benefício durante determinado lapso temporal, aguarde anos até que a ação transite em julgado para ter acesso ao recurso financeiro, ao passo que, a necessidade é imediata e diária.

Em 2014, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de demanda repetitiva, no Recurso Especial 1401560 MT⁴, que é obrigatória a devolução de todos os valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogadas nos benefícios previdenciários, baseando-se para tanto na aplicação literal das normas do processo civil e no princípio da proibição do enriquecimento sem causa

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP: 1401560 MT 2012/0098530-1, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de julgamento: 12/02/2014, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 13/10/2015. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296865&num_registro=201200985301&data=20151013&formato=PDF> ACOR >. Acesso em: 26 mar. 2018.

Acontece que, a partir do citado precedente, o risco daqueles que tiveram suas tutelas concedidas, futuramente serem compelidos a devolver, instaura uma enorme insegurança jurídica e, uma responsabilização pelo simples fato de terem buscado o judiciário para suprir suas necessidades básicas e não terem obtido sucesso, independentemente da valorização de culpa.

Nesse sentido, o problema que se pretendeu responder é se a devolução de valores recebidos indevidamente a título de tutela antecipada em decorrência de benefício previdenciário do auxílio-doença constitui uma lesão a seguridade social prevista na Constituição Federal de 1988 e a seus princípios fundamentais.

Objetivou-se, por meio de uma pesquisa à legislação, jurisprudência, materiais bibliográficos e sites oficiais, apreciar os princípios norteadores do tema sob o viés da previdência social, compreender a partir do código de processo civil a conceituação e aplicação das tutelas antecipadas, a fim de fazer uma correlação objetiva com a sua incidência no benefício previdenciário do auxílio-doença e, ainda, analisar decisões judiciais acerca do tema, com destaque para a decisão proferida em 2014 pelo Superior Tribunal de Justiça em demanda de recurso repetitivo (RESP 1401560/ MT).

Dadas as circunstâncias, é importante o aprofundamento sobre a discussão que se problematiza neste artigo, visto que, de um lado, há o posicionamento de que os valores recebidos em tutela antecipada posteriormente revogada devem ser devolvido e, de outro lado, há o entendimento de que, por se tratar de prestação alimentar, a sua devolução fere a essência da seguridade social e o princípio da dignidade da pessoa humana.

1. As tutelas Provisórias como Instrumento de Efetivação das Prestações Jurisdicionais Urgentes

Construída com base em cognição sumária, a qual constitui um juízo de probabilidade menor, as tutelas provisórias buscam adiantar o possível resultado final do processo, adotando o juiz as medidas que entender como adequadas a fim de resguardar um determinado direito, sempre respeitando os critérios e requisitos estabelecidos pela legislação, conforme art. 297 CPC/2015⁵,

As tutelas provisórias possuem caráter precário, sendo assim, podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo pelo juiz, desde que o magistrado fundamente quais são as

5 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 05 abr 2018

razões e elementos que justificam essa nova tomada de posição (art. 296 e 298 CPC/2015). Assim, via de regra, enquanto o processo estiver tramitando, a tutela provisória vai manter a sua eficácia, ainda que este tenha sido suspenso, salvo decisão judicial em contrário.

Quanto a classificação dessas tutelas, se tem o termo geral que são as tutelas provisórias que se subdividem em dois grandes grupos, as tutelas provisórias de urgência e as tutelas provisórias de evidência.

Salienta Daniel Amorim Assumpção Neves⁶ que “a tutela de urgência é aquela que resolve uma crise do perigo do tempo”, enquanto que a tutela de evidência “é independente de existência de perigo do tempo, sendo fundamentada tão somente na grande probabilidade de o direito alegado pela parte existir.”

Desse modo, destaca-se a importância de analisar as tutelas provisória de urgência de forma mais aprofundada, já que no benefício previdenciário do auxílio-doença a urgência se configura pela necessidade de prestação imediata (natureza alimentar), a fim de evitar um prejuízo à parte.

1.1 Tutela provisória de urgência

De acordo com parágrafo único do art. 294 CPC/2015⁷, há dois tipos de tutela de urgência, a cautelar e a satisfativa ou antecipada. Em síntese, afirma-se que a tutela cautelar está ligada a resguardar o resultado útil do processo, enquanto que a tutela antecipada conecta-se com a efetividade de um direito material. Todavia, para ambas é exigido elementos que demonstrem a probabilidade do direito (artigo 300 CPC/2015).

Nesse caminho, Teodoro Jr⁸ ensina que a tutela provisória de urgência visa à satisfação total ou parcial de um direito que possui o risco de não “sobreviver” a morosidade do processo judicial brasileiro e será concedida quando preenchido os requisitos do *fumus boni juris* (probabilidade do direito), bem como, o *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo).

Insta salientar que o juiz pode exigir a prestação de caução para resguardar o direito de ambas as partes sempre que houver um perigo de prejuízo para o réu, entretanto, tal

6 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 462

7 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 05 abr 2018

8THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Volume I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pp. 807 - 808

característica não é regra, uma vez que se fosse obrigatório, os indivíduos que são hipossuficientes estariam sendo privados de alcançar o seu direito de acesso à justiça, é o que se interpreta do §1º do art. 300 CPC/2015⁹.

Verifica-se ainda que nas tutelas as decisões são proferidas liminarmente, logo, não houve uma manifestação da parte contrária no processo, o que acontece é uma relativização do princípio do contraditório, baseando-se para tanto em uma justificação prévia.

Sendo assim, a parte autora que tiver a tutela de urgência concedida em seu favor e, posteriormente, vier a ser caracterizado alguma das hipóteses prevista nos incisos do artigo 302 do CPC¹⁰, responderá pelos danos processuais e prejuízos causados a parte adversa, sendo a liquidação efetivada nos autos da concessão do referido instrumento processual.

Das lições de Teodoro Jr.¹¹, depreende-se que, em que pese as semelhanças, a tutela provisória de urgência de natureza antecipada possui um requisito específico, previsto no § 3º do artigo 300, que consiste no fato de que a tutela concedida não pode ter efeitos irreversíveis, devendo ser possível retornar ao estado anterior. No entanto, essa regra não é absoluta, pois há casos em que mesmo os efeitos sendo irreversíveis o juiz pode conceder a tutela satisfativa, como exemplo, as situações de tratamento médico e ações de alimentos.

Demonstra-se, a partir do exposto, a relevância do instrumento jurídico em análise àquelas demandas que necessitam de uma atuação judicial célere, sob pena de haver uma perda da efetividade da prestação jurisdicional. Dentre essas ações que necessitam de atenção especial, para essa pesquisa, conforme será abordado a seguir, destaca-se as de natureza previdenciária.

2. O preceito constitucional da Seguridade Social e seus desdobramentos

Derivada de uma evolução histórica e promulgada depois do fim do regime militar, a Constituição Federal de 1988, também conhecida por Constituição Cidadã, estabeleceu a seguridade social.

9 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 05 abr 2018

10 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 05 abr 2018

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Volume I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pp. 920 - 921

De início, a seguridade social é abordada na Constituição Federal de 1988¹², em seu artigo 5º inciso XXIII como direito fundamental e, posteriormente, em capítulo próprio, entre os artigos 194 e 204, demonstrando o enorme zelo do poder constituinte originário quanto ao tema.

Define Martins¹³ que a seguridade social constitui-se em um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências pessoais básicas, buscando garantir os direitos relativos a previdência, a saúde e a assistência social.

Amado¹⁴ salienta que, nos dias de hoje, a seguridade ostenta natureza prestacional positiva e possui caráter universal, de forma que abrange os direitos de 2ª e 3ª dimensão simultaneamente.

Nota-se então que a seguridade social é bastante ampla e universal, sendo esta o gênero, enquanto que a saúde, a previdência social e a assistência social, são espécies que agem em harmonia.

No que tange as suas espécies, temos que a saúde possui acesso liberado para todos e não há necessidade de prévia contribuição; a assistência social tem o acesso um pouco mais restrito, pois ela é destinada apenas aqueles que dela necessitam e, por fim, a previdência social tem caráter contributivo e filiação obrigatória, objetivando proteger aqueles que venham a ser atingidos por algum evento previsto na legislação de amparo social.

O parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal¹⁵ aborda diversos objetivos da seguridade social, entretanto, expõe Sergio Martins¹⁶ que essas diretrizes são princípios, ao passo que informam e dão sustentação ao sistema de Seguridade Social e não objetivos ou metas a serem atingidas. Com relação aos objetivos e ao caráter da seguridade Santos¹⁷ elucida que:

Os valores dos benefícios de seguridade social destinam-se a garantir os mínimos vitais, isto é, o necessário à sobrevivência com dignidade, **o que se distancia da indenização própria do seguro**. Os benefícios, na seguridade social, não têm caráter indenizatório. (grifo nosso)

12 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

13 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 21

14 AMADO, Frederico. Curso de Direito e Processo Previdenciário. 6ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 27

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

16 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 55

17 SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 38

O que se percebe é que em sua essência, a seguridade social visa proteger o indivíduo naqueles momentos de vulnerabilidade, em razão de sua idade, limitações físicas ou mentais e, em virtude disso, dela necessite, promovendo o bem estar, a redução das desigualdades e suprimindo as necessidades básicas e vitais.

Nesta direção, cabe refletir mais acentuadamente o que vem a ser a Previdência Social e suas minúcias, a fim de, logo após, fazer uma correlação objetiva com o benefício previdenciário do auxílio-doença.

2.1 Previdência Social

Compondo o tripé estabelecidos pela seguridade social, destaca-se o preceito constitucional quanto à ordem social, com realce mais específico à previdência social, a qual visa, nos termos da lei (art. 201 CF/88 e Lei 8.213/91) conceder não só aposentadorias, mas também, auxílio-doença, auxílio-acidente, pensão por morte, auxílio-maternidade e outros.

Os planos previdenciários se dividem, na concepção de Frederico Amado¹⁸ em planos básicos (compulsórios) que por questões didáticas separam-se em regime geral da previdência social, regimes próprios da previdência social e plano social dos congressistas e em planos complementares (para manutenção do padrão de vida) que por sua vez se subdividem em Regime Público e Regime Privado.

Por outro lado, para Martins¹⁹ a previdência abrange o regime geral de previdência social e o regime facultativo complementar da previdência social (art. 9ª da Lei nº 8.212), o que evidencia uma interpretação literal da lei. Afirma o autor também que a Previdência Social não visa que o segurado, durante a utilização do benefício, mantenha o mesmo padrão que possuía quando estava exercendo o seu labor.

Nota-se que a finalidade principal da previdência é proteger economicamente aqueles trabalhadores (ou seus dependentes) que realizam contribuições previdenciárias mensalmente, mas por alguma razão, seja esta temporária ou permanentemente, encontram-se impossibilitados de realizar as atividades laborais que habitualmente exerciam.

Acrescenta-se ainda que a verba recebida pelo segurado da previdência social nesses momentos de hipossuficiência, caracteriza-se como alimentar, ou seja, possui a finalidade de suprir suas necessidades diárias básicas, como alimentação, educação, higiene, vestuário para

18 AMADO, Frederico. Curso de Direito e Processo Previdenciário. 6ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 119.

19 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2013 p. 292

a conservação da vida física e moral. O artigo 100 da CF em seu §1º²⁰ expõe expressamente o caráter alimentar dos benefícios previdenciários:

Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Stolze e Pamplona Filho²¹ ressaltam que “consideram-se compreendidas no conceito de alimento todas as condições necessárias para a vida e a afirmação da dignidade do indivíduo”.

Por fim, o que se percebe é que aqueles que necessitam da previdência social não estão objetivando o luxo e o requinte, mas sim o mínimo para a sobrevivência e dignidade. Dentre os benefícios previdenciários, resalta-se o auxílio-doença, uma vez que, por ser proveniente de uma incapacidade e possuir caráter temporário, a necessidade de uma prestação imediata é maior.

2.2 Auxílio – doença

Acerca do benefício previdenciário do auxílio-doença, Castro e Lazzari²² ressaltam que o auxílio-doença é um benefício concedido ao segurado que se encontra incapacitado de desenvolver suas atividades laborais em caráter temporário, acima do período previsto na legislação, em razão de doença ou acidente, bem como por prescrição médica.

Todos os segurados da previdência social têm direito ao benefício do auxílio-doença, consistindo o seu valor em 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, por mês (art. 61 lei 8.213/91). Entretanto, para haver a concessão deste, a lei prevê que sejam comprovados três requisitos: qualidade de segurado, carência e incapacidade.

A qualidade de segurado é adquirida por toda e qualquer pessoa que contribui para o custeio do regime geral da previdência social. A partir do início dessas contribuições, seja na condição de empregado, contribuinte individual ou contribuinte facultativo, o indivíduo será qualificado como segurado do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

20 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

21 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso De Direito Civil. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 698

22 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 19ª ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 781

Santos²³ explana que “manter a qualidade de segurado significa manter o direito à cobertura previdenciária prevista na Lei n. 8.213/91”. Todavia, evidencia a autora que consta na lei previsões em que mesmo sem o pagamento de contribuições previdenciárias, preserva-se a qualidade de segurado.

Essa possibilidade de ser mantida a qualidade de segurado é o que a Lei dos Benefícios (lei 8.213/91) denomina por “período de graça” e pode ser visualizada no benefício do auxílio-doença quando presente alguma das hipóteses do artigo 15 da lei 8.213/91²⁴.

Quanto ao período de carência, dispõe o artigo 24 da lei 8.213/91 que é a quantidade mínima de contribuições mensais necessárias para que o segurado tenha direito ao benefício, consideradas a partir do primeiro dia dos meses de suas competências. Para o benefício do auxílio-doença o período de carência a ser observado é o de 12 (doze) contribuições mensais (art. 25, I da lei 8.213/91).

Amado²⁵ esclarece que nos casos de invalidez decorrente de acidente de qualquer natureza, doença profissional, do trabalho ou das moléstias graves listadas em ato regulamentar, haverá dispensa da carência.

Ademais, a incapacidade, último requisito a ser exposto, deve ser comprovada por meio de perícia médica. Acerca da incapacidade no benefício do auxílio-doença, Bragança²⁶ assinala que:

É possível a concessão do benefício em caso de incapacidade substancial e temporária (segurado impedido de realizar qualquer trabalho, mas com prognóstico de recuperação a certo prazo); de incapacidade parcial e permanente (caso do segurado exercente de duas atividades e que se incapacitou permanentemente somente para uma delas); ou daquele incapacitado parcial e temporariamente, o que impossibilita o desenvolvimento de alguma atividade, mas de forma transitória.

Para o segurado empregado a lei prevê como responsabilidade do empregador os quinze dias contados a partir do início da incapacidade (art. 60 § 3º da lei 8.213/91). Tanto para o empregado quanto para os demais segurados, se o requerimento administrativo perante o INSS ocorrer até os 30 dias seguintes a data de início da incapacidade, terão

23 SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 219

24 BRASIL. Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 21 mai 2018.

25 AMADO, Frederico. Curso de Direito e Processo Previdenciário. 6ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 670.

26 BRAGANÇA, Kerlly Huback. Manual de Direito Previdenciário. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 196

direito aos valores retroativos, contudo, deixando transcorrer esse prazo, o direito será devido a partir da data de entrada do requerimento administrativo (art. 60 § 1º da lei 8.213/91).

Dessa forma, demonstrado presente os três requisitos, o segurado ficará em gozo do auxílio-doença e afastado de suas atividades laborais durante o tempo em que permanecer incapacitado, devendo o benefício ser cessado se constatada melhora do quadro, se reabilitado o indivíduo para outra função ou ainda no caso de conversão em aposentadoria por invalidez.

3. A inconstitucionalidade da devolução de valores recebidos a título de tutela antecipada nas ações de natureza previdenciária

A legislação brasileira em vigor não acolhe, de maneira expressa, o afastamento do princípio da irrepetibilidade dos alimentos nos casos de revogação de tutelas antecipada.

Durante muitos anos o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela irrepetibilidade dos valores recebidos a título de tutela antecipada quando a matéria da ação fosse de natureza previdenciária, contudo, a 1ª seção (1ª e 2ª turmas) ao julgar o Recurso Especial n.º 1384418 SC²⁷, de relatoria do Ministro Herman Bejamim, com trânsito em julgado em 08.10.2013, alterou esse entendimento.

Posteriormente, em 12.02.2014, novamente a 1ª seção, mas desta vez sob a relatoria do Ministro Sérgio Kukina e em rito de incidente de resolução de demandas repetitivas, entendeu, ao julgar o Recurso Especial 1401560 MT²⁸, que o recebimento de proventos oriundos de tutela antecipada posteriormente revogada, nos benefícios previdenciários, não enseja presunção de irrepetibilidade.

Entende-se, da leitura da ementa, bem como o acesso ao inteiro teor do acórdão, que os argumentos que fundamentam a referida decisão consistem, em síntese, no princípio da proibição do enriquecimento sem causa, na impossibilidade da alegação de confiança no juiz pelo fato da parte estar representada por advogado e no artigo 115 II, da Lei nº 8.213, o qual declara que podem ser descontado dos benefícios pagamento além do previsto.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP: 1384418 SC 2013/0032089-3, Relator: Ministro Herman Bejamin, Data de julgamento: 12/06/2012, S1- Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 30/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1242982&num_registro=201300320893&data=20130830&formato=PDF>. Acesso em: 26 mar. 2018.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP: 1401560 MT 2012/0098530-1, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de julgamento: 12/02/2014, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 13/10/2015. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296865&num_registro=201200985301&data=20151013&formato=PDF> ACOR >. Acesso em: 26 mar. 2018.

Evidencia-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça entende pela obrigação de devolver valores recebidos em tutela antecipada independentemente de qual seja o benefício previdenciário ou qual razão se levou a revogação da tutela. É direto, se foi revogada, devolve-se.

Importante ressaltar ainda que a referida decisão se deu em sede de demanda repetitiva, portanto, sua relevância é maior do que de uma decisão comum, uma vez que, objetiva a existência de celeridade e uniformização dos julgados.

Conforme expressa previsão legal (artigo 1036 CPC/2015), a seleção e julgamento de recursos especiais e extraordinários ocorrerão quando houver uma multiplicidade de recursos fundamentados em semelhante questão de direito. Seus efeitos repercutem na admissibilidade de recursos para o Superior Tribunal de Justiça, tutelas antecipadas, improcedência liminar de pedidos e outros instrumentos processuais.

Ocorre que, diante desse quadro, discute-se se esta devolução como estabelece o STJ respeita os preceitos da seguridade social e da dignidade da pessoa humana ou, se tal entendimento poderia ser relativizado quando referente ao benefício do auxílio-doença, por se tratar de necessidade temporária e valores a título de alimentos.

Desse modo, indispensável uma análise acerca dos dois posicionamentos existentes sobre a devolução de valores provenientes de tutela revogada pelos segurados da Previdência Social no auxílio-doença: o primeiro que defende pela obrigação de devolver a tutela antecipada nos benefícios previdenciários; e o segundo, contrário ao entendimento do STJ e que tem como argumento principal o princípio da boa-fé e a irrepetibilidade dos valores alimentícios. É o que passaremos a analisar a seguir.

3.1 O equivocado entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela relativização ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos

Sob a ótica da precariedade da tutela antecipada, do princípio da proibição do enriquecimento sem causa, da impossibilidade da alegação de confiança no juiz pelo fato da parte estar representada por advogado e do artigo 115 II, da Lei nº 8.213, o qual declara que podem ser descontado dos benefícios pagamento além do previsto, é devido a devolução dos valores que recebeu o segurado do auxílio-doença, a título de tutela antecipada posteriormente revogada.

Em que pese a tutela antecipada e suas características já tenham sido analisadas no tópico 1 deste trabalho, para complementação da discussão, destaca-se o trecho do voto do

ministro Ari Pargendler²⁹, o qual declara que “quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu *decisum* não é irreversível. Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente.”

Acerca do princípio da proibição do enriquecimento sem causa, seus contornos encontram-se descritos nos artigos 884 a 886 do Código Civil de 2002³⁰, os quais afirmam que havendo enriquecimento sem justa causa ou se esta deixou de existir, é devida a restituição do que foi auferido indevidamente. Venosa³¹ menciona que para configurar o enriquecimento sem causa é necessário que ocorra um desequilíbrio patrimonial, ou seja, acontece um aumento patrimonial em detrimento de outro, sem base jurídica.

Quanto ao argumento de que a parte está representada por advogado, logo não pode alegar confiança no juiz, coaduna com o artigo 3º da Lei de introdução as normas do direito brasileiro³², o qual declara que alegar desconhecimento da lei não é escusa para o seu descumprimento.

Por outro lado, no que tange o art. 115 II da lei 8.213, tem-se na legislação que pode ser descontados dos benefícios os pagamento de benefício além do devido.

Em acréscimo, ao proferir seu voto pela devolução da tutela antecipada, o ministro Herman Benjamin³³ comparou brevemente os casos em que o Poder Judiciário veda a restituição ao Erário e aqueles em que o segurado pode realizar empréstimos, senão vejamos:

Isto é, o Erário "empresta" (via antecipação de tutela posteriormente cassada) ao segurado e não pode cobrar nem sequer o principal. Já as instituições financeiras emprestam e recebem, mediante desconto em folha, não somente o principal como também os juros remuneratórios.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP: 1401560 MT 2012/0098530-1, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de julgamento: 12/02/2014, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 13/10/2015. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296865&num_registro=201200985301&data=20151013&formato=PDF> ACOR >. Acesso em: 26 mar. 2018. p. 12

30 BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 05 mai 2018

31 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral da obrigações e teoria geral dos contratos. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 207

32 BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 21 mai 2018.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP: 1401560 MT 2012/0098530-1, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de julgamento: 12/02/2014, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 13/10/2015. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296865&num_registro=201200985301&data=20151013&formato=PDF> ACOR >. Acesso em: 26 mar. 2018. p. 29

Reforçando o entendimento, recentemente, a Turma Nacional de Uniformização na sessão de 30/08/2017, cancelou a Súmula nº 51³⁴, que dispõe: “Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento”.

Portanto, considerando a apreciação realizada na jurisprudência e na doutrina quando da elaboração da presente pesquisa, pode-se destacar que os argumentos principais para a obrigatoriedade da devolução dos valores recebidos em tutela antecipada, consiste na aplicação literal das normas do processo civil e no princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

Distingue-se, pois, não há de se falar em enriquecimento sem causa, tendo em vista que, conforme exposto no tópico 2, a previdência tem caráter contributivo. Perceba, se foi concedido tutela antecipada no benefício do auxílio-doença é porque a pessoa preencheu aos requisitos objetivos, logo, em regra, o Estado só está disponibilizando um recurso financeiro em que o próprio segurado financiou, sem qualquer enriquecimento indevido ou aumento patrimonial de um em detrimento do outro.

Ademais, também não merece prosperar a alegação de que se deve seguir as normas processuais civis. Nos ensinamentos de Ferreira Filho³⁵ compreende-se que a Constituição Federal em vigor é a maior expressão jurídica da soberania popular, por conseguinte, é manifesto que, havendo conflito de norma e princípios constitucionais com infraconstitucionais, deve fazer prevalecer as normas fundamentais do Estado.

3.2. A Irrepetibilidade dos Alimentos como Garantia aos Fundamentos Constitucionais

Depreende-se do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º III CF/88), basilar para o estado democrático de direito, que todo indivíduo (pessoa humana), ainda que com divergências de crenças, valores e condições patrimoniais, é digno de respeito e proteção tanto do Estado quanto da coletividade, como forma de garantir a intangibilidade dos valores sociais básicos. Nas palavras Barroso³⁶:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da

34BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula 51. Cancelada em 30/08/2017. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 06 abr. 2018

35 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45

36 BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 289-290

humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.

Alexy³⁷ pondera ainda que “não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais”.

Intimamente ligado ao princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, destaca-se o preceito constitucional da seguridade social, com realce para o benefício previdenciário do auxílio-doença, os quais, conforme aprofundados em tópicos próprios no presente trabalho, tem natureza alimentícia, logo, se objetiva o mínimo para a manutenção do indivíduo.

Trilhando nesta linha de pensamento, o Direito Civil entende pela irrepetibilidade dos valores recebidos a título de caráter alimentício. É o que expõe Chaves e Rosenvald³⁸ sobre o descabimento da restituição dos alimentos pagos regularmente, ou seja:

Mesmo vindo a ser desconstituído o título que serviu de base para o pagamento dos alimentos (é o exemplo de uma superveniente negativa de paternidade ou mesmo anulação de casamento), descaberá a restituição dos alimentos pagos regularmente, em face da regra da irrepetibilidade.

Isto posto, visualiza-se que quando a verba alimentar é decorrente de uma pensão alimentícia não há relativização do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, ainda que posteriormente venha ser entendido que tais valores foram recebidos indevidamente. Entretanto, quando trata-se benefício previdenciário abrangido pela previdência social, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que deve haver a relativização.

Percebe-se que a referida diferença fica desproporcional quando analisamos que, em se tratando de pensão alimentícia temos como pagador uma pessoa física e, quando se trata de um benefício previdenciário temos o poder público que, presumidamente, tem uma capacidade econômica muito maior que uma pessoa física.

O princípio da boa-fé agrupa diversos valores estabelecidos pela sociedade e busca sempre prezar pela lealdade, cooperação, equidade, honestidade, liberdade de informação e a

37 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 451

38 CHAVES, Cristiano; RONSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil Famílias. 7.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 690-691

concretização de preceitos constitucionais. Para a discussão em tela, destaca-se a boa-fé subjetiva, uma vez que esta vincula-se as convicções internas do beneficiário.

Sobre o princípio da segurança jurídica, Marinela³⁹ afirma que objetiva não apenas minorar os efeitos traumáticos de novas disposições, mas também, reprimir alterações supervenientes tragam instabilidade a vida em sociedade, resguardando, assim, a estabilidade como uma certeza para as regras sociais.

Em que pese exista no Superior Tribunal de Justiça uma decisão em sede de demanda repetitiva acerca do tema, não é possível dizer que o referido entendimento foi acolhido pelo restante da ordem jurídica.

O Tribunal Regional Federal da 4ª região⁴⁰ ao julgar a revogação da tutela de urgência no benefício do auxílio-doença entendeu não caber a devolução dos valores em razão do caráter alimentar dos recursos percebidos em boa-fé.

Pela mesma perspectiva, o Tribunal Regional Federal da 3ª região⁴¹ fazendo referência a posição do Supremo Tribunal Federal, argumentou que não há que se falar em devolução das parcelas recebidas a título de benefício de auxílio-doença, em razão da improcedência do pedido, pois, além de terem sido recebidas por força de determinação judicial, vislumbra-se a natureza alimentar e a boa-fé.

39 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 125

40 PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. DECISÃO JUDICIAL QUE REVOGA. CONCESSÃO. TUTELA ANTECIPADA. REVOGAÇÃO. IRREPETIBILIDADE. TEMA 692 DO STJ. Não obstante o julgamento do tema 692 pelo STJ, a Terceira Seção deste tribunal tem entendimento consolidado no sentido de não caber devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada, em razão do caráter alimentar dos recursos percebidos de boa-fé. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região, AC: 50668187420174049999, Relator: GISELE LEMKE, Data de Julgamento: 20/03/2018, Quinta Turma. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564938677/apelacao-civel-ac-50668187420174049999-5066818-7420174049999>> Acesso em: 21 mai 2018).

41 PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE. INEXISTÊNCIA. SUCUMBÊNCIA. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DE PARCELAS RECEBIDAS POR FORÇA DA TUTELA ANTECIPADA. ENTENDIMENTO DO STF. I - A peça técnica apresentada pelo Sr. Perito, profissional de confiança do Juiz e equidistante das partes, foi conclusiva no sentido da inexistência de incapacidade da parte autora. II - Não preenchendo a demandante os requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença, a improcedência do pedido é de rigor. III - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita. IV - Não há que se falar em devolução das parcelas recebidas pela parte autora, a título de benefício de auxílio-doença, em razão da improcedência do pedido, tendo em vista sua natureza alimentar e a boa-fé da demandante, além de terem sido recebidas por força de determinação judicial. Nesse sentido: STF, ARE 734242, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 08.09.2015. V - Apelação da autora improvida. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª região. Ap:00008706920184039999 SP, Relator: Desembargador Federal Sergio Nascimento, Data de Julgamento: 03/04/2018, Décima Turma, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial: 13/04/2018. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566543912/apelacao-civel-ap-8706920184039999-sp>> Acesso em: 21 mai 2018)

Destarte, ponderando os princípios e institutos jurídicos expostos, verifica-se que além do princípio da dignidade da pessoa humana e da seguridade social, entender pela repetibilidade dos valores recebidos em decisão de tutela de urgência antecipada posteriormente revogada no benefício previdenciário do auxílio-doença, viola também os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da irrepetibilidade de valores alimentícios.

Considerações Finais

No decorrer da pesquisa, alcançando os objetivos propostos, explanou-se, em linhas gerais, acerca da conceituação e aplicação das tutelas antecipadas a partir do código de processo civil de 2015, bem como interpretou-se a seguridade social e seu desdobramento para a previdência social e o benefício do auxílio-doença. Após, ingressou-se na discussão existente sobre a possibilidade de devolver valores recebidos a título de tutela antecipada revogada no benefício previdenciário do auxílio-doença.

Partindo desse ponto, o que se verifica é o princípio da proibição do enriquecimento sem causa e as normas do processo civil indo diretamente de encontro com os preceitos básicos da seguridade social, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, da segurança jurídica e da boa-fé subjetiva.

Assim sendo, considerando que o tema é todo fundado na seguridade social e na dignidade da pessoa humana, se o magistrado decidir pela obrigação da devolução de valores considerados com alimentícios, estaremos diante de uma aplicação de cunho subsidiário do mandamento constitucional e não pelo caráter de fundamentalidade, conforme se preocupou o legislador constituinte.

Esta afirmação é considerada hipótese desta pesquisa, a qual foi confirmada quando verificado que o Superior Tribunal entende que os segurados serão obrigados a devolver os valores que receberam por decisão judicial em sede de tutela antecipada, independente da valorização de culpa.

Em vista ao exposto e respondendo ao problema apresentado, resta evidente que há uma violação a seguridade social prevista na Constituição Federal de 1988 e a seus princípios fundamentais. A partir deste precedente os segurados, terão de suportar, além uma execução judicial tendo como parte a Fazenda Pública, prejuízos psicológicos e patrimoniais irreparáveis, sendo retirado dos mesmos, o mínimo de sossego e bens materiais que ainda disporem, ou seja, a sua dignidade.

Além disso, nota-se que quando recorrido ao judiciário, o instrumento que se tem para suprir a necessidade imediata e trazer eficácia à função prática do auxílio-doença é a tutela de urgência antecipada. Entretanto, entender categoricamente pela obrigação de devolver os referidos proveitos, instaura uma enorme insegurança jurídica, fazendo com que os magistrados e advogados passem a atuar de forma mais receosa.

Por outro lado, no presente estudo, compreende-se que não se deve afastar o caráter precário da tutela antecipada, afinal, se assim for entendido, estará sendo concedida uma decisão de mérito definitiva, sem o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Deve haver, portanto, de forma sistemática, um juízo de ponderação de valores e bens jurídicos conflitantes, utilizando-se o juiz da proporcionalidade e razoabilidade para proferir sua decisão a luz dos preceitos registrados no texto constitucional, devendo preponderar a irrepetibilidade das verbas de natureza alimentar recebidas de boa-fé pelo segurado nos casos de dúvidas e, assim, só obrigar o segurado a ressarcir os cofres públicos quando comprovada má-fé, evitando que o Estado e, principalmente, o particular que é a parte vulnerável da relação, saiam prejudicados.

Referências das Fontes Citadas

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 6ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, São Paulo, 2010.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Manual de Direito Previdenciário**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 21 mai 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 21 mai 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 05 mai 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 05 abr 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** RESP: 1384418 SC 2013/0032089-3, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de julgamento: 12/06/2012, S1- Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 30/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1242982&num_registro=201300320893&data=20130830&formato=PDF>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** RESP: 1401560 MT 2012/0098530-1, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de julgamento: 12/02/2014, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 13/10/2015. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296865&num_registro=201200985301&data=20151013&formato=PDF> ACOR >. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª região,** AC: 50668187420174049999, Relator: Gisele Lemke, Data de Julgamento: 20/03/2018, Quinta Turma. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564938677/apelacao-civel-ac-50668187420174049999-5066818-7420174049999>> Acesso em: 21 mai 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª região.** Ap:00008706920184039999 SP, Relator: Desembargador Federal Sergio Nascimento, Data de Julgamento: 03/04/2018, Décima Turma, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial: 13/04/2018. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566543912/apelacao-civel-ap-8706920184039999-sp>> Acesso em: 21 mai 2018.

BRASIL. **Turma Nacional de Uniformização.** Súmula 51. Cancelada em 30/08/2017. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 06 abr. 2018

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZARRI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 19ª ed. São Paulo: Forense, 2016.

CHAVES, Cristiano; RONSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil Famílias.** 7.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2013

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Volume I**. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral da obrigações e teoria geral dos contratos**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DOMINAÇÃO PATRIARCAL E CORRUPÇÃO BRASILEIRA: DESDEMOCRATIZAÇÃO SOB UM CENÁRIO DE SUPERAÇÃO PELA EXPANSÃO DE LIBERDADES

Fábio Henrique Fernandez de Campos¹

RESUMO:

O objetivo deste trabalho é demonstrar que os traços patriarcais de nossa sociedade são dotados de historicidade, capazes de contaminar a credibilidade das instituições, numa aparente *crise de corrupção constante* que ultrapassa o prejuízo apenas econômico dos recursos públicos desviados, mas também ferindo de morte nosso capital cívico e o desenvolvimento, colocando em xeque a própria democracia, na medida em que se acaba por alimentar um senso comum de falência democrática, marcada pela reprodução intergeracional de desigualdades sociais conectadas entre o Estado-Política e o Mercado-Poder, orbitando num cenário de corrupção sistêmica, de descrédito à democracia, conceito este em contínua construção, no Brasil, há apenas trinta anos sob vigência da atual Constituição. Como metodologia, utilizamos do método bibliográfico, em referenciais teóricos que tratam do tema patrimonialismo, desenvolvimento e democracia, assim como dados estatísticos nacionais e internacionais sobre desenvolvimento humano e sobre a percepção da corrupção brasileira em comparação às demais nações.

Palavras-Chave: Dominação Patriarcal. Corrupção Brasileira. Democracia. Liberdades.

ABSTRACT:

The purpose of this paper is that the patriarchs of our society are endowed with historicity, capable of contaminating an institution of credibility, a crisis of high probability, which exceeds the limit of profits of the sector of deviant resources, but also the death of our capitalism, putting democracy in check, as it ends in a common sense of democratic bankruptcy, marked by the inter-racial reproduction of social inequalities connected between the political state and the market power, orbiting in a scenario of Systemic corruption, democracy, a concept that is under construction and has only been lived for only three years under the current Constitution. How is the methodology used, the bibliographic method, the theoretical references that deal with patrimonialism, development and democracy, as well as the national and international statisticians on human information and on the declaration of corruption in relation to foreign nations.

1 Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR. Pós-Graduado em Direito Criminal pela Universidade da Amazônia. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Professor de Direito Penal e Processual Penal da Rede Gonzaga de Ensino Superior. Delegado de Polícia. Email: del.fabiohfcampos@icloud.com

Key words: Patriarchal domination. Brazilian Corruption. Democracy. Freedoms

Introdução

Conforme conceito de dominação patriarcal, desenvolvido por Max Weber, o patrimonialismo vem fundamentado por uma legitimação tradicional, viabilizada por um quadro administrativo que o torna factível. Esse modelo de dominação patrimonialista, que em seu tipo ideal vem caracterizado pela ausência de delimitação entre o *público* e o *privado*, baseia-se na obediência ligada à personalidade, em prejuízo das normas abstratas, racionais e impessoais típicas da outra espécie de dominação, chamada por Weber, de burocrática.

Esses conceitos, analisados sob o foco da realidade brasileira, demonstram que a confusão entre bens públicos e privados é dotada de historicidade, permitindo-nos relacionar molduras institucionais de democracia vivenciadas por aqui sob as facetas da corrupção, do nepotismo, do clientelismo e do compadrio, que atuam como mola propulsora de um círculo vicioso em prejuízo ao direito ao desenvolvimento, termo este trazido como objetivo fundamental da república, em nossa Constituição Federal, em seu artigo terceiro, além de referido no próprio preâmbulo.

A predominância de um quadro administrativo patrimonialista, ao longo de séculos, hoje se transcreve em desestímulo à meritocracia, ferida de morte por um sistema marcado pela desigualdade social, baixo grau de igualdade de oportunidades e fraco capital cívico, na medida em que as instituições sofrem uma grande baixa na credibilidade, ocasionando um abalo ao grau de nosso amadurecimento democrático, vivenciando-se, desta forma, a chamada desdemocratização, onde o *demos*, ao fim, se vê alijado do poder, em face do mascaramento de interesses e loteamento de poderes no Estado, quadro este a ser combatido com o empoderamento do cidadão, no exercício de suas liberdades, naquilo que a Constituição Federal traz sob a forma de liberdade de iniciativa econômica aliada à valorização do trabalho, capaz de garantir uma existência digna, a que o Nobel em economia Amartya Sen trouxe como sendo liberdades instrumentais servindo de fim e meio para o próprio desenvolvimento humano.

1. Dominação Patrimonialista Em Max Weber

O termo dominação, em sentido weberiano, pode ser conceituado como uma situação de fato, em que uma vontade manifesta (mandado) do dominador- ou dos

dominadores- quer influenciar as ações de outras pessoas, e de fato as influenciam, como se os dominados adotassem determinada conduta sendo algo inevitável².

Já em Pierre Bourdieu, mais precisamente sobre a origem da dominação e sua capacidade de perdurar no tempo, traz o conceito de violência simbólica como sendo um fator que chega a “impor significações e impô-las como legítimas, dissimulando as relações de força, isto é, propriamente simbólica, a essas relações de força”³. Assim, enquanto o poder não pode repousar senão sobre uma coerção, a dominação supõe um mínimo de vontade de obedecer, ainda que se trate de uma vontade legitimada através de violência, não física, mas simbólica.

Logo, em qualquer tipo de dominação, segundo Weber, para que seja observada tal *legitimação*, há o aparecimento de um *quadro administrativo* encarregado de implementar o cumprimento e a aceitação de uma maioria como sendo a ação do dominante uma legítima vontade dos dominados, na dinâmica exposta na seguinte heurística: dominantes- quadro administrativo- dominados. Para WEBER, “toda dominação se manifesta através de uma administração”⁴.

Sobre a dominação patrimonialista, nas sociedades pré-modernas e patriarcais, não há predomínio de uma delimitação baseada em critérios objetivos, tampouco na impessoalidade, esta última típica da dominação burocrática, caracterizada pela obediência a normas abstratas, mas, ao contrário, no patriarcalismo se remonta numa relação de piedade rigorosamente pessoal. Predomina na ponta da hierarquia o patriarca como chefe de uma comunidade doméstica.

Quando se tem um quadro administrativo, na medida em que a sociedade cresce (não necessariamente se desenvolve), há invariavelmente o aparecimento do quadro administrativo, quando falamos em graus ou níveis de dominação. No entanto, na dominação sob predominância da relação tradicional e clientelista, o quadro administrativo existente remonta à dominação patriarcal na predominância patrimonialista.

2 Ver: WEBER, Max. Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004.

3 Ver: JOURDAIM, Anne e NAULIN, Sidonie. *A teoria de Pierre Bourdieu e seus usos sociológicos*. Tradução Francisco Morás. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

4 WEBER, Max. Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004, p.193.

Conforme Gonçalves da Silva⁵:

“O patrimonialismo é uma ampliação, para a sociedade como um todo, de uma estrutura de dominação patriarcal, e esse conceito é fundamental na formação do tipo-ideal que representa o Estado pré-moderno. A dominação patrimonialista implica a incorporação de indivíduos da família do soberano e da corte na administração do domínio, da economia (tributos) e da guerra. Mas a principal diferença entre o patriarcalismo e o patrimonialismo é que o último incorpora uma estrutura administrativa”.

Weber ainda esclarece sobre o patrimonialismo, que:

“Ao cargo patrimonial falta, sobretudo, a distinção burocrática entre a esfera privada e oficial. Pois também a administração política é tratada como assunto puramente pessoal do senhor, e a propriedade e o exercício de seu poder político, como parte integrante de seu patrimônio pessoal, aproveitável em forma de tributos e emolumentos entre os funcionários patrimoniais, isto é consequência do tratamento do cargo como direito pessoal do funcionário e não, como no Estado burocrático, consequência de interesses objetivos (...)”.

Portanto, numa dominação patrimonial, a fidelidade do *criado* ao seu *senhor* vem como pano de fundo dessa relação dotada de pessoalidade, não objetiva, mas ligada em traços de compadrio.

A corrupção e o patrimonialismo no Brasil, como fenômenos históricos, ligam-se na medida em que, no esteio do que já fora dito acima, a estrutura democrática se ampara em financiamentos privados de campanhas eleitorais, aproveitando-se do baixo desenvolvimento humano da grande massa da população, logo, longe de ser algo eterno e ligado ao nosso DNA, ou mesmo fator a se justificar polarização de debates políticos, mas como algo institucionalizado através dos tempos, liga-se, na verdade, aos arranjos institucionais fazendo-se necessário ao quadro de superação dessa predominância, como ponto de partida, não só a análise de vigência da norma, mas falaremos aqui sobre mudança da própria cultura de aparente e predominante círculo vicioso corrupto.

Neste cenário histórico-corrupto-patrimonialista vivenciado em nosso país, o equilíbrio entre os poderes se mescla numa teia de interdependências que faz das condutas patrimoniais um peso fiel na balança entre as práticas institucionais. Os próprios órgãos técnico-fiscalizatórios, dotados de autonomia financeira, inserem normas internas que garantem verdadeiras balbúrdias com o erário, em auxílios de mais variados nomes, traduzidos em regalias e privilégios nada afetos à moralidade

5 Ver: SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. A economia política da corrupção. Sítio Eletrônico Transparência Brasil. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf> acesso: 6.jan.2018.

administrativa, como motoristas particulares, auxílios-moradia, terno, livros, dentre outros nomes que, ao fim e ao cabo, apenas remontam à tentativa de forjar aparente legalidade a uma burla da norma constitucional que estipula um teto remuneratório do serviço público, além de causarem rombos bilionários aos cofres dos entes da federação, cuja promoção de direitos sociais passa ao largo da facticidade devida.

Se mesmo hoje, após vigência de uma constituição democrática, após trinta anos, esse ranço permanece incólume nas tratativas da balança patrimonialista por instituições que, por dever, deveriam combater tais práticas de confusão entre o público e o privado. Temos aqui algo grave, ligado à depreciação da legitimação da dominação sob regime democrático, pois o que esperar dos demais arranjos institucionais mais vulneráveis a negociatas da estrutura política do poder federativo?

Vejamos alguns pontos sobre as divisões históricas do patrimonialismo brasileiro.

2. História Brasileira E A Dominação Patrimonialista

Durante três séculos, entre 1500 até o ano de 1808, os vieses econômicos e políticos traduziram nossa identidade através de uma estrutura política amparada sob fortes traços patrimonialistas, de compadrio entre o capitalismo comercial nascente na Europa e a estrutura de colonização exploratória montada pela colônia portuguesa que, a todo tempo, jamais se interessou em estruturas de emancipação econômica local; pelo contrário, as organizações que aqui se fizeram desenvolver, foram ao arrepio das normas da metrópole e sua sanha exploratória, que alimentava o relativamente pequeno Estado português e sua limitação de recursos socioambientais, em face de uma estrutura monárquico-absolutista de alto custo tributário.

Assim, nos dizeres de CAIO PRADO JÚNIOR⁶, “para compreender a colonização brasileira é preciso recuar no tempo antes do seu início, e indagar as circunstâncias que a determinaram”.

Segundo HOLANDA⁷, esse tempo remoto patriarcal brasileiro causou uma linha temporal que afeta nosso desenvolvimento, no decorrer de toda a história:

“No Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da organização que não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também

6 JUNIOR, Caio Prado. A História Econômica do Brasil. 26 ed- Distrito Federal: Ed Brasiliense, 2017, p.5.

7 HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26 ed- São Paulo: Companhia das Letras, 1995.p.145.

do crescimento das cidades, atraindo vastas áreas rurais para a esfera de influência das cidades- ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos até hoje.”

As diferenças entre a colonização brasileira e aquela que se passou nas colônias do norte do continente americano são importantes para os arranjos institucionais a que fomos submetidos, historicamente. Em vez de a produção local ser fator de incentivo e construção de uma nova Europa, adequando-se assim à ordem mundial ocidental do capitalismo comercial pujante no período, por aqui, havia um comércio local que necessariamente teve que se projetar praticamente na clandestinidade, ainda que se tornasse pujante, porém, sob uma estrutura administrativa parcamente existente, sob os olhos sagazes da metrópole, visando à exploração de vastos recursos.

Segundo FAORO⁸, “o inglês fundou, na América, uma pátria, o português, um prolongamento do Estado. A Inglaterra, hostil à centralização, vencida a transação do feudalismo com o capitalismo, repeliu o paternal guarda-chuva real”. Incrementa-se nisso o fator escravidão, na estrutura social. No século XIX, a cada três brasileiros, um era escravo.

O sociólogo JESSÉ SOUZA prospecta esse fator como sendo decisivo na formação da sociedade brasileira:

“No Brasil, desde o ano zero, a instituição que englobava todas as outras era a escravidão, que não existia em Portugal, a não ser de modo muito tópico e passageiro. Nossa forma de família, de economia, de política e de justiça foi toda baseada na escravidão.”⁹

Já em 1808, com a corte portuguesa vinda para o Brasil, inicia-se, de fato, uma estrutura administrativa por essas bandas da colônia, ainda que sob o poder monárquico absolutista de poder. Os objetivos não se alteravam. Tanto que a primeira instituição bancária, responsável pela circulação de moeda, o Banco do Brasil, foi utilizada para produzir dinheiro e sustentar a vida luxuosa da coroa e sua nobreza parasitária recentemente instalada em terras coloniais, para tanto, havendo verdadeira oferta de títulos da coroa portuguesa aos ricos comerciantes e proprietários de terras locais. Mas isso não perdurou por muito tempo. O banco, após menos de duas décadas, foi à bancarrota e, no retorno a Portugal, tratou a família real de levar todas as barras de ouro e diamantes que se mantinha nos cofres da instituição.

8 FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012, p.120.

9 SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à lava-jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 40.

Segundo Caldeira, “o saque dos depósitos bancários foi o primeiro sinal de que o governo não estava preocupado com os poupadores que investiam na instituição”¹⁰ e isso como paralela consequência de um campo econômico de busca incessante pelos privilégios a custa do erário.

Conforme Faoro, disso resultou, já no início de independência, a primeira crise inflacionária do país que “seria atribuída ao papel e não às emissões imoderadas de papel, numa doutrina durante cem anos cultivada e obedecida.”¹¹.

O Brasil império significou uma continuidade do que havia no Brasil desde sua invasão pelos Portugueses na colonização. Jorge Caldeira afirma que, apesar do avanço relativamente positivo neste período em relação à alfabetização, esta passou dos estimados 2% para 17,4% no fim do império. Mas “fato é que, em 1890, vários países estavam próximos da alfabetização de toda a população”¹². Assim ingressamos na república.

A abolição da escravatura surge com o setor cafeeiro sendo um aliado ao desenvolvimento das cidades e do declínio da grande classe latifundiária ligada ao açúcar. Mas isso não causou em nossa história grandes rupturas, face à grande concentração de terras e à grande desigualdade social, posto que, ao final da escravidão, tínhamos um ativo grande de mão-de-obra que viria a se somar à onda de imigração, na tentativa de obtenção de trabalho especializado do excedente branco europeu, em fase de grandes crises europeia. Vigorava estruturalmente a grande política clientelista do coronelismo.

O sistema eleitoral se estruturava de forma a não poder abrir mão do eleitorado rural, onde entrava a figura do coronel e seu modelo patriarcal de dominação coronelista: “o mandonismo, o filhotismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos locais”¹³. Uma figura decadente no sentido econômico, porém, necessária à estrutura política nacional, traduzida na grande submissão do poder central aos interesses eleitorais do senhorio rural.

10 CALDEIRA, Jorge. História da Riqueza Econômica do Brasil. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017, p.248.

11 FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012, p.291.

12 CALDEIRA, Jorge. História da Riqueza Econômica do Brasil. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017, p.291.

13 LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, Enxada e Voto- O município e o regime representativo no Brasil. 7 Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p.23.

Isso vem perdurar até a chamada *revolução nacional brasileira*, assim chamada por Bresser Pereira, deixando à estrutura da velha república seu caráter colonial, com surgimento de duas outras classes sociais emergentes: a burguesia industrial e o proletariado, sob uma estrutura social, bem verdade, ainda ligada ao funcionalismo público, numa espécie de burocratização do poder patrimonial. Vivenciáramos, pois, na fase pós-1930, sob predominante centralização de poder.

Porém, as idas e vindas autoritárias fariam com que o Brasil, em termos de desenvolvimento humano (e aqui saindo das fases desenvolvimentistas amparadas estritamente no viés econômico), pouco avançasse na estrutura de desigualdade social, chegando na fase democrática, em 1988, com a promulgação da Constituição e com a permanência histórica de fatores propulsores do círculo vicioso de um sistema injusto, corrupto e desestimulante do ponto da meritocracia. Assim, sem igualdade de oportunidades, pela própria desigualdade, nenhum arranjo institucional se mostra capaz de se estruturar em meritocracias.

A falta de liberdade política do período se transforma numa moeda cara na história brasileira. Apontada com um dos fatores instrumentais do desenvolvimento humano, pelo Nobel em economia, Amartya Sen, as liberdades políticas, incluindo os direitos civis, “referem-se às oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar e com base em que princípios, além de incluírem a possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades”¹⁴, somando-se à liberdade de imprensa e escolhas entre partidos políticos.

Nem mesmo o chamado *milagre brasileiro* vivido na ditadura jamais se traduziu na melhora da desigualdade secular vivida pelo Brasil. Pelo contrário, reajustes do salário abaixo da galopante inflação castigavam justamente e cada vez mais os mais pobres. Tanto que:

“(...) em 1960, metade mais pobre da população tinha 17,4% do total da riqueza nacional; em 1970, sua fatia desse bolo era de 14,9%- ou seja, 15% menor. Já os 20% mais ricos aumentaram sua participação de 54,9% para 65,2%(...) No período anterior à ditadura havia os tradicionais subúrbio, mescla do urbano e do rural nas franjas da cidade; eles se transformaram nas periferias, a versão urbana empobrecida de economia informal, que ia da posse do barraco até o bico no trabalho”¹⁵.

14 SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.55.

15 CALDEIRA, Jorge, 2017, p.566-567.

3.A (Des) Democracia Patrimonialista E A Necessária Expansão De Liberdades

Estamos aqui na fase pós Constituição Federal de 1988. A burocratização do patrimonialismo, em era de nascedouro democrático, até então resumida a espasmos entre fases ditatoriais, continuava presente. O quadro econômico de inflação galopante e a desigualdade social de um *sem- luz-no-final-do-túnel* favorecia esse cenário. Instituições recentemente moldadas atuavam então em viés constitucional, porém, ainda em fase embrionária.

A Carta trazendo um texto abarcando um dirigencialismo referido no capítulo de direitos sociais. Tamanha a preocupação que, em seu preâmbulo, os direitos sociais “foram sensivelmente colocados antes dos direitos individuais, o que denotou preocupação especial do legislador nas tratativas pós-ditatoriais”¹⁶.

No âmbito da historicidade, ligando o Estado moderno em quadra de democracia, patrimonialismo e corrupção, temos em Silva¹⁷ que:

“(...) alguns exemplos retirados da história europeia mostram que a consciência clara da corrupção e a emergência de regras e leis que tinham por objetivo minimizá-la, surgem com o Estado moderno, com a separação legal e moral entre o soberano e o poder constitucional, com o fortalecimento das democracias e com a transição da dominação patrimonialista para a administração burocrática racional e profissional”

Portanto, cabe aqui ponderarmos que, entre o grau de patrimonialismo e a implementação democrática do Estado Constitucional de Direito, dentro do nosso Constitucionalismo Contemporâneo, há que se relacionarem os conceitos de liberdade e de desenvolvimento humano, segundo específicos fatores, um deles, o principal, ao conceito de capacidade (*capabilities*) como força capaz de direcionar políticas públicas, inclusive no sentido da garantia da transparência. Aqui, adiantamos uma ponte bem clara entre grau de desenvolvimento humano e o grau de patrimonialismo, na medida em que este atrasa o desenvolvimento, criando círculos viciosos que alimentam o *campus* da desigualdade histórica.

Sob este contexto, podemos abordar, na democracia brasileira, a liberdade enquanto conceito social e a corrupção e sua análise econômica sob a ótica da estrutura legal e o prejuízo ao desenvolvimento causado pelas ditas práticas patrimoniais.

16 LAZARI, Rafael de. Manual de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

17 SILVA, Marcos Fernandes Da. Corruption in Brazil. Revista de Administração de Empresas. Jul/Set.1999.São Paulo, v.39 n.3 p.26-41. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rae/v39n3/v39n3a04.pdf>, acesso em 14.fev.2018, p.27.

Sob o prisma jurídico-formal, todavia, esse conceito de democracia representativa, trazida em nossa Constituição, por exemplo, vem num sentido contrário à confusão entre a coisa pública e a privada, na medida em que os efeitos de tais práticas patrimonialistas acarretam reserva de mercado, quebra da confiança nas instituições e prejuízo à igualdade de oportunidades, podendo causar, a depender da sua amplitude, o sentido oposto ao da democracia, na chamada *desdemocratização*, fruto da ruína ou declínio daquela, forjando através de abusos econômicos em financiamentos ilícitos de campanha, o sentido legítimo do pleito democrático.

Assim, neste cenário Bauman e Bordoni descrevem “demagogos, guias, comandantes da massa se mostraram prontos a controlar protestos, dirigi-los e extrair disso o máximo de poder”¹⁸.

Logo, para a manutenção de um sistema legitimamente democrático, em quadra atual, temos três requisitos essenciais: o primeiro vem da distribuição do exercício do poder e a consequente responsabilidade trazida pelo controle em seu uso; o segundo, o fomento e o respeito à pluralidade necessária ao desenvolvimento da política; terceiro e não menos fundamental, o respeito ao espaço público (cenário onde se desenvolve a política), fator aqui ligado ao patrimonialismo.

“Sob este aspecto, é essencial à democracia o exercício de vários direitos de liberdade, que permitem a formação da opinião pública e asseguram assim que as ações dos governantes sejam subtraídas ao funcionamento secreto da câmara de conselho, desentocadas das sedes ocultas em que procuram fugir dos olhos do público, esmiuçadas, julgadas e criticadas quando tornadas públicas”¹⁹.

Em relação à desdemocracia causada pelo círculo vicioso da corrupção, que fere de morte nosso capital cívico, temos em Zingales, autor italiano que desenvolveu sua tese nos Estados Unidos da América, que:

“O modelo capitalista brasileiro tem sido uma mistura de capitalismo de Estado, com forte presença do governo na economia, e de compadrio, com alta tendência à concentração e com grandes grupos empresariais beneficiando-se do acesso a crédito subsidiado

18 BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

19 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14 Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p.30-31.

por bancos oficiais, da proteção contra a concorrência externa, de regulação extensa e complexa”²⁰.

Segundo Gomes, ao indagar o que há de peculiar na grande corrupção brasileira, responde que “ela envolve a estrutura do poder, ou seja, o mercado e o próprio Estado. É sistêmica: pertence ao sistema de governo, com respaldo na cultura e na tradição”²¹.

Em termos comparativos, conforme estudo divulgado no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA, sobre a experiência positiva do Chile sobre o combate à corrupção, temos:

“O exemplo chileno mostra que é possível ter sucesso no combate à corrupção. O Chile está entre os países com avaliação positiva no ranking do Banco Mundial por tomar diversas providências: reduzir o número de cargos preenchidos por indicação política de 3,5 mil para 700; aprovar lei sobre financiamento público de campanhas eleitorais; melhorar as normas sobre licitações; e incentivar as compras eletrônicas pelo governo. No Brasil, o presidente assinou, em maio passado, um decreto obrigando que todas as compras governamentais de valor inferior a 650 mil reais sejam feitas pela internet. Além disso, os chilenos podem controlar pela internet como estão votando os parlamentares, o que aumenta a consciência política e o controle da sociedade.”²²

Conforme Acemoglu e Robinson²³, no *best seller*: *Por que as nações fracassam*, se argumenta que há um peso muito grande do fracasso econômico em razão das instituições políticas. Entre acumulação de capital físico, capital humano e inovações tecnológicas - tríade da teoria econômica moderna nas instituições inclusivas - vê-se, do lado oposto, uma proliferação, em outras nações, de instituições políticas chamadas por ele de extrativas, que transferem riquezas para elites do país.

Nisso, acrescentamos que não se traz como modelo um fracasso brasileiro, mas, como construímos desde o primeiro capítulo, houve por trás de tudo isso um histórico exploratório que traduziu no decorrer de séculos nossa estrutura social.

Sobre a desdemocratização atual, como pesquisa, comprovamos empiricamente, em exemplos:

20 ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo- reencontrando a chave da prosperidade americana. Tradução: Augusto Pacheco Calil. São Paulo: 2015. Editora BÊI, p.xi.

21 GOMES, Luiz Flávio. O jogo sujo da corrupção. Bauru, SP: Astral Cultural, 2017, p.87.

22 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA-IPEA. Corrupção Praga mundial - Suborno, desvio de verbas e fraude provocam perdas econômicas de 1 trilhão de dólares por ano. 2005. ANO 2. Edição 12-1/7/2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=921:reportagens-materias&Itemid=39, acesso 11. Fev.2018.

23 Ver: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. Por que as nações fracassaram- As origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução: Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

“Na eleição de 2010, por exemplo, o PMDB foi o partido que mais arrecadou, totalizando R\$ 32 milhões, o PT foi o segundo, com R\$ 31 milhões, o PSDB em terceiro, com R\$ 27 milhões, o PSB, com R\$ 19 milhões, e o DEM, com R\$ 1.640.000. Já na campanha de 2014, o PT e PSDB praticamente ficaram empatados. Os petistas tiveram R\$ 56 milhões em doações e os tucanos R\$ 53 milhões. Em percentuais, em 2014, o PT arrecadou de 25% do valor total doado por essas empresas e o PSDB recebeu 24%. O PSB arrecadou quatro milhões a menos: R\$ 15 milhões, e o DEM multiplicou por dez sua arrecadação, ficando com R\$ 12 milhões²⁴”.

Falamos aqui de dados que comprovam um loteamento que, ao fim e ao cabo, representa a compra da própria democracia, um instituto forjado em cifras investidas em arranjos de interesses capitaneados sob uma sociedade desigual, de grande massa de miseráveis retratadas por Jesse Souza como *ralé brasileira*, sofrida de maneira intergeracional pela luta da sobrevivência.

De outra órbita, grandes empresas, *campeãs nacionais*, foram tomadoras de empréstimos bilionários no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social as quais, segundo o Tribunal de Contas da União, em estudo feito junto a CPI do BNDES, somente no caso da famigerada JBS, resultou num prejuízo de R\$ 848 milhões de reais, num aporte de R\$615 milhões de reais sem nenhuma finalidade específica²⁵.

Conforme exemplificam Del Priore e Venancio, ao tratarem da história brasileira e seus cinco séculos de desenvolvimento, estes abordam a quantia bilionária e sua consequência para o sistema eleitoral nacional, fator de grande incentivo para todo o mecanismo corruptor e corruptor, entre estruturas montadas nesse sistema, as quais são estruturantes no caminho do círculo vicioso aqui por vezes referidos:

“Em 2015, por exemplo, o Tribunal Superior Eleitoral noticiou que a campanha eleitoral do ano anterior custou cerca de cinco bilhões de reais - é isso mesmo, caro leitor, R\$ 5 Bilhões... PT e PSDB gastaram juntos somas superiores a dois bilhões - é isso mesmo caro leitor, R\$ 2 Bilhões... para conseguir recursos dessa grandeza, apela-se com muita frequência para doações de empresas, que posteriormente são contempladas por contratos superfaturados e outras regalias”²⁶.

24 Dados obtidos no site: <http://www.doadoresdecampanha.com.br/noticias/index.php?leiamais=true&id=512>, acesso em 11.fev.2018.

25 Ver:CPI do BNDES: Auditoria do TCU aponta irregularidades nas operações em favor do frigorífico. Publicada em 23/08/2017, no site: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/08/23/cpi-do-bndes-auditoria-do-tcu-aponta-irregularidades-em-operacoes-em-favor-de-frigorifico>. Acesso em: 11.fev.2018.

26 DEL PRIORE, Mary; VENANCIO, Renato. Uma breve história do Brasil. 2ed- São Paulo:Planeta, 2016, p.306.

Assim, uma população historicamente alheia aos rumos políticos da nação pelo baixo grau de desenvolvimento humano a que secularmente foi submetida, a sociedade brasileira não se mostra capaz, por óbvio, de direcionar as políticas públicas para a superação deste quadro de subdesenvolvimento, na medida, pois, que, em sentido inverso, tal promoção de capacidades pelo aumento do desenvolvimento humano seja essencial para o direcionamento satisfatório das próprias políticas públicas.

No índice de percepção da corrupção do ano de 2016, da Transparência Internacional (2016)²⁷, temos o Brasil na septuagésima nona posição. Este fenômeno social aqui tem ligação com os chamados grupos políticos e suas relações com o poder de mercado, que trocam benefícios por permanência no poder. O alto grau de burocracia (no sentido pejorativo e não estritamente weberiano), aliado à política fiscal plenamente injusta, soma a esse cenário desfavorável.

O desenvolvimento, pois, passa pela expansão das liberdades. Não falamos aqui de desenvolvimento medido por produto interno bruto ou renda *per capita*, mas na perspectiva de desenvolvimento como liberdade trazida por Amartya Sen, na medida em que, neste, as liberdades se subdividem entre as liberdades substantivas (estas como fatores a priori ao desenvolvimento, ligadas à própria sobrevivência digna do cidadão) e as liberdades instrumentais, como fim e meio ao próprio desenvolvimento humano.

Sobre liberdades substantivas, estabelece Amartya Sen:

“Essas liberdades substantivas (ou seja, a liberdade de participação política ou a oportunidade de receber educação básica ou assistência médica) estão entre os componentes constitutivos do desenvolvimento. Sua relevância para o desenvolvimento não tem de ser estabelecida a posteriori, com base em sua contribuição indireta para o crescimento do PNB ou promoção da industrialização. O fato é que essas liberdades e direitos também contribuem muito eficazmente pra o progresso econômico²⁸”.

Em relação às liberdades instrumentais, SEN aponta cinco delas, porém em rol, segundo ele próprio, extensivo, sendo elas: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência e segurança protetora.

Aqui, a garantia da transparência e a liberdade política, sobretudo na figura de criticar autoridades e espaço público fiscalizado, surgem como duas das cinco

27 Dados disponíveis no site da ONG Transparência internacional, atualizado periodicamente: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table, acesso em 14.fev.2018.

28 SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.19-20.

liberdades instrumentais fundamentais e, nessa perspectiva, por se traduzir na fiscalização dos atos públicos e da liberdade política para superação de uma cultura patrimonialista, bem como para fortalecimento das instituições, estas, reiteramos, são essenciais em nosso cenário de análise.

Percebemos aqui a relação entre desenvolvimento humano e capacidade de exercício de liberdade como dupla via no direcionamento de políticas públicas.

Mesmo que abordemos tal assertiva de rearranjos institucionais sob um critério pendular, oscilando entre critério mais liberal de mercado, num enfoque onde se defenda que os principais problemas não derivariam do mercado, mas da interferência política nos mercados²⁹ ou, ainda, num outro enfoque de bem-estar social, pelo qual tal interferência no mercado seria necessária para regular um modelo de redistribuição de recursos como critério de justiça ou de *bem-estar* - ainda que não haja, de fato, um conceito fechado do que seja bem-estar - parece consenso, mesmo entre as vertentes econômicas antagônicas, que esse grau de solidez institucional de uma sociedade forte economicamente, depende, no mínimo, de implementação de direitos sociais imprescindíveis a impulsionar capacidades compatíveis com a participação democrática em um Estado de Direito em tal nível.

Falamos aqui, pois, de um quadro de superação da desdemocratização pela superação do próprio patrimonialismo histórico através do empoderamento do cidadão, por meio da expansão de liberdades, capaz de alterar uma cultura e seu capital cívico.

Considerações Finais

Com a visão histórica de nossos arranjos institucionais, a superação deste quadro dotado de historicidade passa tanto pela implementação das liberdades substantivas do cidadão, como quanto ao exercício pleno de suas liberdades instrumentais.

Neste cenário de expansão de liberdades trazidas estabelecido no arcabouço constitucional, passamos pela busca da livre iniciativa conectada à valorização do trabalho, sempre visando meios de garantir uma existência digna ao cidadão, segundo a própria Carta Constitucional, o que torna clara, em tal nível normativo, a relação entre tais gozos de liberdades e sua relação com o amadurecimento institucional-democrático, sendo imprescindível que estas liberdades, pois, uma vez conectadas umas às outras,

29 MITCHELL, William C; SIMMONS, Randy T. Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Tradução Jorge Ritter. Rio de Janeiro, 2003, p.35.

mostrem-se inerentes a um quadro social, onde os cidadãos usufruam das liberdades substantivas, ligadas aos próprios direitos sociais básicos, qualitativamente e primeiramente, como meio e fim ao desenvolvimento humano, a fim de se tornar maioria os cidadãos que usufruam efetivamente das liberdades políticas, exercendo uma cidadania fiscalizatória, assim como minimamente tenham oportunidades sociais garantidas, além da perspectiva da liberdade sob a ótica da garantia da transparência, a fim de que o cenário republicano seja baseado na valorização do espaço público de discussão, garantindo a publicidade no zelo institucional da *res publicae*, em respeito aos seus códigos de conduta, atuando em sentido contrário ao círculo vicioso da corrupção.

A superação do quadro de retração democrática, a que chamamos de desdemocracia, cenário esvaziado pela existência de um grau de liberdade meramente formal, passa por essa perspectiva de superação do nível sistêmico e histórico amparado num forte grau de dominação patrimonialista.

Referências Das Fontes Citadas

_____. Corruption in Brazil. **Revista de Administração de Empresas**. Jul/Set.1999.São Paulo, v.39 n.3 p.26-41. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rae/v39n3/v39n3a04.pdf>, acesso em 14.fev.2018.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassaram- As origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Tradução: Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14 Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CALDEIRA, Jorge. **História da Riqueza Econômica do Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.

DEL PRIORE, Mary; VENANCIO, Renato. **Uma breve história do Brasil**. 2ed- São Paulo:Planeta, 2016.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed- São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA-IPEA. **Corrupção Praga mundial - Suborno, desvio de verbas e fraude provocam perdas econômicas de 1 trilhão de dólares por ano.** 2005. ANO 2. Edição 12- 1/7/2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=921:reportagens-materias&Itemid=39, acesso 11. Fev.2018.

JOURDAIM, Anne e NAULIN, Sidonie. **A teoria de Pierre Bourdieu e seus usos sociológicos.** Tradução Francisco Morás. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

LAZARI, Rafael de. **Manual de Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto-** O município e o regime representativo no Brasil. 7 Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MITCHELL, William C; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia.** Tradução Jorge Ritter. Instituto Liberal: Rio de Janeiro, 2003.

PRADO JUNIOR, Caio. **A História Econômica do Brasil.** 26 ed- Distrito Federal: Ed Brasiliense, 2017.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da corrupção.** Sitio Eletrônico Transparência Brasil. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf> acesso: 6.jan.2018.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à lava-jato.** Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. **Corruption Perceptions Index.** Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table, acesso em 14.fev.2018.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva.** Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UNB, 2004.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo- reencontrando a chave da prosperidade americana.** Tradução: Augusto Pacheco Calil. São Paulo: 2015. Editora BÊI.

LIBERDADE E BEM ESTAR SOCIAL EM AMARTYA SEN

Evanice dos Santos¹

RESUMO

O estudo busca analisar os papéis constitutivo e instrumental da liberdade no desenvolvimento, tendo como base a obra do economista e filósofo indiano Amartya Kumar Sen, “Desenvolvimento como Liberdade”; contextualizando-os sob suas premissas multidimensionais, sobretudo sobre a perspectiva da sustentabilidade no seu aspecto social, cujo insere as pessoas, num futuro com expansão das liberdades, valorização da dignidade humana e, fundamentalmente, com justiça e bem-estar social. A análise é construída, buscando compreender os grandes problemas inerentes ao exercício do poder, da política e do desenvolvimento nacional. O trabalho tem como abordagem a pesquisa qualitativa e como delineamento a pesquisa bibliográfica. A reflexão, a partir da tese de Sen, evidencia o contraponto dos conceitos polissêmicos de liberdade e justiça ao vigente modelo marcado pela miopia do desenvolvimento fundado exclusivamente no crescimento econômico – focado no consumo – responsável pela produção de um quadro de injustiça social, fundamentada na privação da liberdade, a qual impede o homem de exercer suas capacidades elementares.

Palavras-chave: Liberdade, Desenvolvimento, Justiça.

ABSTRACT

This article aims to analyze the constitutive and instrumental roles in the development of freedom, based on the work of the indian economist and philosopher Amartya Kumar Sen, "Development as Freedom"; contextualizing them under their multidimensional premises, especially from the perspective of sustainability in its social aspect, which put people, in a future expansion condition of freedoms, enhancement of human dignity and, above all, with justice and social welfare. However, trying to understand the major problems inherent in the exercise of power, politics and national development, work for now launched is part of an extensive research, and that it should be understood. The reflection from the Sen's thesis highlights the contrasting of polysemic concepts of freedom and justice to the current TV model for myopia development based exclusively on economic growth - focused on consumption - responsible for the production of a social injustice frame, based on the deprivation of liberty that prevents men from exercising their basic skills.

Keywords: Freedom, Development, Justice.

1 Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-FRGS/Faculdade Católica de Rondônia-FC/RO, na área de concentração de Políticas Públicas na Amazônia. Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela UNITAU, Universidade de Taubaté, no Estado de São Paulo e Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal de Rondônia. Servidora do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, Assessora Técnica da Escola Superior de Contas Conselheiro José Renato da Frota Uchôa e professora universitária da Faculdade São Lucas, Porto Velho-RO, na disciplina Metodologia da Pesquisa Científica.

Introdução

Não há olvidar-se que o mundo, nos dias atuais, nada obstante as sucessivas descobertas e evoluções dos métodos de pesquisa, de integração tecnológica e de aprimoramento progressivo dos processos de produção e relacionamento entre os povos, e até com exemplos de integração social, impõe uma realidade paradoxal ao olhar daquele que imagina um mundo onde as pessoas tenham igualdade de oportunidades, liberdade para realizarem a plenitude de seus desejos e capacidades e de uma fraterna integração onde prevaleça o interesse coletivo, como condição ao legítimo gozo, e pleno do interesse individual. Uma realidade paradoxal, onde inúmeras formas de privação de liberdades vitimizam número relevante de pessoas.

Sen, economista e filósofo, destaca o impacto social que a fome coletiva e a subnutrição causam em muitas populações, negando-as assim acesso à liberdade básica de sobrevivência. Segundo Sen²:

Vivemos em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias, convivendo diante de problemas novos e antigos, com a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas.

O estudo vai ao encontro de buscar as razões deste olhar tão singular de um economista diante de um mundo movido pela perspectiva materialista do consumo, onde a visão, equivocada, de que o desenvolvimento tendo como fim maior o crescimento econômico será o meio para a construção de uma sociedade mais justa, mais inclusiva e consolidadora do bem-estar.

Vale ressaltar que algumas definições sobre as Ciências econômicas contribuam a esta estranheza, pois em geral um dos conceitos correntes do objeto de estudo do economista limitar-se-ia à análise da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

No entanto, faz-se necessário ser relevado que a Ciência Econômica, antes de tudo, trata-se de uma Ciência Social onde o indivíduo e a sociedade são os verdadeiros objetos de seu estudo; onde a observação dos comportamentos dos mesmos pressupõe compreender sobre como esses decidem empregar suas capacidades e recursos escassos

2 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. (SEN, 2010, p. 9).

na produção de algo, de modo a distribuí-los e satisfazer as necessidades humanas, tornando-se assim, a economia como ciência, fundamental não apenas a promoção do crescimento, mas a evitar crises e melhorar a condições de vida da humanidade.

Oportuno se toma dizer que, embora seja reconhecido como indiano, já que imigrou com sua família para a Índia em 1947 e construíra neste país sua história, Amartya Sen nasceu em 1933 em uma pequena cidade de Bangladesh, em uma região que é uma das zonas mais densamente povoadas da Terra, e aos 9 (nove) anos viveu a “Grande Fome de *Bengale*” em 1943, onde presenciou a morte de aproximadamente 3 (três) milhões de pessoas, vítimas do descaso da sociedade na distribuição adequada da grande disponibilidade de cereais àqueles necessitados.

Nesse cenário, intensamente marcado pela fome que atingiu o seu país, o interesse de Sen pela discussão do desenvolvimento econômico e pela liberdade e justiça social moveu-o ao aprofundamento dos estudos filosóficos e econômicos, sobretudo nas condições de vida das populações mais pobres do planeta, com uma perspectiva centrada no desenvolvimento, em especial, humano, contribuindo decisivamente para a economia do bem-estar e melhor compreensão de temas como a pobreza, a desigualdade e a fome.

Ele, com destaque, evidencia os efeitos destrutivos da percepção míope sobre o desenvolvimento com foco no consumo e na renda, que priva o homem da sua liberdade mais fundamental àquela que o permitem capacidades ao exercício de suas vontades e de qualificação de seu próprio bem-estar, apontando à necessidade de avaliação do desenvolvimento das nações partindo da corrente visão da relação causal com o crescimento econômico ao foco em aspectos que de fato importam na busca pela existência digna das pessoas.

Neste estudo, busca-se demonstrar o papel das diferentes formas de liberdade, à luz da perspectiva de Sen, o qual será descrito objetivando compreendê-lo, de forma imparcial e atenta às propriedades do objeto em estudo, como fundamental ao combate às privações e opressões, mas principalmente, no acesso a uma condição de bem-estar coletivo com a redução das injustiças sociais.

Serão abordadas neste estudo, as influências filosóficas de Sen na sua concepção sobre liberdade e justiça e após, o mesmo procedimento, com o conceito de liberdade, em especial nos seus papéis constitutivo e instrumental no desenvolvimento de uma nação, sob a perspectiva do desenvolvimento do potencial humano e de suas capacidades.

A conclusão se propõe a enunciar as correlações dos conceitos polissêmicos de liberdade e justiça com a sustentabilidade do desenvolvimento, destacando, um de seus pilares fundamentais, a sustentabilidade social, e o vínculo necessário das políticas públicas aos direitos fundamentais que se consubstanciam na condição primária da liberdade e do bem-estar coletivo.

1. Noções de Estado de Bem-Estar Social e Políticas Públicas

Não obstante o artigo não proponha a discussão do Estado de Bem-estar social, faz-se necessária uma precária definição em justificativa a apropriação melhor dos conceitos que serão abordados por Sen no desenvolvimento de sua teoria de justiça, liberdade e desenvolvimento.

Apesar de que a noção de bem-estar ser subjetiva, pois aquilo que é bom para uma pessoa pode não sê-lo para outra, o conceito de bem-estar é vulgarmente reconhecido como um conjunto de fatores, coisas que incidem de forma positiva, cujos o homem necessita ao gozo de uma vida com boa qualidade, tranquilidade e em estado continuado de satisfação.

Desta feita, a proposta de um Estado que promova o bem-estar social, por meio de políticas públicas e medidas que corrijam as injustiças e para que todas as pessoas tenham acesso as condições necessárias para alcançar a desejável qualidade de vida demonstram-se lícita a cobrança àqueles que estão no exercício do poder por parte dos cidadãos de quaisquer nação.

Em diferentes períodos históricos identificamos muitos exemplos de políticas públicas ou custeio públicos, como definido por Sen, promovidas por inúmeros Estados no campo da justiça material.

Como vemos, políticas públicas podem ser conceituado por um conjunto de decisões, planos, metas e ações governamentais voltados ao interesse público, não existindo uma única, nem melhor, definição sobre o que seja uma política pública.

Há quem associe a um campo dentro do estudo da política que analisa o poder à luz de grandes questões públicas, a solução de problemas, e quem a defina como um conjunto de ações do governo que produzem efeitos na sociedade, na vida dos cidadãos, dentre outros que defendem que até mesmo a escolha de fazer ou não fazer assim possa ser considerada.

De qualquer forma, o conceito que desdobra pública como planos, programas, projetos entre outros que postas em ação pelo Estado, implementadas em favor do coletivo, está bem próxima da conceituação comum.

Entretanto, não se pode deixar de destacar que diante de tantas violações a direitos fundamentais, sobretudo quando tal violação atinge a esfera do chamado mínimo existencial exposto por Sen, o conceito de política pública apresenta-se, pertinente, ou melhor, necessário a vincular-se especialmente à proteção aos direitos fundamentais, de modo a preservar o núcleo essencial dos direitos e a liberdade dos cidadãos, com vistas a assegurar o mínimo existencial, como medida necessária à própria viabilidade de uma sociedade democrática, posto que não se pode cogitar o exercício da cidadania sem que condições mínimas à sobrevivência sejam asseguradas.

Nesse ponto, cabe destacar que o exercício do poder, de forma proba, pautada em valores e princípios presentes no ordenamento pátrio, é caracterizadora de um direito fundamental do ser humano a ter garantido acesso à políticas públicas que garantam o seu bem estar.

2. A Polissemia de Liberdade e de Justiça

Ainda que à temática da liberdade sejam grafadas considerações no desenvolvimento deste artigo, cabe previamente destacar que os conceitos de liberdade e justiça para Sen³ estão intrinsecamente ligados, formando mesmo *corpus* teórico na composição da sua ideia de justiça.

O economista nos revela que a avaliação das informações que são consideradas específicas ao juízo de valor do que é justo, ou não, deve ter uma abordagem alternativa às teorias tradicionais de ética e justiça social de John Rawls, que segundo ele:

apresentam falhas graves no tratamento das questões informacionais – implícitas ou explícitas – para juízos avaliatórios, dando enfoque, por isso, diretamente a liberdade, vista sob a forma de capacidades individuais para fazer coisas que uma pessoa com razão valoriza⁴.

As abordagens tradicionais, segundo ele, implicitamente tendem a serem influenciadas à restrição da base informacional que será considerada para as avaliações

3 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

4 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. (SEN, 2010, p. 80).

de ações ou de estados de coisas, excluindo do espectro, por insensibilidade, informações importantes a uma abordagem avaliatória, o que tornaria impossível chegarmos a um conceito de justiça que preenchesse os requisitos da imparcialidade objetiva por meio de um arranjo social a respeito do quais todos concordassem.

Sen⁵ argumenta que é possível avaliar as consequências das situações sociais para o bem-estar comum e chegarmos a um conceito de justiça, já que o homem é capaz de avaliar e ordenar alternativas de situações sociais levando em consideração os valores sociais.

Desta forma, segundo ele, a verdadeira essência de uma teoria de justiça pode ser compreendida a partir das informações consideradas relevantes a composição do alcance de sua base informacional, cuja deveria centrar-se no enfoque das liberdades substantivas individuais que incluem aquelas capacidades elementares a proteção da subnutrição, da morbidez evitável, da fome crônica e da morte prematura, além de outras associadas a saber ler, escrever e contar, a participação política, liberdade de expressão entre outras.

Uma sociedade onde as pessoas, de forma agregada, são menos felizes do que precisariam ser, diante da realização dos seus desejos, é definida como injusta na perspectiva utilitarista.

Impende salientar que o desejo, em sua intensidade, nesta perspectiva, tem maior relevância à intensidade da felicidade, concentrando-se assim nas características mentais sujeitas a adaptação e condicionamentos que são capazes de natural ajustamento psicológico à privação persistente, circunstâncias adversas, como meio para tornar a vida mais suportável.

Desta feita, tal maleabilidade do desejo e do prazer vulnerabiliza a perspectiva utilitarista como confiável guia para avaliar o grau de privação das capacidades e do bem-estar social.

A liberdade como princípio de justiça é tratada, ainda que de forma restrita na perspectiva do filósofo e economista, na influente teoria de justiça de John Rawls que a denominou prioritária no seu aspecto formal, por considerar amplas classes de direitos,

5 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

que não podem ser violados, precedentes politicamente sobre a promoção de objetivos sociais⁶.

É sobretudo importante assinalar que no campo da teoria política, boa parte das reflexões de Sen é influenciada diretamente por Rawls que buscou um modo de fazer filosofia centrada na busca da clareza conceitual, por meio de uma filosofia analítica que explorou com profundidade a natureza de uma sociedade inteiramente justa, demonstrando que esta requer seja governada por princípios sobre os quais pessoas racionais, livres e em situação de igualdade estariam de acordo⁷.

No entanto, a fragilidade da formulação do conceito de justiça de Rawls consubstanciaria-se no fato de que a importância comparativa dos direitos àquilo que podemos julgar desejáveis ao bem-estar e ao exercício pleno de nossas capacidades está em planos distintos, sendo muito menos amplos, restringindo-se essencialmente a alguns direitos políticos e civis básicos.

Sua teoria dos direitos libertários que considera a justiça sob a questão da total prioridade dos direitos, sobretudo de propriedade e a partir da equidade contratual, apresenta desta forma uma vulnerabilidade por não levar em consideração os efeitos perniciosos da inflexibilidade desses, podendo seu exercício redundar na violação de liberdades substantivas com a justificativa da priorização da liberdade formal, implicando em indiferença às primeiras, cujas pessoas acabam tendo ou não.

Frise-se mais, como ênfase, que Sen interessado em tratar das injustiças observadas no mundo de hoje e, por isso, demonstra considerar a teoria de Rawls irrelevante quando esse usa princípios universais para criar uma sociedade ideal que seria perfeitamente justa.

Para Sen⁸, tratar-se-ia de uma teoria ideal de justiça, transcendentalista, que usa princípios universais para criar uma sociedade perfeitamente justa e, desta forma, irrelevante ao tratamento das injustiças observadas no mundo de hoje.

E insta, aliás, notar que as diversas privações sempre coexistirão ainda que os direitos libertários sejam respeitados em sua totalidade. Desta feita, a base

6 RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, trad. Almiro Pisetta e Lenira M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

7 LIMA, João Vicente R. B. C. A noção de desenvolvimento sustentável à luz dos conceitos de desenvolvimento humano (Amartya Sen) e democracia dialógica (Anthony Giddens). Redes, Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, v. 11, p. 119-134, maio/ago. 2006.

8 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

informacional fundamental na concepção de uma nação mais justa, no liberalismo como abordagem, é demasiadamente limitada por negligenciar liberdades substantivas básicas.⁹

A distinção entre o bom e o certo talvez justifique a divergência entre Sen e Rawls.¹⁰

Diversamente disso, o conceito de bens primários apresentados por Rawls soa bom argumento quando a ampliação do conceito tradicional de renda e apresenta um quadro mais amplo constando os recursos necessários, cujas pessoas necessitem independente de seus objetivos e possibilitando assim uma posição original; um acordo sobre justiça, que garantiria a liberdade de consciência, pensamento e expressão, a liberdade de associação e igualdade política e de oportunidades para desenvolver os próprios talentos e competir por posições sociais e possibilitasse, diante de enfrentamento de desigualdade econômica, de transferência de renda.

Ao observar o grau de justiça ao qual uma nação submete seus cidadãos, Sen¹¹ defende a avaliação da base de informações, políticas públicas, sob o princípio das liberdades substantivas que representam as capacidades relevantes, elementares, que governam a conversão de bens primários na promoção de seus objetivos. Contrapondo-se às perspectivas das utilidades e dos bens primários, nada obstante ainda reconheça muitos obstáculos na tentativa de submeter tais capacidades a uma medida.

O fato é que economista ao discutir os processos de avaliação das políticas públicas ou sociais sob a perspectiva da justiça, além de evidenciar como funcionam as bases informacionais e como as abordagens empregam bases muito diversas, buscou elaborar sua tese própria sobre a justiça social dando ênfase ao que identifica como uma abordagem geral, “concentrada nas capacidades de as pessoas fazerem coisas que elas têm razão para prezar, e na sua liberdade para levar um tipo de vida que elas com razão valorizam”¹²

9 RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, trad. Almiro Pisetta e Lenira M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

10 LIMA, João Vicente R. B. C. A noção de desenvolvimento sustentável à luz dos conceitos de desenvolvimento humano (Amartya Sen) e democracia dialógica (Anthony Giddens). Redes, Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, v. 11, p. 119-134, maio/ago. 2006.

11 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

12 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. (SEN, 2000, p. 118).

Do exposto, Sen se afasta definitivamente da teoria utilitarista – principalmente das ideias de Rawls sobre os bens primários – advogando por um caminho intermediário entre o utilitarismo subjetivista e o perfeccionismo moral, deixando claro que ampliar liberdades implica na ampliação das capacidades do homem como fim primordial e o principal meio ao desenvolvimento, trazendo uma ideia sobre como nossas sociedades podem ser mais justas e influenciando o poder de modo a atender seus interesses por meio das políticas públicas.

3. A Liberdade como Meio e Fim

Sen¹³ fundamenta sua tese sobre justiça dando ênfase ao conceito das liberdades substantivas como extrato, como fim, do desenvolvimento, estabelecendo-a como um processo de expansão das liberdades, desfrutadas pelos indivíduos por combinações de atividades sustentadoras como a atuação de redes de segurança social, de liberdades políticas ou de desenvolvimento social que redundarão na melhora da vida que se leva, com inúmeras realizações.

Embora haja relação direta entre realizações e rendas, entre a riqueza econômica e a possibilidade de viver do modo que se gostaria, Sen¹⁴ pondera que esta relação entre opulência e realizações pode ser ou não muito acentuada e depende demais de outras circunstâncias. Ainda, que a riqueza não é o fim, mas o meio, útil, ao proveito de alguma outra coisa, para termos mais liberdade para levar o tipo de vida que desejamos.

Neste sentido, podemos afirmar com Sen que:

expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas violações, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.¹⁵

Desta feita, entender o conceito-chave da liberdade substantiva na teoria seniana faz-se necessário à adequada compreensão da finalidade de sua teoria que analisa o desenvolvimento considerando as liberdades dos indivíduos os elementos constitutivos e instrumentais básicos.

13 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

14 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

15 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. (SEN, 2000, p.29).

O papel constitutivo da liberdade se justificaria pela necessidade de atenção e inclusão, no processo de desenvolvimento, da eliminação das privações individuais e coletivas de participação ou de expressão ou de acesso aos direitos civis básicos, fazendo-se parte integrante do enriquecimento do mesmo.

Contrapondo-se, assim, ao argumento instrumental onde estas liberdades e direitos contribuem eficazmente para a promoção do desenvolvimento e de outros tipos de liberdade por serem as liberdades inter-relacionadas direta ou indiretamente, consubstanciando o argumento de que a liberdade não é apenas o objetivo primordial do desenvolvimento, mas seu meio principal.

As liberdades individuais dependem crucialmente, entre outras coisas, de disposições econômicas, sociais e políticas e, nesta perspectiva instrumental, Sem (2000) destaca aquelas liberdades que tendem a contribuir para a capacidade geral das pessoas em viver mais livremente como: as (1) liberdades políticas, as (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, as (4) garantias de transparência e a (5) segurança protetora, definindo-as como os tipos de liberdades que merecem ênfase pelo efeito de complementação mútua.

Por outro lado, as liberdades políticas, incluindo acesso aos direitos civis, estão associadas às democracias onde a liberdade de expressão, diálogo, escolha e controle.

Em seguida, a liberdade de oportunizar a maximização dos resultados na utilização dos recursos econômicos disponíveis, escasso, representariam as facilidades econômicas, que também se caracteriza por uma liberdade instrumental por constituírem no círculo virtuoso do desenvolvimento econômico de uma nação, além de possibilitar ao Estado na expansão de serviços sociais por meio de uma intervenção ativa¹⁶.

Este círculo virtuoso enunciado, nos antecipa aquilo que veremos adiante sobre os papéis instrumentais da liberdade que redundam em vários componentes distintos, que se inter-relacionam e com fortes encadeamento entre si que podem se dar em diferentes direções, como no caso das facilidades econômicas, constituindo-se essas em direitos e oportunidades que influenciam crucialmente o processo de desenvolvimento.

Outro exemplo de encadeamento virtuoso, das liberdades instrumentais, em especial da ralação entre liberdade política e direitos civis, pode ser encontrada no fato de que nas democracias não ocorrem fomes coletivas, tendo em vista a facilidade de se evitar quando o governo assim se propõe a evita-las. Em uma democracia

16 OLIVEIRA, V. L. Liberdade e poder em Amartya Sen: uma leitura crítica. Desenvolvimento em questão. Rio Grande do Sul: Unijuí, ano 5, n. 9, jan-jun/2007.

multipartidária, com eleições e liberdade para os meios de comunicação, o governo sempre tem fortes incentivos políticos para emprenhar-se na prevenção dessas catástrofes, segundo a perspectiva seniana, indicando que a liberdade política na forma de disposições democráticas ajuda a salvaguardar a liberdade econômica e a liberdade de sobreviver¹⁷.

As áreas de educação, saúde entre outras, que são outros exemplos de facilidades indutoras que influenciam diretamente a liberdade substantiva dos indivíduos em conduzirem melhor suas vidas e a uma participação mais efetiva em atividades econômicas, se fundamentam nas oportunidades sociais. Sen¹⁸ menciona em sua obra, por exemplo, o impulso que as oportunidades sociais geradas no Japão possibilitaram ao desenvolvimento econômico dessa nação.¹⁹

Sen²⁰, na perspectiva de que a liberdade seja colocada no centro do palco como fim e meio, compreende que as pessoas sejam ativamente envolvidas no desenvolvimento sustentável de uma nação, pelas oportunidades que lhe são oferecidas, e não apenas como beneficiárias passivas. De desta forma, as garantias de transparência, última liberdade instrumental listada por Sen, representam a expectativa e a necessidade de sinceridade que as pessoas podem esperar em suas interações sociais, permitindo-os alguma presunção básica de confiança, inibindo atitudes ilícitas e legitimando-as em seus meios e fins.

Outrossim, considerando a relevância das liberdades instrumentais na ampliação das capacidades das pessoas, suplementando-se mutuamente, faz-se importante compreender seus determinantes, destacando as influencias sociais e do Estado, que ajudam a determinar suas naturezas e alcances, além de propiciarem a sustentabilidade à pluralidade de instituições, como sistemas democráticos, mecanismos legais, estruturas de mercado, provisão de serviços de educação e saúde, facilidades para a mídia e outros tipos de comunicação.

17 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

18 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

19 OLIVEIRA, V. L. Liberdade e poder em Amartya Sen: uma leitura crítica. Desenvolvimento em questão. Rio Grande do Sul: Unijuí, ano 5, n. 9, jan-jun/2007.

20 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

No processo de desenvolvimento devemos compreender o papel e influência das inter-relações entre as liberdades instrumentais distintas, como também o papel do Estado como importante indutor de expansão das liberdades instrumentais.

Nada obstante tenhamos exemplos de desenvolvimento econômico em diferentes nações, na obra “Desenvolvimento como Liberdade”, percebe-se que as decisões políticas relacionadas às disposições sociais foram dispersas na garantia e na expansão da liberdade dos indivíduos, trazendo paradoxais resultados sociais diante do crescimento econômico desejado e alcançado.

Por derradeiro, o apoio público substancial no fornecimento de serviços básicos de saúde ou educação fundamental, que são cruciais para a formação e o aproveitamento das capacidades humanas, por exemplo, foi adequadamente tratado por algumas nações em detrimento de outras, e isso certamente pesou as primeiras o sucesso em suas políticas de crescimento econômico, já que as oportunidades sociais potencializam as facilidades econômicas, o nível de participação, transparência e segurança, impactando no referido nível de crescimento²¹.

O Estado se apresenta desta forma com referencial protagonismo na expansão das liberdades individuais considerando seu poder de condução por meio do custeio público.

Sobre isso, Sen não se omite ao criticar determinado grau de passividade dos governantes quando condicionam a provisão de serviços sociais, a possibilidade de financiar processos, a elevações dos níveis de renda.

Seguramente admite que sejam necessários recursos para expandir os serviços públicos, como os da área de saúde e educação, mas fundamenta que esta necessidade não se consubstancia em sólido argumento para postergação de investimentos socialmente importantes até que uma nação já esteja mais rica.

Para Sen a viabilidade desse processo conduzido pelo custeio público deve levar em consideração de dependência o fato de que os serviços sociais relevantes, altamente intensivos em trabalho, são, portanto, relativamente baratos nas economias pobres, que a despeito de disponibilizar-se de menos dinheiro para despender em serviços de saúde

21 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

e educação, também precisam gastar menos para fornecer os mesmos serviços, que nos países mais ricos custariam muito mais.²²

Em sua obra, o filósofo contrasta Índia e China em seus esforços de consecução da abertura de suas economias, considerando o conceito de custeio público, demonstrando que o primeiro poderia ter alcançado êxito maior, como o segundo, se houvesse preparado ambiente social mais adequado. Conforme citado pelo autor a China não abriu mão em aplicar políticas sociais, sobretudo de educação e saúde, que contribuíram decisivamente ao melhor aproveitamento das oportunidades econômicas por apresentar uma população com excelente nível de instrução, ao contrário da Índia que apresenta uma população adulta semianalfabeta.

Considerações Finais

O presente estudo buscou demonstrar que para Sen os distintos aspectos do desenvolvimento humano não se restringem a renda – a qual não passa de um meio, ainda que importante, para o desenvolvimento –, nem mesmo se submetem à “métrica” da renda.

Nessa vereda, deixa evidente em sua obra que o termo desenvolvimento deixou de denotar somente fenômenos e processos estritamente econômicos, tais como o aumento do produto real per capita ou o aumento da produtividade dos fatores de produção, contrastando-se às visões tradicionais, que restringem o desenvolvimento ao crescimento do produto nacional, ao crescimento da renda pessoal, à industrialização, ao avanço tecnológico ou à modernização social, colocando os resultados econômicos, tais como a eficiência econômica ou o aumento da renda per capita, conquanto importantes, tão apenas como uma das inúmeras facetas do desenvolvimento.

No atual contexto em que se procura repensar o desenvolvimento das nações, nada mais oportuno do que um esforço para repensar o próprio conceito de desenvolvimento, e poucas abordagens contemporâneas seriam mais adequadas para este propósito do que a das capacidades humanas.

Como bem denota os termos grafados neste estudo, Sen não sujeita o seu conceito de desenvolvimento como liberdade a uma precisão analítica vista como um fim em si mesmo à luz da teoria utilitarista de John Rawls. Ao contrário, a busca de uma

22 SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

linguagem exata com que expressar os conceitos é derivada de uma meditação profunda sobre os conteúdos conceituais e suas aplicações.

Por fim, conclui-se que a perspectiva de destaque a liberdade em relação aos fins e aos meios do desenvolvimento mereceu toda a atenção de Sen. As liberdades reais que as pessoas, a humanidade desfrutam, relacionam-se ao objetivo do desenvolvimento que as tem tanto como principal fim como um principal meio que exigem desta perspectiva, da liberdade, que as pessoas sejam envolvidas como protagonistas, com suas capacidades protegidas também pelo Estado, na conformação de seus próprios destinos e não apenas como beneficiárias passivas.

Nesse prisma, nos remete a reflexões profundas sobre a condução das políticas públicas como exercício do Poder, cujas devem enunciar e implementarem-se de acordo com as prioridades constitucionais de cada nação democrática, sobretudo aqueles referentes a proteção e efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

Esta proteção deve se dar, como descrito alhures, integrando-se por meio de uma articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, sob pena de omissão específica lesiva à vida e a um desenvolvimento multidimensional, material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime em suas instâncias éticas, jurídicas, políticas, econômicas, ambientais e, sobretudo, sociais.

O economista alerta que o sucesso do processo conduzido pelo custeio público realmente indica que um país não precisa esperar até vir a ser muito rico antes de lançar-se na rápida expansão da educação básica e dos serviços de saúde.

A qualidade de vida pode ser em muito melhorada, a despeito dos baixos níveis de renda, mediante um programa adequado de serviços sociais.

Por derradeiro, mister se faz ressaltar que o processo conduzido pelo custeio público é uma receita para a rápida realização de uma qualidade de vida melhor, e isso tem grande importância para as políticas, mas permanece um excelente argumento para passar-se daí a realizações mais amplas que incluem o crescimento econômico e a elevação das características clássicas da qualidade de vida e bem-estar social por meio da expansão das liberdades.

Referências das Fontes Citadas

ARAÚJO, Cícero. Legitimidade, Justiça e Democracia: O legado de John Rawls, in, Lua Nova nº 57. São Paulo: Cedec, 2002.

ARISTÓTELES. Tópicos. Dos argumentos sofísticos. Metafísica: livro I e livro II. Ética a Nicômaco. Poética. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores, 4).

BARROS, José Silva. A Justiça distributiva de John Rawls. Texto extraído do sítio www.filosofando.kit.net, 2002.

FIORI, José Luís. O Estado do Bem-estar social: Padrões e Crises. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Texto extraído do sítio www.iea.usp.br.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIMA, João Vicente R. B. C. A noção de desenvolvimento sustentável à luz dos conceitos de desenvolvimento humano (Amartya Sen) e democracia dialógica (Anthony Giddens). Redes, Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, v. 11, p. 119-134, maio/ago. 2006.

MILL, John Stuart. O Utilitarismo. (Capítulo II: O que é o Utilitarismo; Capítulo V: Da Relação entre Justiça e Utilidade). Tradução Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000.

OLIVEIRA, V. L. Liberdade e poder em Amartya Sen: uma leitura crítica. Desenvolvimento em questão. Rio Grande do Sul: Unijuí, ano 5, n. 9, jan-jun/2007.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, trad. Almiro Pisetta e Lenira M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. O Liberalismo Político. São Paulo: Ática, 1992.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. A ideia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

GOVERNANÇA E SUSTENTABILIDADE: UM ESTUDO BIBLIOGRÁFICO SOBRE A GOVERNANÇA AMBIENTAL

Mário Jonas Freitas Guterres¹

RESUMO

Os termos governança e governabilidade devem ser entendidos como conceitos diversos. A governabilidade caracteriza-se por ser uma qualidade, já, o termo governança como meios ou processos. Desta forma, o presente artigo busca discutir e apresentar os diferentes entendimentos sobre a governança e sustentabilidade com um objetivo de fornecer subsídios para a discussão sobre a temática. A governança sustentável é o ponto chave para a mudança da sociedade e do homem moderno, com as relações com a Terra e a exploração dos recursos sustentável. Aplicar programas e projetos de sustentabilidade, desenvolver tecnologias limpas e, ao mesmo tempo, fomentar a ciência na busca por soluções dos problemas ambientais são práticas da governança sustentável que podem salvar o homem da extinção.

Palavras-chave: Governança. Sustentabilidade. Governança Ambiental.

ABSTRACT

The term governance and governanceshould beunderstood as diverse concepts. Governability is characterized by being a quality, thetermgovernance as meansor processes. In this way, the present article seeks to discuss and present the different under standing sabout governance and sustainability with the objective of providing subsidies for the discussion on the theme. Sustainable governance is the key to changing society and modern man, with relations hips with the Earth and the sustainable exploitation of resources. Implementing sustainability programs and projects, developing clean Technologies and, at the same time, fostering science in the search for solutions to environment al problems are sustainable governance practices that can save man from extinction.

Keywords: Governance. Sustainability. Environmental Governance.

Introdução

A sustentabilidade vem de encontro aos problemas ambientais discutidos em todos os âmbitos globais, da educação à produção industrial. Assim, governos e

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor da Faculdade Católica de Rondônia (FCR) Licenciado em História e Bacharel em Direito. Mestre em Relações Internacionais. E-mail: mariojonasguterres@yahoo.com.br

organizações não governamentais ou organizações supranacionais buscam a estabilidade e equilíbrio político global.²

Buscar ações de governabilidade e sustentabilidade é um desafio que esbarra nas dinâmicas de crescimento econômico, produtivo e de consumo de um Estado que requer estruturas políticas, mas, sobretudo, de regulamentações que permitam os dispositivos legais para o fomento destas ações.³

Em um mundo cada vez mais globalizado, com o aumento da expectativa de vida da população mundial, não é somente um desafio para a sustentabilidade da existência humana, como também é necessário uma governança sustentável para que se possa prover o futuro da espécie humana.

Neste sentido, a sustentabilidade e a governança estão intrinsecamente associadas com o meio ambiente e a sua convivência harmoniosa. Ou seja, governar de forma sustentável compreende, sobretudo, a preservação ambiental e a proteção do nosso ecossistema como uma maneira de garantir a sustentabilidade humana.

Sustenta-se que os mecanismos internacionais são cada vez mais necessários para estabelecer parâmetros de sustentabilidade aos governos e à administração pública, sendo esta preparada e condicionada a compor ações e programas que contribuam com uma sociedade efetiva e consciente.⁴

Desta forma, o presente artigo busca discutir e apresentar os diferentes entendimentos sobre a governança e sustentabilidade com o objetivo de fornecer subsídios para a discussão sobre a temática.

1 Governança E Sustentabilidade

1.1 Governança

2 FURTADO, J. S. Indicadores de Sustentabilidade e Governança. Revista Interfox de Toxicologia, Risco Ambiental e Sociedade. V. 2. N. 1. 2009. Disponível em: <<http://www.revistarevinter.com.br/autores/index.php/toxicologia/article/download/22/233>>. Acesso em: 8 mar 2018. P.02, 2009

3 ROMEIRO, A. R. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. Estudos Avançados. V. 74 n. 36. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v26n74/a06v26n74.pdf>>. Acesso em: 6 mar 2018. BOFF, L. Sustentabilidade: o que é: o que não é. Petrópolis: Vozes. 2017. P.02,2012.

4 MOURA, A. S.; BEZERRA, M. C. Governança e sustentabilidade das políticas públicas no Brasil. In: Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas publicas. Brasília: Ipea. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_governanca_ambiental.pdf#page=93>. Acesso em: 6 mar 2018. P.03, 2016.

O termo governança e governabilidade devem ser entendidas como conceitos diversos. A governabilidade caracteriza-se por ser uma qualidade; já, o termo governança como meios ou processos. O primeiro termo está diretamente ligado às condições do sistema político, à forma de governo bem como outros aspectos que podem interferir direta e indiretamente no exercício do poder. A governabilidade está relacionada com a capacidade de governar, ou seja, de identificação dos problemas, da formulação de políticas e da execução das ações.

Já, o termo governança possui diversas interpretações dentro da literatura. Para Peters,⁵ a governança é o ato de “dirigir a economia e a sociedade visando objetivos coletivos”. Neste processo de alcance de objetivos, o processo de governança parte do princípio da identificação das metas e dos meios utilizados para o cumprimento destas metas.

De acordo com Kissler e Heidemann⁶, a governança também pode ser entendida como ações administrativas eficazes, transparentes e compartilhadas, tanto em nível público como privado, que buscam um objetivo conjunto. Estas ações têm como foco a resolução de problemas sociais e desenvolvimento sustentável. A hierarquia passa a ser substituída por uma gestão mais igualitária e descentralizada, há um elo forte entre as ações do Estado e o bem comum, sem fins lucrativos. Os grupos privados e a sociedade civil também podem ser atuantes no processo de governança.

Para Fonseca e Bursztyn,⁷

O processo de governança envolve múltiplas categorias de atores, instituições, inter-relações e temas, cada um dos quais suscetíveis a expressar arranjos específicos entre interesses em jogo e possibilidades de negociação. Nesse sentido, a noção de governança pública deve ser diferenciada da privada e expressar questões de interesse de coletividades, nas quais deve prevalecer o bem comum.

A governança cidadã possui como preceito a gestão social, a qual inclui a participação da sociedade civil autônoma e as demais esferas públicas. A participação de todos os envolvidos torna-se ativa e atuante. O poder de decisão na governança

5 PETERS, B. G. O que época governança? Revista do TCU. n. 127. 2013. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87/85>>. Acesso em: 6 mar 2018. P.03, 2013

6 KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G.. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?. Rev. Adm. Pública, v. 40, n. 3, p. 479-499, June, Rio de Janeiro. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Mar. 2018. P.04, 2006

7 FONSECA, I. F.; BURSZTYN, M. A banalização da sustentabilidade: reflexões sobre governança ambiental em escala local. Sociedade e Estado. V. 24, n. 1. p. 17-46. Jan/abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v24n1/a03v24n1>>. Acesso em: 6 mar 2018. P.04, 2009.

cidadã está nas mãos de todos os participantes e envolvidos diretamente na ação. A democracia é exercida na sua forma mais ampla, onde é assegurada a participação de todos em todos os momentos, da elaboração à execução das políticas que buscarão atingir a meta delimitada.⁸

Para Peters,⁹ a governança deve ser executada com base nas seguintes etapas: estabelecimento de metas, coordenação das metas, implementação, avaliação, reações e comentários. Na fase de estabelecimento de metas, estas devem ser coletivas e classificadas de acordo com a sua natureza. Ocorre um grande problema com o estabelecimento de metas relacionadas com os objetivos traçados. Se uma meta é muito ambiciosa, pode ser que gere um sentimento de frustração caso ela não seja alcançada em tempo hábil. Outro fator que pode interferir é o envolvimento de muitos agentes no objetivo delimitado, a ação de um agente pode ir de encontro com os demais, causando tensões entre as organizações.

O alcance das metas delimitadas na primeira etapa do processo de governança deve possuir coordenação e coerência em seus atos. A coordenação parte do princípio da sincronia das medidas adotadas e praticadas pelas organizações públicas envolvidas. Quanto à coerência, várias ações podem ser desenvolvidas em conjunto para o alcance de uma meta, entretanto, essas ações podem não ser compatíveis entre si. A incoerência das políticas, mesmo que visando o mesmo objetivo, resulta em maiores gastos para o setor público e causa um sentimento de inquietude e frustração da sociedade como um todo.

A coordenação e coerência passam a ser um grande desafio para a governança, uma vez que as organizações podem ter objetivos divergentes, e buscam atingir as suas próprias metas ao invés de uma meta comum. Um exemplo prático deste fenômeno são os diferentes partidos políticos que, com opiniões e objetivos diversos, inibem a cooperação.

Na etapa de implementação, ocorre a delegação e o monitoramento das ações delimitadas para o alcance das metas estabelecidas na primeira etapa do processo de

8 ROSA, C. G. Desafios de governança a sustentabilidade de organizações sociais: em análise o projeto desenvolvimento de princípios de prestação de contas e transparência da ONG Parceiros Voluntários. 118f. Dissertação (mestrado em administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2013. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/76197/000893523.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 7 mar, 2018. P.04, 2013.

9 PETERS, B. G. O que é governança? Revista do TCU. n. 127. 2013. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87/85>>. Acesso em: 6 mar 2018. P.05, 2013.

governança. Constantemente, as ações devem ser acompanhadas, uma vez que podem ocorrer eventos que levam as ações a se distanciarem dos seus objetivos. Na etapa de avaliação, ocorre o que o próprio nome já diz, a avaliação das intervenções para o alcance das metas propostas inicialmente. Nos regimes democráticos, a avaliação almeja a compreensão das intervenções e do desempenho.

A realidade ressaltada por Peters,¹⁰ é a de que muitos problemas levantados durante o processo de governança não são solucionados. Conforme o autor, o próprio regime pode ser um obstáculo para a resolução dos problemas uma vez que um partido político quando passa a assumir o governo substitui as políticas e práticas do partido anterior.

Moura e Bezerra¹¹ destacam que, no contexto político brasileiro, sobre influências do carisma pessoal e da rede de interesse, tem-se como moeda de troca o apoio eleitoral. Este cenário modifica as ações político-administrativas entre as gestões, bem como no curso das mesmas, sendo este um dos obstáculos da governança.

Para Azevedo e Anastasia¹², a governança possui alguns aspectos relevantes durante a sua execução:

Em suma, a maior ou menor capacidade de governança depende, por um lado, da possibilidade de criação de canais institucionalizados, legítimos e eficientes; de mobilização e envolvimento da comunidade na elaboração e implementação de políticas e, por outro, da capacidade operacional da burocracia governamental, seja nas atividades de atuação direta, seja naquelas relacionadas à regulação das políticas públicas.

Os autores supracitados discutem que a governança depende das relações entre o Estado e a sociedade, o nível de envolvimento dos sujeitos e das organizações, a cooperação e a articulação com atores direta e indiretamente envolvidos e dos demais segmentos da sociedade.

10 PETERS, B. G. O que época governança? Revista do TCU. n. 127. 2013. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87/85>>. Acesso em: 6 mar 2018. P.06, 2013.

11 MOURA, A. S.; BEZERRA, M. C. Governança e sustentabilidade das políticas públicas no Brasil. In: Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas. Brasília: Ipea. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_governanca_ambiental.pdf#page=93>. Acesso em: 6 mar 2018. P.06, 2016.

12 AZEVEDO, S.; ANASTASIA, F. Governança, “accountability” e responsividade. Revista de Economia Política, v. 22, n. 1.

2002. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/85-5.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018. P.06, 2002

Como forma de diminuir os entraves que dificultam a governança democrática, foram implementadas as instituições híbridas, tais como os Conselhos Setoriais (CS) e Orçamento Participativo (OP), formadas por representantes do Estado e da sociedade civil. Estes representantes possuem poderes consultivos e deliberativos, a união entre Estado e sociedade civil por meio destas instituições híbridas torna as decisões mais democráticas e adequadas à realidade em que o problema levantado se encontra.

1.2 Sustentabilidade

Para Furtado,¹³ a sustentabilidade significa “a qualidade de manter-se para sempre. Desenvolvimento é evolução, expansão, progresso. Desta maneira, desenvolvimento sustentável representa progresso por tempo indeterminado”. Para que o desenvolvimento sustentável ocorra efetivamente, as nações, pessoas e empresas precisam estabelecer mecanismos por meio de políticas que visem ao progresso sem a destruição dos ecossistemas.

O termo “desenvolvimento sustentável” foi utilizado inicialmente nos anos 1970, no sentido de eco desenvolvimento. O seu conceito veio como um meio termo que dividia as correntes desenvolvimentistas daqueles que defendiam a cessação do desenvolvimento em prol da preservação do meio ambiente. Desta forma, o desenvolvimento sustentável tornou-se o meio do caminho entre as duas ideologias extremas.¹⁴

O desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade são termos que geralmente são tratados como sinônimos na literatura. A sustentabilidade refere-se à forma como os homens agem em relação à utilização do meio ambiente; já, o desenvolvimento sustentável trata da satisfação da necessidade humana frente aos recursos naturais e a preservação destes mesmos recursos para as gerações futuras.

13 FURTADO, J. S. Indicadores de Sustentabilidade e Governança. Revista Interfox de Toxicologia, Risco Ambiental e Sociedade. V. 2. N. 1. 2009. Disponível em: <<http://www.revistarevinter.com.br/autores/index.php/toxicologia/article/download/22/233>>. Acesso em: 8 mar 2018. P.07, 2009.

14 ROMEIRO, A. R. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. Estudos Avançados. V. 74 n. 36. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v26n74/a06v26n74.pdf>>. Acesso em: 6 mar 2018. BOFF, L. Sustentabilidade: o que é: o que não é. Petrópolis: Vozes. 2017. P.07, 2012.

No contexto da globalização, os Estados, comunidades locais e os segmentos da sociedade passaram a ser decisivos na busca pelo desenvolvimento sustentável. Segundo Boff¹⁵:

Como tudo se globaliza, a sustentabilidade, mais que qualquer outro valor, deve ser também globalizada. Se olharmos o futuro da humanidade e da Mãe Terra pelos olhos de nossos filhos e netos, sentiremos, imediatamente, a necessidade de nos preocuparmos com a sustentabilidade e de criar meios de implementá-la em todos os campos da realidade.

Segundo Moura e Bezerra,¹⁶ “a governança promotora do desenvolvimento sustentável deve ser vista como a capacidade de inserção da ideia de sustentabilidade no conjunto das políticas públicas e em suas inter-relações”. No Brasil, as questões ambientais são direcionadas por ações, instrumentos e políticas públicas. A democratização e descentralização das políticas públicas no Brasil que tratam do meio ambiente sofreram grandes avanços nas últimas décadas. A criação dos conselhos ambientais são formas de representação da sociedade civil nas questões ambientais, a pressão das ONGs no poder Legislativo também é uma demonstração de abertura para a sensibilização do Estado frente aos problemas ambientais e às agendas ecológicas.

Couto e Silva¹⁷ destacam que o desenvolvimento sustentável não apresenta propostas cujas ações serão desenvolvidas com urgência. Mesmo que amplamente discutido, o desenvolvimento sustentável ainda é um assunto em segundo plano, uma vez que o lucro e a acumulação de riquezas ainda dominam as relações humanas. A preservação do meio ambiente e das espécies precisa ser sempre prioridade em relação à implantação de políticas públicas. O que se observa é a generalização das ações e uma simplificação de um problema que pode atingir níveis catastróficos, mas que sempre é deixado de lado pelas autoridades e pela sociedade como um todo.

O desenvolvimento sustentável tem como pilares aspectos econômicos, ambientais e sociais. O seu entendimento baseia-se na mudança dos hábitos e

15 BOFF, L. Sustentabilidade: o que é: o que não é. Petrópolis: Vozes. 2017. P.08,2017

16 MOURA, A. S.; BEZERRA, M. C. Governança e sustentabilidade das políticas públicas no Brasil. In: Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas. Brasília: Ipea. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_governanca_ambiental.pdf#page=93>. Acesso em: 6 mar 2018. P.08, 2016.

17 COUTO, E. P.; SILVA, F. O. Desenvolvimento “(in) sustentável”. Enciclopédia Biosfera. V. 10, n. 18. Goiânia. 2014. Disponível em: <<http://www.conhecer.org.br/enciclop/2014c/pdf/desenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 6 mar 2018. P.09, 2014

comportamentos da população a partir do princípio de que o meio ambiente não deve ser devastado em prol do desenvolvimento, mas que a sua conservação deve caminhar junto com o progresso da humanidade. Em 1987, foi elaborado o Relatório Brundtland, mais conhecido como “Nosso Futuro Comum”, o qual descreveu aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável.¹⁸

No Relatório Brundtland, destaca-se que o desenvolvimento sustentável é impraticável frente aos padrões de consumo e produção dos seres humanos. O referido relatório sugere que o crescimento econômico deve estar sempre ligado à preservação do meio ambiente. O documento também destaca a influência da interferência do homem no meio ambiente e os seus resultados a níveis de catástrofes ambientais, tais como o aquecimento global e a destruição da camada de ozônio. Observa-se que estes são temas que, até hoje, ainda preocupam os ambientalistas e que poucas medidas foram tomadas para a sua solução.

O tripé da sustentabilidade, conhecida como *Triple Bottom Line (TBL)*, foi inicialmente empregado por John Elkington, na década de 1990. O conceito desta ideia fundamenta-se na promoção econômica, preservação ambiental e participação social. Este modelo de desenvolvimento sustentável é voltado para os processos produtivos, ou seja, para as empresas que possuem o compromisso de realizar as suas atividades considerando a preservação ambiental. A TBL tem por objetivo tirar o foco das empresas e organizações somente do lucro, dando-lhes uma maior responsabilidade social e ambiental.¹⁹

2 Metodologia

Este artigo faz uso da metodologia de pesquisa bibliográfica, por considerá-la, conforme descrito por muitos autores, dentre eles Gil²⁰ e Lakatos e Marconi,²¹ como a busca de

18 SANTANA, L. N. Desenvolvimento sustentável e educação: dialogo possível e necessário. Interfaces Científicas, v. 6., n. 2. p. 45-52. Fevereiro. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/educacao/article/view/3603/2651>>. Acesso em: 11 mar. 2018. P.09, 2018.

19 VENTURINI, L. D. B.; LOPES, L. F. D. O Modelo triple bottomline e a sustentabilidade na administração publica: pequenas praticas que fazem a diferença. Repositório da UFSM. 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11691/Venturini_Lauren_Dal_Bem.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 mar. 2018. P.10, 2015

20 GIL, A. C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1994. P.10, 1994

21 LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. Técnicas de Pesquisa: Planejamento e Execução de Pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. São Paulo: Atlas, 2006. P.10, 2006

uma problematização de um projeto de pesquisa a partir de referências publicadas como excelente técnica para fornecer ao pesquisador bagagem teórica, pois como procedimento, adota a análise e discussão acerca das contribuições de estudos publicados sobre o problema que se deseja abordar, com uso de levantamento bibliográfico de artigos publicados em meios eletrônicos, bem como em livros e dissertações impressas.

Uma revisão bibliográfica não apenas reconhece os estudos de outros pesquisadores, mas também analisa e categoriza as pesquisas objetivando evidenciar a importância e relevância do tema abordado. Sua execução não é mera repetição do que já foi estudado, mas, sim, um novo enfoque ou abordagem, o qual pode levar o pesquisador a conclusões inovadoras.

Os dados foram analisados por meio de uma série de leituras, as quais iniciaram com uma leitura de reconhecimento do material bibliográfico seguida de leituras exploratórias, seletivas, reflexivas e críticas e, por fim, interpretativas, na busca por respostas para o problema desta pesquisa.

3. Discussão

Segundo Jacobi e Sinisgalli,²² “a governança ambiental envolve todos e cada um nas decisões sobre o meio ambiente, por meio das organizações civis e governamentais, a fim de obter ampla e irrestrita adesão ao projeto de manter a integridade do planeta”. Desta forma, os autores destacam que a governança ambiental é aquela em que há o envolvimento de todos os seguimentos da sociedade, sejam públicos ou privados, na manutenção do meio ambiente a nível local, regional, nacional ou global.

No Brasil, a governança ambiental é definida pela Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981,²³ a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, dentre outros assuntos. Segundo o artigo 2º da referida Lei, a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo:

22 JACOBI, P. R.; SINISGALLI, P. A. A. Governança ambiental e economia verde. *Ciência & Saúde Coletiva*. V. 6, n. 17. 2012. P.1.471 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n6/v17n6a11.pdf>>. Acesso em: 8 mar 2018. P.11, 2012.

23 BRASIL. Presidência da República. Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 2 de setembro de 1981. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=313>>. Acesso em: 6 mar 2018. P.11, 1981.

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais; VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental; VIII - recuperação de áreas degradadas; IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação; X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

A Lei nº 6938/1981²⁴ cria e regulamenta as diretrizes relacionadas ao meio ambiente que devem ser seguidas pelos estados e municípios. O conceito de poluidor-pagador é estabelecido na referida Lei, a qual estabelece ao poluidor a obrigação de reparar o prejuízo ambiental causado. A lei cria também as agências e entidades responsáveis pela proteção e fiscalização dos danos causados ao meio ambiente, tais como o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

Mesmo frente aos objetivos ambiciosos da PNMA, Moura e Bezerra²⁵ destacam que o programa ainda ocorre de forma centralizada, mas que a sua descentralização vem ocorrendo nos últimos anos de forma “fragmentada, descontínua e seletiva”. Essa lentidão no processo de descentralização decorre da formação histórica do Estado brasileiro, a qual foi baseada na centralização da tomada de decisão.

24 BRASIL. Presidência da República. Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2 de setembro de 1981. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=313>>. Acesso em: 6 mar 2018. P.12, 1981.

25 MOURA, A. S.; BEZERRA, M. C. Governança e sustentabilidade das políticas públicas no Brasil. In: Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas. Brasília: Ipea. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_governanca_ambiental.pdf#page=93>. Acesso em: 6 mar 2018. P.13, 2016.

A gestão ambiental compartilhada passou a ser o maior desafio da governança ambiental no Brasil. Já, no artigo 23 da Constituição Federal do Brasil de 1988, a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios passam a:

[...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...] XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.²⁶

A regulamentação do artigo 23 da CF/1988 ocorreu através da promulgação da Lei Complementar nº 140/2011, a qual criou comissões tripartites nacionais e estaduais para fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada, a seguir:

§ 2º A Comissão Tripartite Nacional será formada, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre os entes federativos.

§ 3º As Comissões Tripartites Estaduais serão formadas, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União, dos Estados e dos Municípios, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre os entes federativos.²⁷

Segundo Moura²⁸, a Constituição Federal anterior concentrava as questões ambientais para a União. Contudo, a partir da CF/88, houve uma descentralização da política ambiental, passando para as esferas estaduais e municipais também.

As políticas destinadas ao meio ambiente não pertencem a um único nível de governo; entretanto, a sua formulação depende da adesão de todos os membros da Federação. A efetividade das ações destinadas à proteção do meio ambiente dependem da cooperação entre as esferas de governo, por mais que as questões ambientais estejam descentralizadas, e que os entes possam atuar de forma independente, a sinergia entre as

26 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 mar 2018. P.13, 1988.

27 BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar no 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da União, 9 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 8 mar 2018. P.13. 2011

28 MOURA, A. M. M. Trajetória da política ambiental federal no Brasil. In: Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas. Brasília: Ipea. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_governanca_ambiental.pdf#page=93>. Acesso em: 6 mar 2018. P.14. 2016.

partes é fundamental para o alcance dos objetivos delimitados na política pública desenvolvida.

Cabe, portanto, a sincronia e harmonização dos interesses na delimitação das políticas públicas sobre o meio ambiente, bem como eficácia e compromisso na sua execução por todos os entes federativos. Mesmo que o exercício da descentralização seja, por si só, benéfico para as políticas públicas ambientais, as atribuições ainda devem ser delegadas em cada nível federativo. A Lei Complementar LC nº 140/2011 dispõe, por exemplo, sobre as ações administrativas que são de responsabilidade da União, sendo: formulação, execução, integração, articulação e promoção da PNMA; informação, educação, estudos e pesquisas relacionados à gestão e educação ambiental; ordenamento territorial; controle da qualidade ambiental; gestão florestal; proteção da biodiversidade e do patrimônio genético e controle do transporte de produtos perigosos.²⁹ Ainda no artigo 8º, da LC nº 140/2011, a Lei trata sobre as ações administrativas dos Estados.³⁰

29 MOURA, A. M. M. Trajetória da política ambiental federal no Brasil. In: Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas. Brasília: Ipea. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_governanca_ambiental.pdf#page=93>. Acesso em: 6 mar 2018. P.15, 2016

30 Art. 8o São ações administrativas dos Estados: I - executar e fazer cumprir, em âmbito estadual, a Política Nacional do Meio Ambiente e demais políticas nacionais relacionadas à proteção ambiental; II - exercer a gestão dos recursos ambientais no âmbito de suas atribuições; III - formular, executar e fazer cumprir, em âmbito estadual, a Política Estadual de Meio Ambiente; IV - promover, no âmbito estadual, a integração de programas e ações de órgãos e entidades da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relacionados à proteção e à gestão ambiental; V - articular a cooperação técnica, científica e financeira, em apoio às Políticas Nacional e Estadual de Meio Ambiente; VI - promover o desenvolvimento de estudos e pesquisas direcionados à proteção e à gestão ambiental, divulgando os resultados obtidos; VII - organizar e manter, com a colaboração dos órgãos municipais competentes, o Sistema Estadual de Informações sobre Meio Ambiente; VIII - prestar informações à União para a formação e atualização do Sinima; IX - elaborar o zoneamento ambiental de âmbito estadual, em conformidade com os zoneamentos de âmbito nacional e regional; X - definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; XI - promover e orientar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a proteção do meio ambiente; XII - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, na forma da lei; XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida aos Estados; XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7o e 9o; XV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); XVI - aprovar o manejo e a supressão de vegetação, de florestas e formações sucessoras em: a) florestas públicas estaduais ou unidades de conservação do Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); b) imóveis rurais, observadas as atribuições previstas no inciso XV do art. 7o; e c) atividades ou empreendimentos licenciados ou autorizados, ambientalmente, pelo Estado; XVII - elaborar a relação de espécies da fauna e da flora ameaçadas de extinção no respectivo território, mediante laudos e estudos técnico-científicos, fomentando as atividades que conservem essas

Observa-se que tanto a União como os Estados possuem ações administrativas complementares, nas quais os Estados devem sempre reforçar as ações promovidas pela União, bem como proteger o meio ambiente dentro dos seus territórios e fiscalizar as atividades que utilizam a flora e a fauna. A descentralização da governança ambiental, desta forma, ocorre de forma complementar, na qual os entes federativos atuam em cooperação para que as políticas públicas tenham maior êxito.

Moura³¹ destaca que, mesmo que sejam asseguradas ações administrativas para os municípios, dando-lhes uma maior autonomia sobre as questões que envolvam o meio ambiente, ainda são escassos os recursos humanos e materiais necessários para que os problemas ambientais sejam resolvidos. Não basta apenas garantir o direito dos entes federativos de agir no processo de governança ambiental quando faltam condições mínimas para que os estados e municípios sejam atuantes dentro das políticas públicas ambientais.

Uma vez estabelecidos os deveres da União, estados e municípios com a preservação do meio ambiente, constata-se também a necessidade da atuação dos segmentos da sociedade civil na tomada de decisão, na fiscalização e na elaboração de estratégias para enfrentamento dos problemas ambientais.

Para Jacobi e Sinisgalli³², as organizações civis devem, juntamente com os órgãos governamentais e não governamentais, ser atuantes dentro do processo de governança, relacionada às questões ambientais. Esta democratização da tomada de

espécies in situ; XVIII - controlar a apanha de espécimes da fauna silvestre, ovos e larvas destinadas à implantação de criadouros e à pesquisa científica, ressalvado o disposto no inciso XX do art. 7o; XIX - aprovar o funcionamento de criadouros da fauna silvestre; XX - exercer o controle ambiental da pesca em âmbito estadual; e XXI - exercer o controle ambiental do transporte fluvial e terrestre de produtos perigosos, ressalvado o disposto no inciso XXV do art. 7o. (BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar no 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da União, 9 de dezembro de 2011).

31 MOURA, A. M. M. Trajetória da política ambiental federal no Brasil. In: Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas. Brasília: Ipea. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_governanca_ambiental.pdf#page=93>. Acesso em: 6 mar 2018. P.16, 2016.

32 JACOBI, P. R.; SINISGALLI, P. A. A. Governança ambiental e economia verde. Ciência & Saúde Coletiva. V. 6, n. 17. 2012. P.1.471 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n6/v17n6a11.pdf>>. Acesso em: 8 mar 2018. P.17, 2012

decisão bem como a abertura dos órgãos públicos para o diálogo com a sociedade são fundamentais para a adesão dos projetos que buscam preservar o meio ambiente.

Silva e Fraxe³³ destacam que a participação de diversos atores na governança ambiental também é chamada de cogestão, devido ao envolvimento e estado de cooperação na tomada de decisão em assuntos que envolvem a utilização dos ecossistemas. Os sujeitos podem ter ações de caráter informativo, consultivo, cooperativo, comunicativo e deliberativo nas questões que envolvem o meio ambiente. Na cogestão, os sujeitos possuem direitos e responsabilidades que devem ser compartilhadas em busca da preservação da natureza.

Considerações Finais

A evolução do homem como espécie foi possível graças ao grande potencial de recursos para a sobrevivência humana que a Terra possui. Neste sentido, o homem conseguiu expandir sua existência, povoar e explorar utilizando-se dos recursos minerais, vegetais e animais.

O homem se tornou a única espécie que transforma a natureza, na medida em que a explora, e suas ações, em grande escala, propiciaram a extinção de outras espécies, a destruição de habitats naturais, colocando em risco a sua própria sobrevivência.

As ações de sustentabilidade contribuem para a transformação da realidade da coexistência entre homem e natureza e, ao mesmo tempo, possibilitam que governos e entes não governamentais possam contribuir para a reconstrução de práticas evidentemente boas para a humanidade e para o planeta.

A governança sustentável é, dessa forma, o ponto chave para a mudança da sociedade e do homem moderno para com as relações entre a Terra e a exploração dos recursos sustentáveis. Aplicar programas e projetos de sustentabilidade, desenvolver tecnologias limpas e, ao mesmo tempo, fomentar a ciência na busca por soluções dos problemas ambientais são práticas da governança sustentável que podem salvar o homem da extinção.

33 SILVA, C. M. M.; FRAXE, T. J. P. Governança ambiental: conceitos e perspectivas de estudo para as localidades de Mocambo e Caburi, no município de Parintins/AM. Anais do II Seminário Internacional de Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia, Manaus: EDUA. 2012. Disponível em: <<http://seminariodoambiente.ufam.edu.br/2012/anais%20II%20SICASA/pdf/artigo%2014.pdf>>. Acesso em: 8 mar 2018. P.17, 2012.

Nesse sentido, chega-se à conclusão de que as ações de sustentabilidade são o início da mudança do comportamento do homem. E, neste entendimento, é que devemos centrar esforços para que os governos e governantes compreendam a importância de tais ações para que a Terra sobreviva à existência humana e, ao mesmo tempo, a espécie humana sobreviva a sua própria autodestruição.

Referência das fontes citadas

AZEVEDO, S.; ANASTASIA, F. Governança, “accountability” e responsabilidade. **Revista de Economia Política**, v. 22, n. 1. 2002. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/85-5.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BOFF, L. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis: Vozes. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 mar 2018.

BRASIL. Presidência da Republica. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, 9 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 8 mar 2018.

BRASIL. Presidência da Republica. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 2 de setembro de 1981. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=313>>. Acesso em: 6 mar 2018.

COUTO, E. P.; SILVA, F. O. Desenvolvimento “(in) sustentável”. **Enciclopédia Biosfera**. V. 10, n. 18. Goiânia. 2014. Disponível em: <<http://www.conhecer.org.br/enciclop/2014c/pdf/desenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 6 mar 2018.

FONSECA, I. F.; BURSZTYN, M. **A banalização da sustentabilidade: reflexões sobre governança ambiental em escala local**. **Sociedade e Estado**. V. 24, n. 1. p. 17-46. Jan/abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v24n1/a03v24n1>>. Acesso em: 6 mar 2018.

FURTADO, J. S. Indicadores de Sustentabilidade e Governança. **Revista Interfox de Toxicologia, Risco Ambiental e Sociedade**. V. 2. N. 1. 2009. Disponível em: <<http://www.revistarevinter.com.br/autores/index.php/toxicologia/article/download/22/233>>. Acesso em: 8 mar 2018.

- GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- JACOBI, P. R.; SINISGALLI, P. A. A. Governança ambiental e economia verde. **Ciência & Saúde Coletiva**. V. 6, n. 17. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n6/v17n6a11.pdf>>. Acesso em: 8 mar 2018.
- KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G.. **Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?**. **Rev. Adm. Pública**, v. 40, n. 3, p. 479-499, June, Rio de Janeiro. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Mar. 2018.
- LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Técnicas de Pesquisa: Planejamento e Execução de Pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados**. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOURA, A. M. M. Trajetória da política ambiental federal no Brasil. In: **Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas**. Brasília: Ipea. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_governanca_ambiental.pdf#page=93>. Acesso em: 6 mar 2018.
- MOURA, A. S.; BEZERRA, M. C. Governança e sustentabilidade das políticas públicas no Brasil. In: **Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas**. Brasília: Ipea. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_governanca_ambiental.pdf#page=93>. Acesso em: 6 mar 2018.
- PETERS, B. G. O que época governança? **Revista do TCU**. n. 127. 2013. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/87/85>>. Acesso em: 6 mar 2018.
- ROMEIRO, A. R. **Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica**. **Estudos Avançados**. V. 74 n. 36. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v26n74/a06v26n74.pdf>>. Acesso em: 6 mar 2018. BOFF, L. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis: Vozes. 2017.
- ROSA, C. G. **Desafios de governança e sustentabilidade de organizações sociais: em análise o projeto desenvolvimento de princípios de prestação de contas e transparência da ONG Parceiros Voluntários**. 118f. Dissertação (mestrado em administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2013. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/76197/000893523.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 7 mar2018.
- SANTANA, L. N. Desenvolvimento sustentável e educação: diálogo possível e necessário. **Interfaces Científicas**, v. 6., n. 2. p. 45-52. Fevereiro. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/educacao/article/view/3603/2651>>. Acesso em: 11 mar. 2018.
- SILVA, C. M. M.; FRAXE, T. J. P. **Governança ambiental: conceitos e perspectivas de estudo para as localidades de Mocambo e Caburi, no município de Parintins/AM**. Anais do II Seminário Internacional de Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na

Amazônia, Manaus: EDUA. 2012. Disponível em:
<<http://seminariodoambiente.ufam.edu.br/2012/anais%20II%20SICASA/pdf/artigo%2014.pdf>>. Acesso em: 8 mar 2018.

VENTURINI, L. D. B.; LOPES, L. F. D. O Modelo triple bottomline e a sustentabilidade na administração pública: pequenas práticas que fazem a diferença. **Repositório da UFSM.** 2015. Disponível em:
<http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11691/Venturini_Lauren_Dal_Bem.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 mar. 2018.

TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE

Para fins de submissão e publicação dos artigos, na ocasião da aceitação dos termos da chamada do Congresso Amazônico de Direito, os autores declaram autoria e a participação na construção e formação dos respectivos estudos, assumindo a responsabilidade pública pelo seu conteúdo, não refletindo este a opinião dos organizadores do livro, do congresso ou dos membros da Editora.