

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP

v. 28 | n. 48 | 2024



UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
SÃO PAULO STATE UNIVERSITY

Reitor

Prof. Dr. Pasqual Barretti

Vice-Reitora

Profa. Dra. Maysa Furlan

Pró-Reitora de Pós-Graduação

Profa. Dra. Maria Valnice Boldrin

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Dr. Edson Cocchieri Botelho

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
SCHOOL OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

Diretora

Profa. Dra. Fernanda Mello Sant'Anna

Vice-Diretor

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Daniel Damásio Borges

Conselho do Programa de Pós Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. Daniel Damásio Borges

Profa. Dra. Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

Profa. Dra. Ana Gabriela Mendes Braga

Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

Profa. Dra. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Ma. Nathália Eugênia Nascimento e Silva

Julia Jacob Alonso

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
SÃO PAULO STATE UNIVERSITY

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP

v. 28 | n. 48 | 2024

ISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP	Franca	v. 28	n. 48	2024
---------------------------------------	--------	-------	-------	------

© 2024 Faculdade de Ciências Humanas e Sociais

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA UNESP

UNESP JOURNAL OF LEGAL STUDIES

Diagramação e Revisão (STAEPE)

Sandra Aparecida Cintra Ferreira / Guilherme Rezende da Silva

Diretor Científico e Editorial

Prof. Dr. José Duarte Neto

Editora-Chefe

Ma. Eduarda Camargo Sansão

Editora-Adjunta

Ma. Maiara Motta

Editores-Gerentes

Ma. Ana Júlia Pozzi Arruda

Me. Kaique Souza Pedaes

Ma. Maria Laura Bolonha Moscardini

Me. Matheus Conde Pires

Editores-Associados

Me. Guilherme Burzynski Dienes

Julia Jacob Alonso

Me. Leonardo Bortolozzo Rossi

Ma. Luiza Macedo Pedroso

Me. Nathan Gomes Pereira do
Nascimento

Editores-Aprendizes

Isabela Maria Valente Capato

Júlia Martins Amaral

Mariana Pereira Siqueira

Maria Yumi Buzinelli Inada

Conselho Científico

José Duarte Neto (Unesp)

Agnaldo de Sousa Barbosa (Unesp)

Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México)

Aline Michele Pedron Leves (Unipampa)

Cláudio Ribeiro Lopes (UFMS)

Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul)

Daniel Damásio Borges (USP)

David Sanches Rubio (Univ. Sevilla)

Eduardo Pordeus (UFMG)

Ela Wiecko V. de Castilho (UNB)

Jairo Neia Lima (UENP)

Marcelo Sevyabricker Moreira (UFLA)

Maria Hylma Alcaraz Salgado (Espanha)

Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

Raoni Macedo Bielschowsky (UFMG)

Roberto Manuel Carlés (UBA)

Saulo Bichara Mendonça (UFF)

Tayara Talita Lemos (UFJF)

Vânia Beatriz Rey Paz (UFMS)

Vasco Pereira da Silva (Portugal)

Victor Hugo de Almeida (Unesp)

Endereço:

Av. Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 - Jardim Petrágliã - 14409-160 - Franca/SP

E-mail:

publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br / rej.unesp@gmail.com

Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, 1996 - 2024, 26-48
Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
eISSN 2179-5177

SUMÁRIO

EDITORIAL	8
------------------------	---

Euarda Camargo Sansão
Maiara Motta
José Duarte Neto

CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS CIVIL AND POLITICAL CITIZENSHIP AND NORMATIVE SYSTEMS

OS (DES)CAMINHOS DAS CONSULTAS PÚBLICAS NO SENADO FEDERAL (1988-2023)	13
--	----

THE (DIS)PATHS OF PUBLIC CONSULTATIONS IN THE FEDERAL SENATE (1988-2023)	14
---	----

Wagner Vinícius de Oliveira

IGUALDADE COMO CONCEITO INDETERMINADO: DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS BENS CONSTITUCIONAIS POR LUIGI FERRAJOLI	33
--	----

EQUALITY AS AN UNDETERMINED CONCEPT: FROM THE ESSENTIAL CONTENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO CONSTITUTIONAL MATERIAL GOODS BY LUIGI FERRAJOLI	34
--	----

Jair José Mariano Filho
Rubens Beçak
Matheus Conde Pires

CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS SOCIAL AND ECONOMIC CITIZENSHIP AND NORMATIVE SYSTEMS

EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INTERCONEXÃO DOS DIREITOS DE MORADIA E DE PROPRIEDADE	56
--	----

EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE INTERCONNECTION OF HOUSING AND PROPERTY RIGHTS..... 57

Letícia Faria
Maria Laura Bolonha Moscardini
Soraya Regina Gasparetto Lunardi

O PARADIGMA DA IMPLANTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: REGULAÇÃO VERSUS EFICIÊNCIA..... 73

THE PARADIGM FOR IMPLEMENTING ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN BRAZILIAN PUBLIC SECURITY: REGULATION VERSUS EFFICIENCY..... 74

Gleiner Pedroso Ferreira Ambrosio
André Luis Jardini Barbosa

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: LA “LEY MICAELA” COMO HERRAMIENTA DE FORMACIÓN OBLIGATORIA DE JUEZAS Y JUECES..... 93

PERSPECTIVA DE GÉNERO NO PODER JUDICIÁRIO DA PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES: A “LEY MICAELA” COMO FERRAMENTA DE FORMAÇÃO OBRIGATÓRIA DE JUÍZAS E JUÍZES..... 94

GENDER PERSPECTIVE IN THE JUDICIARY OF THE PROVINCE OF BUENOS AIRES: THE “MICAELA LAW” AS A TOOL FOR MANDATORY TRAINING OF FEMALE AND MALE JUDGES..... 95

Pablo Perel

PERVERSÃO DO DIREITO NA REGULAMENTAÇÃO DO USO DE AGROTÓXICOS..... 102

PERVERSION OF LAW IN THE REGULATION OF PESTICIDES..... 103

Joaquim Basso

TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA
PROTECTION AND EFFECTIVENESS OF CITIZENSHIP RIGHTS

ENTRE A FOME E O SILÊNCIO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ATINENTE AO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA..... 135

BETWEEN HUNGER AND SILENCE: AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE REGARDING THE HUMAN RIGHT TO ADEQUATE FOOD..... 136

João Marcel Evaristo Guerra

QUEM CITA QUEM: O DIALOGISMO DENTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 157

WHO QUOTES WHOM: DIALOGISM WITHIN THE BRAZILIAN SUPREME COURT..... 158

Raoni Macedo Bielschowsky
Anna Julia Camargos Pennisi

CONFLITOS FUNDIÁRIOS E A DESAPROPRIAÇÃO: UMA ANÁLISE DO CASO BUBAS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE..... 177

LAND CONFLICTS AND EXPROPRIATION: AN ANALYSIS OF THE BUBAS CASE AND THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY..... 178

Thiago Pelegrinelli Engelage
Eder Demarco Ribeiro

A REGRA DO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA CONVENCIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA ONU E OS CASOS BRASILEIRO..... 213

THE RULE OF EXHAUST OF INTERNAL RESOURCES IN THE CASE LAW OF THE UN CONVENTIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM AND BRAZILIAN CASES..... 214

Thais Magno Gomes de Oliveira
Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro

EDITORIAL

A **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP** (eISSN 2179-5177), Qualis-Periódicos A2, é uma publicação vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP. Ao longo dos últimos anos, desenvolve-se um trabalho editorial coletivo em torno das publicações deste periódico, enquanto espaço para construção de um conhecimento jurídico crítico, original e inovador.

De forma semestral, as publicações estão vinculadas à linha editorial **Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania**, destrinchada entre os eixos **1) Cidadania Civil e Política e Sistemas Normativos; 2) Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania**. Para esta edição, há a publicação de dez artigos que apresentam conteúdos relevantes para o campo científico do Direito, nacional e estrangeiro.

Primeiramente, há destaque para o manuscrito **“Perspectiva de gênero no Poder Judiciário da Província de Buenos Aires. A “Ley Micaela” como ferramenta de formação obrigatória de juízas e juizes”**, produzido pelo Prof. Pablo Perel, vinculado à direção da *Escuela Judicial de Buenos Aires*. Representa uma articulação entre a instituição e o Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP, forma de ampliação das interlocuções científicas jurídicas na América Latina.

Entre as produções brasileiras, ressalta-se o artigo **“Quem cita quem: o dialogismo no Supremo Tribunal Federal”**, produzido pelo Prof. Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, membro do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG (PPGD/UFMG), e Anna Julia Camargos Pennisi. O texto estabelece uma discussão em torno do uso do modal citatório em votos do Supremo Tribunal Federal por meio de uma aplicação metodológica pautada na análise Bahktiniana do discurso.

Em um trabalho direcionado para aumento do diálogo com as diversas regiões e universidades do Brasil, ressalta-se o artigo **“A regra do esgotamento dos recursos internos na jurisprudência do sistema convencional de direitos humanos da ONU e os casos brasileiros”**, produzido pelas pesquisadoras vinculadas com a Universidade Federal do Pará (UFPA), Thaís Magno Gomes de Oliveira e Prof. Dra. Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro, que também atua como Coordenadora de Contenciosos Internacionais de Direitos Humanos da Assessoria Internacional no Ministério de Direitos Humanos e Cidadania (MDHC).

A edição reafirma o papel da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP como um espaço dedicado à disseminação de pesquisas de grande importância, voltadas ao aprofundamento e à ampliação de discussões e conceitos centrais no campo das ciências jurídicas. Ao explorar o conjunto de artigos apresentados, o público encontrará conteúdos significativos e de grande interesse para a área:

- **Igualdade é um conceito indeterminado?: Do conteúdo essencial dos direitos fundamentais aos bens constitucionais por Luigi Ferrajoli, por Jair José Mariano Filho, Rubens Beçak e Matheus Conde Pires;**
- **Efetividade dos direitos fundamentais e a interconexão dos direitos de moradia e de propriedade, por Letícia Faria, Maria Laura Bolonha Moscardini e Soraya Gasparetto Lunardi;**
- **Os (des)caminhos das consultas públicas no Senado Federal (1988-2023), por Wagner Vinícius de Oliveira;**
- **O paradigma da implantação da IA na segurança pública brasileira, por Gleiner Pedroso Ferreira Ambrosio e André Luis Jardim Barbosa;**
- **Perversão do direito na regulamentação do uso de agrotóxicos, por Joaquim Basso;**
- **Entre a fome e o silêncio: Uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atinente ao direito humano à alimentação adequada, por João Marcel Evaristo Guerra;**
- **Conflitos fundiários e a desapropriação: uma análise do Caso Bubas e a função social da propriedade, por Thiago Pelegrinelli Engelage e Eder Demarco Ribeiro.**

Dentre os trabalhos publicados, destaca-se a expressiva participação de pesquisadores de diversas regiões do Brasil, resultado do diálogo constante entre o corpo editorial e a comunidade acadêmica. Essa interação consolida a REJ UNESP como um ambiente acadêmico inclusivo, voltado para o enriquecimento e a ampliação das perspectivas na ciência jurídica.

Manifestamos nossa gratidão aos editores e ao conselho editorial pelo empenho, dedicação e compromisso com a excelência. Desde a avaliação até a publicação, cada etapa do processo editorial foi conduzida com rigor acadêmico e coordenação exemplar. Agradecemos também os autores pela confiança, disposição para o diálogo, atenção às adequações e o esforço em compartilhar conosco suas pesquisas e reflexões.

Para a difusão da ciência aberta e da transparência, cumprimos nominalmente pesquisadores que contribuíram com a emissão de pareceres: Adriano da Silva Ribeiro, Aline Michele Pedron Leves, Ana Carolina Mendonça Rodrigues, Carmen Lucia Sarmiento Pimenta, Cláudio Ribeiro Lopes, Cleide Calgaro, Cynthia Lessa da Costa, Deilton Ribeiro Brasil, Dulcely Silva Franco, Fábio da Silva Santos, Francieli Puntel Raminelli, Grégore Moreira de Moura, Jairo Neia Lima, Klever Paulo Leal Filpo, Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira, Paulo Brasil Dill Soares, Priscila de Freitas, Rafael Zelesco Barretto, Raimunda Regina Ferreira Barros, Silvana Terezinha Winckler, Vanessa dos Santos Moura, Vinicius Oliveira Seabra Guimarães, Vitor César Silva Xavier.

Particularmente, esta edição marca o encerramento do Quadriênio 2021-2024, período em que a REJ construiu diversas ações e avançou na integração teórico-científica com a comunidade acadêmica. Momento oportuno para relembrar a continuidade de atividades anteriores a partir do estabelecimento de novos procedimentos editoriais, uma estrutura regimental e a institucionalização da Revista pela Instrução Normativa 01/2023. De modo simultâneo, expôs-se uma nova identidade visual, adequada aos novos objetivos editoriais. Em face dos desafios contemporâneos, identidade também associada ao aumento da inserção da Revista nos espaços digitais.

Para o próximo período, identificamos uma série de desafios para concretização dos propósitos institucionais da REJ, a reafirmar o compromisso ético e de rigor científico com um espaço aberto e democrático, forma de impactar a produção científica jurídica e de ciências afins. Para o Quadriênio 2025-2028, que se abre, investiremos ainda mais nos materiais editorados, centrados nas novas diretrizes estabelecidas pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) baseadas na sistemática de classificação de artigos.

Agradecemos a todos que contribuíram com o avanço das atividades da Revista de Estudos Jurídicos e convidamos toda a comunidade acadêmica para a continuidade dessa parceria frutífera e que se desenvolve no correr dos anos.

Profa. Ma. Eduarda Camargo Sansão
Editora-Chefe

Profa. Ma. Maiara Motta
Editora-adjunta

Prof. Dr. José Duarte Neto
Diretor Científico e Editorial

**CIDADANIA CIVIL
E POLÍTICA
E SISTEMAS
NORMATIVOS**

**CIVIL AND
POLITICAL
CITIZENSHIP
AND NORMATIVE
SYSTEMS**

OS (DES)CAMINHOS DAS CONSULTAS PÚBLICAS NO SENADO FEDERAL (1988-2023)

Wagner Vinícius de Oliveira*

RESUMO

A crescente realização de consultas públicas pelo Senado Federal resulta na efetiva contribuição para o aprimoramento do processo democrático brasileiro? Por meio da localização da presença e da frequência das consultas públicas, busca-se identificar e descrever a trajetória de utilização desse mecanismo de participação social no Senado Federal no período de 1988 até 2023. Nesse sentido, pretende-se discutir as possibilidades para os argumentos da ampliação da participação social e da legitimidade democrática. O desenvolvimento desse empreendimento justifica-se por razões teóricas e empíricas; primeiro, para compreender o caminho e a funcionalidade; segundo, para analisar suas possíveis contribuições no reforço da democracia participativa brasileira. Excetuada a introdução e as referências, o artigo será estruturado em quatro seções, quais sejam: (i) descrever as principais ideias, funções e projeções das consultas públicas à luz do Estado democrático de direito; (ii) colocar as consultas públicas em perspectiva enquanto possibilidade para a construção da participação social; (iii) detalhar o trajeto das consultas públicas no Senado Federal por meio da elaboração de um quadro específico com dados obtidos no período de 1988-2023 (vide anexo A); ao final, (iv) avaliar a possível equiparação entre as consultas públicas a legitimidade democrática. Por fim, serão apresentadas as conclusões. Assim, apesar da aparente inclusão proporcionada pelas consultas públicas (cabível em qualquer proposição legislativa no Senado Federal e com a possibilidade de manifestação de qualquer pessoa cadastrada no portal), a volatilidade das participações (tanto na frequência, quanto nas matérias) e o caráter não vinculativo diminuem seu impacto positivo na democracia participativa.

Palavras-chave: consultas públicas; devido processo legislativo; participação social; Senado Federal.

Data de submissão: 03/06/2024

Data de aprovação: 16/08/2024

* Doutor em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, mestre em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, professor dos cursos de graduação em direito (Arraias/TO) e de especialização em direito e processo constitucional (Palmas/TO), ambos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT.

THE (DIS)PATHS OF PUBLIC CONSULTATIONS IN THE FEDERAL SENATE (1988-2023)

Wagner Vinícius de Oliveira

ABSTRACT

Does the increasing number of public consultations by the Federal Senate result in an effective contribution to the improvement of the Brazilian democratic process? By locating the presence and frequency of public consultations, seek to identify and describe the trajectory of use of this social participation mechanism in the Federal Senate from 1988 to 2023. In this sense, intend to discuss the possibilities for the arguments of expanding social participation and democratic legitimacy. The development of this enterprise is justified by theoretical and empirical reasons; first, to understand the path and functionality; second, to analyze its possible contributions to strengthening Brazilian participatory democracy. Except for the introduction and references, the paper is structured into four sections, namely: (i) describe the main ideas, functions and projections of public consultations in light of the democratic rule of law; (ii) put public consultations into perspective as a possibility for building social participation; (iii) detail the path of public consultations in the Federal Senate through the elaboration of a specific table with data obtained during the period of 1988-2023 (see annex A); at end, (iv) evaluate the possible equivalence between public consultation and democratic legitimacy. Finally, it presents the conclusions. Thus, despite the apparent inclusion (which is applicable to any legislative proposal in the Federal Senate and with the possibility of expression from any person registered on the portal), the volatility of participation (both in frequency and in matters) and the non-binding nature of public consultations reduce their positive impact on participatory democracy.

Keywords: public consultations; due legislative process; social participation; Federal Senate.

Date of submission: 03/06/2024

Date of approval: 16/08/2024

INTRODUÇÃO

Quais seriam a trajetória e a finalidade das consultas públicas realizadas pelo Senado Federal no período de 1988 até 2023? Apesar da aparente simplicidade dessas questões, as respostas ainda são total ou parcialmente desconhecidas. Isso porque existe uma lacuna¹ na documentação do conhecimento sobre essa temática devido à ausência de estudos específicos, principalmente em relação ao campo jurídico.

Diante disso, busca-se conhecer como as consultas ditas públicas contribuem (ou não) para o aprimoramento do processo democrático brasileiro (cidadania ativa). Em razão da amplitude de abordagens suscitadas pela matéria tem-se a necessidade de especificar normativa e temporalmente o objeto pesquisado; desse modo, analisa-se quantitativamente as consultas públicas nas propostas de emenda à constituição (PEC) no sobredito espaço temporal.

O desenvolvimento desse empreendimento se justifica por razões de ordem teórica e empírica. Do ponto de vista teórico, pretende-se compreender seus (des)caminhos e suas (des)funcionalidades; empiricamente, intenta-se analisar quantitativamente suas possíveis contribuições para a construção da democracia participativa brasileira.

Importa acrescentar que a utilização do termo “empírico” denota a evidência sobre o mundo dos fatos baseada na observação ou na experiência concreta. Essa evidência ou o conjunto delas pode ser avaliada de forma quantitativa ou qualitativa (Lee; King, 2013, p. 11). Além disso, a própria acepção do termo remete a necessidade de que a pesquisa seja replicável, ou seja, permitir ou auxiliar que outras pesquisadoras e outros pesquisadores realizem análises similares sobre o mesmo objeto.

Objetiva-se, portanto, subsidiar as análises presentes e futuras com aportes concretos sobre uma das modalidades de participação social que incidem diretamente na tramitação das PEC`s. Igualmente, busca-se problematizar seus usos e resultados ao longo de uma trajetória de quase quatro décadas de história percorrida.

Em que pese o artigo não tratar exaustivamente as consultas públicas, realiza um estudo exploratório produzindo um conhecimento geral e contextualizado. Desse modo, pretende auxiliar no desenvolvimento dos diálogos acadêmicos sobre as consultas públicas por meio da elaboração de uma pesquisa de base (primária).

Afora essa introdução e a lista de referências, esse artigo será estruturado em quatro seções contínuas e sucessivas. Nas quais, o conteúdo pretende (i) discutir as principais ideias, funções e projeções das consultas públicas à luz do Estado democrático de direito; (ii) colocar as consultas públicas em perspectiva; (iii) mapear quantitativamente seu trajeto no Senado Federal (1988-2023), notadamente quanto às PEC`s, oportunidade na qual serão tabulados os dados numéricos obtidos e elaborado um quadro das consultas públicas realizadas no ambiente e período

¹De acordo com a pesquisa realizada nos portais eletrônicos Periódicos Capes, SciElo, Biblioteca Digital de Teses e Dissertações USP e Google Acadêmico, em 15/08/2024, às 20h e 38m, utilizando os termos de busca “consultas públicas” e “propostas de emenda à constituição” não foi identificado qualquer registro de publicação.

analisados (vide anexo A); por fim, (iv) questionar se há equivalência entre consulta pública e participação social.

Para tanto, conjugam-se os esforços obtidos pelas técnicas de pesquisa bibliográfica e quantitativa, mediante a seleção da amostra, o registro da frequência e da utilização das consultas públicas por meio de fontes oficiais e de dados primários extraídos diretamente do portal eletrônico E-cidadania do Senado Federal.

Desse modo, o suporte teórico para as análises desse mecanismo potencialmente indutor da cidadania ativa consiste na ideia de um tipo específico de participação complementar aos “direitos e deveres políticos que decorrem do status de eleitor (cidadania em sentido estrito)” (Silva, 2023, p. 02). Sem ignorar que, quase sempre, os caminhos da “democracia digital” incorrem na “falsa solução para as disfunções da democracia representativa” (Silva, 2022, p. 150-232).

1 IDEIAS, FUNÇÕES E PROJEÇÕES DAS CONSULTAS PÚBLICAS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme já se sabe, as ideias referentes ao Estado democrático de direito remontam aos idos do século XVIII, pelo menos segundo a historiografia realizada aos moldes da “tradição ocidental” hegemônica. Há, sem dúvidas, um conjunto bastante heterogêneo de ideais contrários e, por vezes, contraditórios entre si que são amalgamados sob a mesma insígnia. Dentre vários aspectos relevantes ressalta-se a limitação do exercício do poder estatal, seja pelo exercício dos direitos e das garantias fundamentais, seja pela participação direta da sociedade civil na condução da vida em sociedade (democracia participativa).

Ultrapassado o período de “legalismo puro” - isso é, o apego incondicional à letra da lei, o dogma de completude do ordenamento jurídico, a subsunção lógica enquanto método interpretativo bastante e suficiente para a aplicação do direito positivo aos casos concretos, dentre outras características - a função da legalidade constitucional e infraconstitucional não guarda identidade irrestrita com esse passado recente. Existem pelo menos três razões que sustentam a procedência dessa afirmação.

Primeiro, porque a ideia de legalidade foi expressamente inserida no bojo dos direitos e deveres fundamentais (individuais e coletivos), conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu artigo 5º, inciso II. Equivale a afirmar a existência de um direito fundamental ao devido processo legislativo no sentido de que a conduta das instituições estatais e os demais particulares observem a legalidade. Isso, no entanto, não conduz necessariamente a ideia de que cada cidadã ou cada cidadão possua um direito público subjetivo de exigir do Estado a edição de atos legislativos.

Noutras palavras, o atual sentido de legalidade se projeta na função limitadora de exercício do poder estatal, em observância aos direitos e as garantias fundamentais, nas mais diversas áreas de atuação jurídica. Assim, via de regra, para a instituição e a majoração de tributos impõe-se o reconhecimento da legalidade tributária; para a imposição válida de penalidades de matiz penal/criminal deve-se observar a legalidade penal; igualmente, a legalidade administrativa (em sentido

estrito) determina que a administração pública permaneça adstrita ao ordenamento jurídico positivo, dentre outros exemplos possíveis.

Em segundo lugar, a ideia de legalidade comporta derivações em virtude do modelo institucional de Estado administrativo, principalmente após a edição da Emenda à Constituição n. 19/1998. Dentre outras inovações, a EC n. 19/1998 positivou o princípio constitucional da eficiência na prática da administração pública e permitiu a atuação das agências reguladoras (autarquias especiais) com a inclusão da atribuição de elaborar atos normativos vinculatórios, desde que “observados os limites da lei de regência” (Brasil, 2019).

A terceira razão indica que “o princípio da legalidade, contemporaneamente, tem sido interpretado em sua acepção de juridicidade” (Brasil, 2023), ou seja, não se trata da mera conformidade com as leis positivas, mas em adequar às práticas da administração pública aos padrões explícitos e implícitos do direito. Ao lado disso, compreender que o devido processo legislativo enquanto um direito e uma garantia fundamental exige as participações da sociedade civil.

Por outras palavras, sua compatibilidade com o Estado democrático de direito decorre da permeabilidade, na máxima medida possível, das contribuições sociais. Sabendo que essa relação pode se desenvolver de maneira mediata e imediata. Na primeira hipótese ocorre por meio da participação do conjunto formado pelas representantes e pelos representantes eleitos (democracia representativa) ou de maneira imediata quando ocorrem participações diretas da sociedade civil organizada ou não (democracia participativa).

Vale acrescentar que as ditas participações diretas (imediatas) podem ser realizadas de modo formal ou informal. Certo, porém, que investigar as participações da sociedade civil realizadas diretamente pelas cidadãs e pelos cidadãos na modalidade informal constituem um desafio à parte, tanto no que diz respeito a constatar sua presença, quanto a sua avaliação para realizar inferências causais. Desse modo, a testagem dos argumentos da ampliação da participação social e da legitimidade democrática, por exemplo, fica comprometida.

Para ressignificar o sentido e o alcance do devido processo legislativo (em sentido amplo) impõe-se afunilar as análises apenas e tão somente quanto aos mecanismos formais de participação da sociedade civil nesse ambiente. Com vistas a auxiliar na compreensão dessa questão e também para contribuir positivamente na diminuição da lacuna identificada. Em diante, segue-se a investigação da participação da sociedade civil no processo legislativo na modalidade direta e formal.

De acordo com essas opções metodológicas, o mecanismo da consulta pública revela-se compatível para alcançar os objetivos propostos. Isso porque consiste, em um só tempo, num mecanismo de participação social (esse argumento será desenvolvido na segunda seção) formal realizado de forma imediata pela sociedade civil, viabilizando assim (ao menos em potência) um dos caminhos possíveis para a democracia participativa.

Por outro lado, torna-se pouco efetivo prosseguir na investigação da participação indireta e informal da sociedade civil no devido processo legislativo, já que, na essência, se confunde com o desempenho da própria função típica do Legislativo. Precisamente por se tratar de uma pesquisa de base, almeja-se

aproximar do objeto pesquisado por meio da participação social no devido processo legislativo federal.

Sabe-se que o Legislativo federal opera de maneira bicameral, desenvolvendo-se pela atuação da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou de forma conjunta de ambas as casas legislativas (Congresso Nacional). Nesse artigo, optou-se pela investigação das consultas públicas realizadas pelo Senado Federal, já que essa instância política de representação federativa é a única instituição estatal - até agora conhecida - que possui uma estrutura operacional e normativa mais desenvolvida sobre o tema, além de oferecer registros documentais em condições para a verificação quantitativa do fenômeno pesquisado.

Assim, cumpre demarcar o conceito, as ideias, as funções e as projeções das consultas públicas. Preliminarmente, consulta pública designa o processo por meio do qual determinada instituição deseja conhecer antecipadamente a opinião do conjunto das cidadãs e dos cidadãos (sociedade civil) sobre determinada matéria de sua competência. Para fins de registro - a despeito da plêiade de opiniões díspares existentes na sociedade civil - são possíveis apenas duas formas de manifestação: ou favorável ou contrário a proposição legislativa.

Por essência, as opiniões manifestadas numa consulta pública - de forma majoritária ou unânime - são desprovidas de vinculação da instituição consulente, por isso, trata-se de um mecanismo tipicamente político de manifestação das preferências da sociedade civil. Logo, distingue-se dos mecanismos jurídicos de participação direta previstos na Constituição da República de 1988, a exemplo do plebiscito (manifestação prévia e vinculante) e do referendo (manifestação posterior e vinculante), ambos são instrumentos reveladores da soberania popular (nos termos dos art. 14, I e II; art. 18, §§ 3º e 4º, CRFB/88) de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, XV, CRFB/88).

O Texto Magno de 1988 não contempla textualmente a expressão consulta pública. Já no plano infraconstitucional são diversos os exemplos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro:² a começar pela Lei n. 8.080/1990³ - que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes - ao determinar a realização obrigatória de consulta pública para a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo Sistema Único de Saúde de novos medicamentos, produtos e procedimentos (art. 19-R, IV, Lei n. 8.080/1990).

A Lei n. 9.784/1999 - que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal - referente a instrução do processo administrativo possibilita a abertura de consulta pública quando o processo envolver matéria de "interesse geral". Igualmente assegura aos participantes o direito de obter da administração pública uma resposta fundamentada (art. 31, *caput* e § 2º, Lei n. 9.784/1999), bem como a apresentação dos resultados com a indicação do procedimento adotado (art. 34, Lei n. 9.784/1999).

² Para um levantamento pormenorizado sobre o marco legal aplicável as consultas públicas no Brasil, dentre outros, consultar Banco Interamericano de Desenvolvimento (2020, p. 25-30).

³ Incluído pela Lei n. 12.401/2011.

O Decreto Legislativo n. 186/2008 - que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007 - estabelece a obrigação geral de os Estados Partes realizar consultas estreitas e envolver ativamente as pessoas com deficiência, especialmente crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas (art. 4º, item 03, Decreto Legislativo n. 186/2008).

No mesmo sentido, o Decreto n. 7.037/2009 - que aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) - impõe a realização de consulta popular enquanto uma das ações programáticas para alcançar o objetivo estratégico I⁴ (anexo, "f", Decreto n. 7.037/2009). Além disso, a Lei n. 12.527/2011 - que regula o acesso a informações - também assegura as consultas públicas (art. 9º, II, Lei n. 12.527/2011). Vale mencionar que no âmbito do Executivo Federal, mais especificamente a Secretaria-Geral da Presidência da República, existe a plataforma Participa.br, sendo, pois, um ambiente virtual de participação social que se utiliza a internet para articular e impulsionar os diálogos entre a administração pública federal e os setores da sociedade civil.

Por último, recentemente houve o acréscimo da possibilidade de realização de consulta pública para a edição de atos normativos, nos termos da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), art. 29.⁵ Trata-se de uma "norma de caráter geral" que estipula a obrigação de "consultar os interessados, avaliar as manifestações recebidas e respondê-las para cumprir o dever de motivar o ato normativo" (Monteiro, 2018, p. 226). Todavia, cabe destacar que a inovação legislativa "estabelece que a consulta pública deve ser realizada, preferencialmente, em meio eletrônico, mas sem considerar os riscos inerentes a este procedimento, como a influência dos algoritmos" (Galvão; Machado, 2023, p. 233).

Quanto as projeções ou potencialidades, cumpre mencionar que a consulta pública "não é um ato único e isolado, mas um processo" (Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2020, p. 02) que se perfaz com a prática contínua e reiterada das instituições estatais em consultar a sociedade e com a participação da sociedade civil de modo permanente. Dentro do contexto regional da América Latina e do Caribe, justifica-se a realização de consultas públicas devido as ações que "afetam um maior número de pessoas, como mineração, pesca, manejo florestal, infraestrutura, energia e o sistema de avaliação de impacto ambiental" (Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2020, p. 03).

A relevância acentua-se ainda mais em se tratando de temas relacionados aos povos originários consulta prévia, livre e informada - prevista na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho - na implementação de projetos de infraestrutura ou de indústrias extrativistas. Por fim, a realização de consultas públicas é obrigatória para a criação de unidade de conservação ambiental, no entanto, possuem caráter meramente consultivo.

Não obstante, objetiva a expansão da compreensão pela sociedade civil sobre a unidade de conservação, para tanto precisa observar os princípios da

⁴ Garantia da participação e do controle social das políticas públicas em Direitos Humanos, em diálogo plural e transversal entre os vários atores sociais.

⁵ Incluído pela Lei n. 13.655/2018.

representatividade, da legitimidade, da equidade e da conscientização (WWF-Brasil, 2010). Percebe-se que as funções desempenhadas pelas consultas públicas envolvem a participação direta da sociedade civil em matérias relacionadas à saúde, aos direitos humanos, à segurança alimentar, ao acesso à informação, à edição de atos normativos, entre outros exemplos possíveis.

A junção entre o conceito e a função da consulta pública permite afirmar que se trata de um instrumento democrático utilizado para a captação e para a integração da opinião de cidadãos de forma não presencial (Bastos *et. al.*, 2022). Desse modo, tem-se que a realização de consultas públicas “contribui com o poder de voz da população diante das escolhas políticas, tendo entre seus objetivos envolver a sociedade civil nas decisões coletivas” (Bastos *et. al.*, 2022, p. 812).

2 CONSULTAS PÚBLICAS EM PERSPECTIVA: A BUSCA PELA CONSTRUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Na seção anterior viu-se que a legislação privilegia e, em certas matérias, até mesmo determina a realização de consultas públicas. Importa, nesse momento, ressaltar um aspecto em especial: a construção de espaços institucionais permeáveis às participações sociais. Não se afirma, contudo, que a consulta pública seja o único ou o espaço potencialmente mais adequado para esse empreendimento social, mas coopera para o fortalecimento da democracia participativa.

Conforme já se disse na parte introdutória desse artigo, o objetivo central consiste em destacar a trajetória das consultas públicas na experiência das propostas de emendas à constituição que tramitaram no Senado Federal. Antes, porém, vale ressaltar, que esse instrumento pressupõe um conjunto de mudanças institucionais, normativas e comportamentais ocorridas dentro da administração pública, que há algum tempo ficou conhecida como “administração pública consensual” com vistas a construção de uma “governança pública” (Oliveira; Schwanka, 2009).

De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) a utilização desse mecanismo de participação social integra uma estratégia mais ampla voltada para a construção da “confiança social”, principalmente quando da avaliação de políticas públicas. Em verdade, as consultas públicas não são apontadas enquanto solução para a ausência ou para o baixo grau de apoio social - antes, durante ou depois da implementação de uma política pública - mas, possuem o condão de articular e de potencializar o “envolvimento de partes interessadas, lideranças políticas e o público [em geral]”, nesse sentido, possuem “potencial para a elaboração de legislação e regulação, além de serviços públicos” (Brasil, 2018, p. 159).

A principal contribuição que esse artigo pretende oferecer consiste em aproximar essas ideias durante a tramitação das PEC's no Senado Federal, já que essa modalidade de processo legislativo ocorre sem qualquer participação direta da sociedade civil. Em tese, o aumento da utilização desse mecanismo contribui para ampliar a participação social formal e direta, mas também seria capaz de contribuir para o controle do exercício do poder legiferante (competência reformadora da constituição), bem como direcionar futuras responsabilizações (*accountability* eleitoral), já que o Senado Federal é um órgão representativo formado pelo voto popular.

Com efeito, a consulta pública não pretende ser uma espécie de “veto popular”, figura jurídica atualmente inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, menos ainda realizar o controle popular. Já que uma vez publicada, a PEC se sujeita apenas a modalidade de controle judicial posterior realizada com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mediante o controle concentrado de constitucionalidade quando apresentar vícios de inconstitucionalidade material ou formal. De outra sorte, pretende-se articular a legitimidade democrática (esse argumento será desenvolvido na quarta seção) dentro de um espaço institucional aberto às participações sociais.

O procedimento formal previsto para a alteração do texto constitucional não estabelece a participação da sociedade civil, isso significa que para introduzir, reduzir ou suprimir parte do texto constitucional - ressalvadas as cláusulas pétreas nessa última hipótese - não precisa contar com a anuência da sociedade civil, apenas observar os procedimentos constitucionalmente previstos. Desse modo, cabe questionar a inexistência de mecanismos de participação social.

Contudo, não se interroga a competência das duas casas legislativas que compõem o Congresso Nacional para a atualização do texto constitucional, cuja legitimidade decorre do próprio texto constitucional (órgão competente, procedimentos formais e matérias suscetíveis de emenda). Mas, como o subtítulo dessa seção sugere a construção das participações sociais nas PEC's em tramitação no Senado Federal.

Mesmo porque, apesar de não ser requisito indispensável para a edição de uma PEC, as consultas públicas vêm sendo realizadas de modo reiterado em todas as propostas em tramitação no Senado Federal (esse argumento será desenvolvido na terceira seção). A questão que permanece sem resposta é compreender o porquê mesmo esse tipo de proposição legislativa não exigir a realização de consulta pública o Senado vem realizando consultas a sociedade civil de maneira sistemática.

A resposta provisória sugerida consiste em tornar essa casa legislativa em um local qualificado para conhecer a opinião do conjunto das cidadãs e dos cidadãos de forma antecipada ou concomitante a tramitação da PEC. Assim, no longo prazo, a sociedade civil reconheça nesse ambiente institucional um espaço adequado para as participações sociais. Diante da mencionada lacuna na documentação do conhecimento sobre essa temática realizam-se alguns esforços aproximativos para testar essa hipótese.

Novamente segundo o Ipea é possível sustentar que as consultas públicas visam realizar um diálogo contínuo entre as instituições estatais e as partes interessadas, sendo potencialmente apta para construir a “confiança pública” e, ao lado disso, influenciar “fortemente o engajamento [social] dos interessados” reforçando os compromissos políticos (Brasil, 2018, p. 160).

Assim, não parece demasiado sustentar que “a consulta pública é instrumento de participação popular” (Monteiro, 2018, p. 229). Devendo, em ato contínuo, questionar quem participa das consultas públicas, em qual sentido e com quais finalidades, contudo, para enveredar por esses caminhos exige-se desenvolver outras frentes de pesquisa não contempladas pelos objetivos traçados na parte introdutória desse artigo.

Em confluência de sentido, tem-se que as consultas públicas criam autênticos “espaços de participação social” (Lopes; Novaes, 2020).⁶ Embora persista a necessidade de realizar estudos complementares, abrangendo a caracterização dos participantes e a legitimidade das decisões subsequentes; sendo possível assentir com a conclusão parcial de que a utilização desse mecanismo permite a formação de “espaços formais de participação social”, sem, no entanto, distinguir “a participação popular em geral da participação de interessados diretos” (Lopes; Novaes, 2020, p. 09).

Mas, para que isso se torne possível, a instituição estatal que realiza a consulta pública deveria observar os “princípios de consultas públicas eficazes” (Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2020), em especial:

- (i) a preparação dos momentos anteriores à realização de consultas públicas para fornecer e coletar informações suficientes, dialogar de forma adequada com a sociedade civil, mapear os atores sociais interessados e os possíveis impactos da medida legislativa a ser adotada;
- (ii) a representatividade/equidade dos participantes para minimizar o viés de seleção capaz de predeterminar ou de influenciar o resultado da consulta pública;
- (iii) a oportunidade de se realizar a consulta pública, pois dependendo do momento da consulta ou do período disponível para a coleta das participações pode-se direcionar o resultado;
- (iv) os recursos humanos disponíveis para a realização da consulta pública (presencial ou virtual) já que a disponibilidade de verba ou de recursos humanos, no primeiro caso, ou a acessibilidade/funcionalidade do sistema, no segundo caso, podem interferir negativamente no resultado final;
- (v) a transparência nos processos de apuração e de divulgação dos resultados interferem positiva ou negativamente na credibilidade e no engajamento da participação social;
- (vi) a acessibilidade, em especial para permitir que as pessoas com algum tipo de deficiência possam participar autônoma e ativamente da consulta pública;
- (vii) a legitimidade democrática, em termos de aceitação não apenas do resultado da consulta pública, mas, principalmente dos procedimentos utilizados enquanto instrumento apto para permitir a participação social em seu sentido mais amplo possível;
- (viii) a documentação para fins de eventual auditoria ou de fornecimento de acesso à informação para eventuais interessadas ou interessados no resultado de uma consulta pública em especial.

Assim, por se tratar de um “instrumento participativo” ou “instrumento de participação democrática” (Galvão; Machado, 2023) é que as consultas públicas também são realizadas pelo Senado Federal. Em sentido contrário do que afirmam

⁶Lopes e Novaes (2020) se referem à Anvisa.

Galvão e Machado (2023, p. 229) as consultas públicas são realizadas no Legislativo com bastante frequência e regularidade. A próxima seção será dedicada a identificar a presença e a frequência desse instrumento de participação social no Senado Federal.

3 O TRAJETO DAS CONSULTAS PÚBLICAS PELO SENADO FEDERAL (1988-2023)

Diante das potencialidades apresentadas para as consultas públicas nas seções anteriores, cumpre nesse momento especificar o funcionamento das consultas públicas realizadas no âmbito do Senado Federal (1988-2023). Na sequência, serão tabulados os dados numéricos obtidos com o auxílio de um quadro específico sobre as consultas públicas realizadas no período temporal analisado (vide anexo A).

Conforme as informações disponíveis no portal eletrônico E-cidadania do repositório oficial do Senado Federal identifica-se um amplo processo de abertura para a utilização das consultas públicas, já que “todos os projetos de lei e demais proposições legislativas que tramitam no Senado ficam abertos para receber opiniões desde o início até o final de sua tramitação, conforme estabelecido na Resolução n. 26 de 2013” (Brasil, 2024), sendo, pois, uma política institucional que se consolidou a partir de 2013, não há, portanto, um critério específico para determinar a realização de uma consulta pública.

A sobredita resolução contém apenas três artigos. O primeiro artigo estabelece que no “sítio na internet do Senado Federal abrigará mecanismo que permita ao cidadão manifestar sua opinião acerca de qualquer proposição legislativa”, desse modo, todas as consultas públicas realizadas nesse ambiente serão por meio virtual. O artigo segundo dispõe sobre a amplitude ou o alcance participativo, já que “qualquer cidadão, mediante cadastro único com seus dados pessoais de identificação, poderá apoiar ou recusar as proposições legislativas em tramitação no Senado Federal”, em seu parágrafo único encontra-se a disposição de “acompanhamento da tramitação legislativa”, em cada passo, com o “número de manifestações favoráveis e contrárias à matéria”. Já o terceiro e último artigo disciplina a vigência da resolução (Brasil, 2013).

De modo semelhante ao estímulo institucional para que todas as proposições legislativas sejam submetidas as consultas públicas, vale indicar que toda e qualquer pessoa cadastrada no portal eletrônico E-cidadania poderá registrar sua opinião, uma única vez, sobre todas, algumas ou uma única proposição legislativa em tramitação no Senado Federal. Uma vez registrada a opinião (favorável ou contrária) não será possível alterar o voto, nem mesmo apaga-lo ou retira-lo do portal.

Ainda sobre o registro das manifestações, vale acrescentar que não existe qualquer tipo de mediação ou de moderação. Ressalvada a hipótese de algum usuário utilizar servidor temporário de endereço eletrônico (e-mail temporário), caso sejam identificados esses votos serão excluídos e desconsiderados do cômputo geral (Brasil, 2024).

No sítio eletrônico do Senado Federal, dentro do menu “Consulta Pública” é possível aplicar alguns filtros para refinar o resultado da pesquisa, tais como:

“Palavra-chave”, “Autor”, “Tipo” e “Número e Ano”, uma vez que são bastantes e diversas as proposições legislativas em que a sociedade civil poderá registrar sua opinião. Além disso, cada proposição legislativa permanece disponível para a realização de consulta pública durante toda sua tramitação no Senado, ou seja, “não possui um prazo pré-definido” (Brasil, 2024).

Visando subsidiar o desempenho das atividades legislativas, “as manifestações são comunicadas periodicamente aos gabinetes parlamentares” para as Senadoras, os Senadores, as assessoras e os assessores parlamentares. Além de todos os dados “serem públicos, portanto disponíveis a todos” (Brasil, 2024).

Registra-se que “a votação proporcionada pela consulta pública não vincula” os votos ou as opiniões das Senadoras e dos Senadores. De outra sorte, as consultas públicas cumprem o “propósito de sinalizar a opinião do público que participou da consulta, de modo a contribuir com a formação de opinião” de cada Senadora ou de cada Senador (Brasil, 2024) apresentando caráter meramente persuasivo.

Por fim, ainda no referido sítio eletrônico existe o indicativo numérico das proposições mais votadas no dia, em que se realiza o acesso. Até agora, já foram registradas 13.447 proposições que receberam votos, 15.158.345 pessoas votantes e 34.672.593 votos registrados. Não há indicativo das proposições legislativas que não receberam votos. Para fornecer informações mais detalhadas serão tabulados os dados numéricos obtidos por meio da elaboração de um quadro das consultas públicas realizadas pelo Senado Federal nas propostas de emendas à constituição no período de 1988-2023 (vide anexo A).

Para a coleta dos dados no sítio eletrônico do Senado Federal foram selecionados os seguintes itens: “Opine sobre projetos”, “Ver todas as proposições”, “Filtrar”, “Tipo”, foi escolhida a opção “PEC - Proposta de Emenda à Constituição” e inserindo manualmente os anos de 1988 até 2023 no campo “Ano”. A escolha desse recorte temporal justifica-se devido à maior abrangência do espaço amostral para fins de identificação dos eventos focalizados, que coincide com a promulgação da CRFB/88 e se encerra com o ano de 2023.

O ano de 2024 foi excluído em virtude de as tramitações ainda estarem em andamento, bem como a possibilidade de apresentação de novas PEC`s. Embora forneça dados autênticos, não são confiáveis para retratar com fidedignidade as consultas públicas realizadas no período. Justifica-se a escolha do “Tipo” PEC em razão do elevado número de registros constante nos outros quatorze tipos de proposições legislativas, cuja opção metodológica deriva apenas e tão somente da exequibilidade da pesquisa dentro do tempo e do espaço disponíveis.

Dessa forma, foram obtidos os dados quantitativos que compõem o anexo A - Consultas públicas realizadas pelo Senado Federal nas propostas de emendas à constituição (1988-2023). Percebe-se que o sítio eletrônico do Senado Federal apresenta algumas desconformidades que impedem análises para além da constatação da presença e da frequência das consultas públicas. Com exceção de 1988, que não apresentou qualquer registro, em todos os demais anos foram realizadas consultas públicas, sendo 1990 (item n. 03 do anexo A) o ano que possui a menor frequência (03 registros) e 2015 (item n. 28 do anexo A) com a maior frequência (165) de todo o período analisado.

No período de trinta e seis anos foram realizadas quase duas mil consultas públicas (1996), a média aritmética simples corresponde a aproximadamente 55,44 (cinquenta e cinco inteiros e quarenta e quatro décimos) de consultas realizadas por ano. Sendo que a mediana das consultas públicas realizadas no período corresponde ao valor de 51 (cinquenta e um) consultas públicas. Essa medida de dispersão serve para controlar análises tendenciosas evitando assumir como paradigmas períodos extremos (1988, 1990 ou 2015 - itens n. 01, 03 e 28 do anexo A), para sustentar a ausência, o baixo ou o elevado índice de frequência das consultas públicas, respectivamente.

Contudo, a ausência do registro de informações referentes aos anos de 1998, 2000 e 2001, por exemplo, impedem qualquer acréscimo para além da análise quantitativa. Vale registrar que as informações constantes no campo “observações” do anexo A, foram extraídas diretamente do resultado das pesquisas no portal eletrônico E-cidadania utilizando enquanto critério a consulta pública com o maior registro numérico de participação, conforme disposto pelo próprio sítio eletrônico.

A PEC n. 106/2015 que pretendia reduzir o número de membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (item n. 28 do anexo A) apresentou o maior quantitativo numérico de participação, com quase dois milhões de votos favoráveis (1.859.114). Ao passo que a PEC n. 29/2006, para tornar obrigatória a instituição de plano de carreira para os servidores da administração pública direta e indireta federal contou com apenas uma manifestação favorável (item n. 19 do anexo A). Em razão da inexistência de um modelo avaliativo e de sistematização dos dados apresentados pelo sítio eletrônico a realização de outros tipos de análise resta comprometida ou bastante onerosa.

Além do mais, algumas consultas realizadas, embora com baixo índice de participação registrada - a exemplo da PEC n. 20/1999, que propunha a redução da idade para imputabilidade penal (item n. 12 do anexo A) - são significativas para revelar a “opinião majoritária” da sociedade civil de modo favorável a expansão do direito penal punitivo. Em sentido contrário, a consulta pública realizada na PEC n. 45/2023, que visa alterar o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (item n. 36 do anexo A) revela um equilíbrio entre as manifestações com prevalência do posicionamento contrário à proposta.

Em geral, uma possível chave de explicação para o crescimento das consultas públicas nesse ambiente registradas nos anos de 2015 e 2019 (itens n. 28 e 32 do anexo A) remete as “jornadas de junho de 2013”, com a conseqüente diminuição nos anos posteriores revelando índices abaixo da média (55,44) e, em alguns casos, abaixo da mediana (51). Assim, é possível inferir dos dados obtidos (i) a presença e a frequência significativa das consultas públicas no ambiente e momento analisados e (ii) a ausência de fornecimento de dados completos e de resultados sistematizados prejudica/impede a elaboração de outros tipos de análise para além do quantitativo numérico. Embora, algumas inferências causais possam ser realizadas.

4 HÁ EQUIVALÊNCIA ENTRE A REALIZAÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA E O AUMENTO DA “LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA”?

Nessa seção, cabe instigar se é possível apontar o espaço institucional criado pelas consultas públicas e participações sociais identificadas nas seções precedentes enquanto indicativo que sustente a ampliação da “legitimidade democrática” nas propostas de emenda à constituição. Porém, vale mencionar que, geralmente, essa expressão polissêmica “está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social” (Barroso, 2012, p. 1.089).⁷

Impõe-se apresentar algumas limitações de ordem metodológica, contextual e semântica para equiparar participação à legitimidade. Certo, porém, que a prática reiterada de consultas públicas nesse espaço institucional é potencialmente idônea para a ambientação das participações sociais. Por isso, tão importante quanto participar é saber quem participa e com qual finalidade, nesse sentido, carece “apresentar o perfil dos participantes” (Bastos *et. al.*, 2022, p. 803), caso contrário, não há como afirmar a ampliação ou a diminuição da legitimidade democrática.

Para além da necessária divulgação do quantitativo numérico das proposições legislativas que se encontram sob consulta pública e dos votos computados, o portal eletrônico *E-cidadania* poderia divulgar os marcadores sociais (renda, idade, gênero, regional, étnico etc.) das pessoas cadastradas. Decerto, isso não seria suficiente, mas forneceria informações mais detalhadas sobre as pessoas participantes das consultas públicas.

Além disso, vale lembrar que “apenas uma mensuração quantitativa da participação da sociedade nos espaços decisórios, e não uma avaliação da efetividade da participação social promovida por essas organizações” (Lopes; Novaes, 2020, p. 08). A legitimidade democrática, nesse particular, perpassa pelo efetivo cumprimento do objetivo central das consultas públicas que é “ouvir e dialogar” (Monteiro, 2018, p. 233).

Por isso, parece adequado compreender e levar em consideração aquilo que parcela da sociedade civil manifesta por meio das consultas públicas, sem, necessariamente, implicar deferência às opiniões sociais que direta ou indiretamente violem os direitos e as garantias fundamentais. Nesse sentido, impõe-se reconhecer que “nem sempre as consultas públicas realizam seu caráter democrático, se não respeitarem procedimento dialógico e claro” (Galvão; Machado, 2023).

Um recente exemplo dessa afirmação remete à consulta pública utilizada sobre a inclusão de crianças de cinco a onze anos na campanha de vacinação contra a Covid-19 (Consulta Pública SECOVID/MS n. 01, de 22 de dezembro de 2021). Especificamente, consultou parte da população sobre a inclusão do público infantil no plano nacional de imunização e a não obrigatoriedade de vacinação contra a Covid-19.⁸

Em um primeiro momento, essa iniciativa do governo federal poderia ser interpretada enquanto uma tentativa de democratizar o debate sobre a adoção

⁷ O autor se refere ao Judiciário.

⁸ Registre-se que o art. 14, § 1º da Lei n. 8.069/1990, estatuto da criança e do adolescente, determina a obrigatoriedade da vacinação de crianças nas hipóteses recomendadas pelas autoridades sanitárias.

de políticas públicas de saúde coletiva, porém, de fato, houve uma tentativa de direcionar a “opinião pública” para tentar validar a não obrigatoriedade da vacinação infantil. Já que durante o processo de consulta pública se verificou apenas a possibilidade de registrar as manifestações favoráveis a opinião da Secretaria Extraordinária de Enfrentamento à Covid-19 (facultatividade da vacinação infantil), alinhada com a postura do governo federal na época. Isso sem mencionar a ausência de publicidade do resultado provocando certo descrédito à consulta pública realizada (Galvão; Machado, 2023).

Nesse episódio, esse instrumento de participação social foi tendencialmente direcionado para registrar respostas contrárias a obrigatoriedade da vacinação ou que colocavam obstáculos tais como a necessidade de apresentação de indicação médica ou a assinatura de termo de consentimento pelos responsáveis legais da criança. Além dos vícios metodológicos apontados, bem como a inobservância dos “princípios de consultas públicas”, esse exemplo extremado serve para ilustrar o quanto esse instrumento de participação social pode ser desvirtuado.

Porém, se sabe que um sentido potencialmente adequado para a utilização das consultas públicas demanda em um só tempo “incentivar a participação popular nas questões de interesse coletivo, ampliar a discussão sobre o assunto e embasar as decisões sobre a formulação de políticas públicas” (Galvão; Machado, 2023, p. 223). Provavelmente nenhum desses objetivos estavam presentes no momento de realização da sobredita consulta pública realizada em um dos períodos mais conflitantes da história institucional brasileira.

Aspectos de ordem metodológica são bastantes relevantes para serem relegados ao segundo plano, no entanto, não podem consumir todos os esforços do órgão consulente ou de seus participantes sob pena de se revelar inservível para a criação desse espaço de intercâmbio institucional/social. Ademais, a ausência de critérios para sua realização, no lugar de “contribuir para consolidar a participação direta como um hábito democrático” (Galvão; Machado, 2023, p. 229) pode ensejar descredibilidade e baixa adesão as consultas públicas quando sua utilização for abusiva.

Esse último fenômeno é conhecido como “fadiga de consultas”. Quando o número excessivo de realização de consultas públicas sem o planejamento necessário ou com a falta de nitidez dos objetivos pretendidos, sem a divulgação sobre o plano de consulta, com a falta de devolutiva sobre as contribuições oferecidas pelo público (Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2020, p. 14) provoca uma espécie de estafa de seus participantes.

Em relação as consultas públicas realizadas pelo Senado Federal, torna-se oportuno acrescentar ou aprimorar o processo de devolutivas e de encerramento. Igualmente seria adequado “sistematizar as contribuições e indicar quais serão incorporadas e quais serão descartadas” (Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2020, p. 13) durante a tramitação da proposta de emenda à constituição. Outro fator que pode contribuir negativamente para alavancar o processo legitimatório remete as “consultas virtuais que se apoiem exclusivamente no uso da internet” hipótese em que ocorre “alto risco de excluir uma grande parte da população” (Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2020, p. 18).

Nesse sentido, reitera-se a necessidade de implementar o mapeamento das atrizes e dos atores sociais envolvidos e suas classificações, bem como planejar estratégias inclusivas para as pessoas com deficiências nesse espaço de participação social. Enfim, a soma desses elementos permite que num futuro próximo outras constatações mais específicas e localizadas possam ser realizadas sobre as consultas públicas de modo a contribuir de maneira mais efetiva para o aprimoramento do processo democrático brasileiro.

CONCLUSÃO

Este artigo analisou se a crescente realização de consultas públicas pelo Senado Federal contribui positivamente para o aprimoramento do processo democrático brasileiro. Ao final do processo de testagem, conclui-se que as consultas públicas representam um espaço institucional de participação social direta enquanto potencialmente indutor da democracia participativa.

No entanto, esse instrumento de participação social apresenta algumas limitações para ampliar a legitimidade democrática. Utilizou-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e quantitativa, mediante a seleção da amostra, o registro da frequência e da utilização das consultas públicas valendo-se de fontes oficiais e de dados primários extraídos do portal eletrônico E-cidadania do Senado Federal (1988-2023).

A primeira tarefa empreendida foi discutir as principais ideias, as funções e as projeções das consultas públicas à luz do Estado democrático de direito. Investigou-se apenas a modalidade de participação social direta e formal no devido processo legislativo federal, representada pelas consultas públicas. Optou-se pelo Senado Federal uma vez essa é a única instituição conhecida (até agora) que possui registros documentais disponíveis e compatíveis com a verificação do fenômeno pesquisado.

Em termos conceituais, a consulta pública significa o processo por meio do qual determinada instituição estatal deseja conhecer antecipadamente a opinião do conjunto formado pelas cidadãs e pelos cidadãos (sociedade civil) sobre determinada matéria de sua competência. Trata-se, portanto, de um mecanismo político de manifestação das preferências da sociedade civil.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não contempla textualmente a consulta pública. Já no plano infraconstitucional são diversos os exemplos, a saber: saúde, processo administrativo com “interesse geral”, interesses das pessoas com deficiência, direitos humanos, acesso a informações, edição de atos normativos da administração pública, entre outros. Constatou-se que suas projeções ou potencialidades apontam para a ideia de uma prática continuada, sobretudo em temas com profunda repercussão social.

Para colocar as consultas públicas em perspectiva no Senado Federal sugeriu-se a ideia de que essa casa legislativa seja (ou se transforme em) um local qualificado para conhecer de modo antecipado ou concomitante a opinião do conjunto das cidadãs e dos cidadãos e assim a sociedade civil possa reconhecer nesse ambiente um espaço institucional para as participações sociais. Na sequência, foram apresentados alguns “princípios de consultas públicas eficazes” (preparação,

representatividade/equidade, oportunidade, recursos humanos, transparência, acessibilidade, legitimidade e documentação) aplicáveis na espécie.

Ao mapear quantitativamente o trajeto das consultas públicas no Senado Federal, notadamente quanto às PEC's, foi elaborado um quadro para tabular os dados numéricos obtidos (vide anexo A). De acordo com as informações disponíveis no portal eletrônico E-cidadania percebeu-se um amplo processo de abertura para a utilização das consultas públicas abrangendo todas as proposições legislativas durante todo o seu período de tramitação.

O processo das consultas públicas é regido pela Resolução n. 26/2013, que por sua vez, faculta a participação de qualquer pessoa cadastrada na plataforma, uma única vez, sobre cada proposição legislativa em tramitação no Senado. Depois de registrar a manifestação (favorável ou contrária) não é possível alterar, apagar ou retirar o voto do portal eletrônico, mesmo porque todos os dados estão potencialmente disponíveis a todos os interessados.

Importante acrescentar que o resultado de uma consulta pública não vincula as Senadoras e os Senadores, apenas sinalizam a opinião de parcela da sociedade participante. Durante esse trajeto foram percebidas algumas desconformidades no sítio eletrônico do Senado Federal que impedem análises para além da constatação da presença e da frequência das consultas públicas. Por último, ao longo de uma trajetória de quase quatro décadas de história percorrida, é possível afirmar que existem dificuldades de equiparar participação social a legitimidade democrática. Tão importante quanto participar é saber quem participa (marcadores econômicos, etários, regionais, étnicos etc.), com qual finalidade e com qual impacto.

Legítimo, portanto, é compreender e considerar aquilo que parcela da sociedade civil expressa na consulta pública, sem implicar o acolhimento das opiniões sociais que direta ou indiretamente atentem contra os direitos e as garantias fundamentais. No entanto, sua utilização abusiva pode ensejar descredibilidade e baixa adesão as consultas públicas (fadiga de consultas). À guisa de conclusão geral, tem-se que apesar da sua aparência inclusiva (aplicável em qualquer proposição legislativa no Senado Federal e da possibilidade de manifestação de qualquer pessoa cadastrada no portal), a volatilidade (tanto na frequência, quanto nas matérias) e o caráter não vinculativo das consultas públicas fragilizam sua contribuição efetiva para a construção da cidadania ativa.

REFERÊNCIAS

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO [MILANO, F.; PALLARES, U.]. *Consultas públicas: o passo a passo. Marcos regulatórios e legais aplicáveis no Brasil*. Brasília, out. 2020. Disponível em: <https://publications.iadb.org/pt/consultas-publicas-o-passo-passo-marcos-regulatorios-e-legais-aplicaveis-no-brasil> Acesso em: 15 ago. 2024.

BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, H. A. D.; BRANDT, K. C. O.; GINANI, V. C.; MOURA, R. A.; RONCA, D. A. A consulta pública na construção da política distrital de alimentação e nutrição. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 134, jul./set. 2022, p. 803-818.

BRASIL. [Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada]. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante*. Brasília: Ipea, 2018, vol. 01.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2024 [atualizada até a EC n. 132/2023]. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, 22 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 186 de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília: *Diário Oficial da União*, 10 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Decreto Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: *Diário Oficial da União*, 09 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: *Diário Oficial da União*, 01 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução n. 26, de 2013*. Estabelece mecanismo de participação popular na tramitação das proposições legislativas no Senado Federal. Brasília, 10 jun. 2013. Diário Oficial da União, 11 de julho de 2013.

BRASIL. Senado Federal. *E-cidadania*. Brasília, 28 maio 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania> Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.095/RS*. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Luiz Cármen Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br> Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.645/DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 23 set. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br> Acesso em: 15 ago. 2024. GALVÃO, T. S. A.; MACHADO, R. C. R. Inclusão de crianças de 5 a 11 anos na campanha de vacinação contra a Covid-19: a utilização da consulta pública como instrumento das políticas públicas. In: FACHIN, Z. A.; LARA, C. A. S.; SILVA, L. G. (Coords.). *VI encontro virtual do Conpedi: constituição, teoria constitucional e democracia*. Florianópolis: Conpedi, 2023, p. 221-237.

LEE, E.; KING, G. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Tradução de Fábio Morosini *et. al.* São Paulo: Direito GV, 2013 (Coleção acadêmica livre).

LOPES, A. C. F.; NOVAES, H. M. D.; SOÁREZ, P. C. Participação social na gestão de tecnologias em saúde em âmbito federal no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 54, n. 136, 2020, p. 01-10.

MONTEIRO, V. Art. 29 da LINDB Regime jurídico da consulta pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei n. 13.655/2018), nov. 2018, p. 225-242.

OLIVEIRA, G. J.; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009, p. 303-322.

SILVA, A. L. S. Cidadania ativa, participação política e seus obstáculos. 9º Encontro Internacional de Política Social, Vitória (ES, Brasil), 13 a 15 de junho de 2023. *Anais...* Vitória: 2023, p. 01-10.

SILVA, M. P. *Cidadania ativa e governança sob a perspectiva do direito eleitoral comparado*. Orientador: Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda. 2022. 467 f. Tese (doutorado em Ciências Jurídico-Políticas). Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2022.

WWF-BRASIL. *Consulta pública e unidade de conservação*. São Paulo, 2010. Disponível em: https://d3nehc6yl9qzo4.cloudfront.net/downloads/consulta_publica_unid_conservacao.pdf Acesso em: 15 ago. 2024.

IGUALDADE COMO CONCEITO INDETERMINADO: DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS BENS CONSTITUCIONAIS POR LUIGI FERRAJOLI

Jair José Mariano Filho*

Rubens Beçak**

Matheus Conde Pires***

RESUMO

Trata-se de uma revisão bibliográfica não sistemática e integrativa que tem como objetivo apresentar, em primeiro lugar, alguns conceitos sobre igualdade a partir de diversas perspectivas das ciências sociais. Em seguida, busca-se explorar o capítulo oitavo do “Manifesto pela igualdade”, onde o autor propõe a transcendência dos direitos fundamentais em direção aos chamados “bens constitucionais”. Por fim, procurou-se identificar um consenso mínimo sobre a ideia de igualdade com teóricos contemporâneos, especialmente em relação à sua aplicação no mundo real, com o intuito de reduzir desigualdades e garantir um maior acesso aos bens essenciais para aqueles em situação de vulnerabilidade. O trabalho concluiu que o conceito de igualdade proposto por Ferrajoli, amplamente discutido por vários teóricos, embora não possa ser atribuído como pioneiro, apresenta uma contribuição importante, especialmente para o campo do Direito. Além disso, foi observado que a igualdade é um conceito indeterminado, sujeito a interpretações variadas e influenciado por diversas correntes ideológicas nas ciências sociais. No entanto, também se destaca que, mesmo sendo indeterminado, busca-se através de abordagens heterogêneas proporcionar igualdade de oportunidades para indivíduos que são completamente diferentes entre si. Vislumbra-se, portanto, uma abertura diante das dificuldades em sedimentar um conceito unívoco da igualdade. Trata-se de uma pesquisa desenvolvida mediante revisão bibliográfica e raciocínio hipotético dedutivo, a fim de identificar os óbices à formulação de um conceito de igualdade.

Palavras-chave: conflitos principiológicos; ponderação; hermenêutica constitucional.

Data de submissão: 02/03/2024

Data de aprovação: 20/05/2024

* Doutorando em Direito pela UNESP.

** Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP. Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais do campus de Franca da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP.

*** Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP (2022/06215-8).

EQUALITY AS AN UNDETERMINED CONCEPT: FROM THE ESSENTIAL CONTENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO CONSTITUTIONAL MATERIAL GOODS BY LUIGI FERRAJOLI

Jair José Mariano Filho
Rubens Beçak
Matheus Conde Pires

ABSTRACT

This is a non-systematic and integrative bibliographical review that aims to present, firstly, some concepts about equality from different perspectives of the social sciences. Next, we seek to explore the eighth chapter of the “Manifest for equality”, where the author proposes the transcendence of fundamental rights towards the so-called “constitutional goods (or assents)”. Finally, we tried to identify a minimum consensus on the idea of equality with contemporary theorists, especially in relation to its application in the real world, with the aim of reducing inequalities and guaranteeing greater access to essential goods for those in vulnerable situations. The work concluded that the concept of equality proposed by Ferrajoli has already been widely discussed by several theorists, and although it cannot be attributed as a pioneer, it presents an important contribution, especially to the field of Law. Furthermore, it was observed that equality is an indeterminate concept, subject to varied interpretations and influenced by diverse ideological currents in the social sciences. However, it is also highlighted that, even though it is indeterminate, it is sought through heterogeneous approaches to provide equal opportunities for individuals who are completely different from each other. This is an opening in the face of the difficulties in establishing a univocal concept of equality. This is research developed through bibliographical review and hypothetical deductive reasoning, in order to identify obstacles to the formulation of a concept of equality.

Keywords: principle conflicts; weighting; constitucional hermeneutics.

Date of submission: 02/03/2024

Date of approval: 20/04/2024

INTRODUÇÃO

A busca pela igualdade não encontra um conceito único e determinado, passando ao longo da história a ser interpretado de diversas formas por teóricos das mais variadas correntes ideológicas e de seguimentos distintos das ciências sociais. Essa indeterminação conceitual nas ciências sociais reflete diretamente em sua aplicabilidade no mundo real, essencialmente no que diz respeito ao princípio jurídico “direito à igualdade” disposto em praticamente todo o direito constitucional contemporâneo e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Alguns termos como “igualdade material”, “igualdade formal”, “cidadania” e ou “equidade” acabam servindo de sinônimo, ainda que também conceitualmente indeterminados, para justificar o “direito à igualdade”. Em uma leitura simples do termo jurídico é possível cair na tentação de se dizer que direito à igualdade é o mesmo que rule of law, isso é, aplicar indiscriminadamente a lei a todos sem nenhuma diferença de interpretação, mas infelizmente sua leitura simplificada acaba por proporcionar mais dificuldade na aplicação do princípio, diante do surgimento de outros questionamentos (e.g): “como considerar que dois casos são realmente idênticos?”, “aplicar a lei igualmente para indivíduos distintos privilegia um deles?”, “se sim, como esse privilégio acontece?”, “se não, para que um dos indivíduos busca na judicatória esse direito?”, além de outras inúmeras questões filosóficas (e até práticas) que podem ser levantadas pela perspectiva sociológica, histórica, econômica e política.

Um bom exemplo para o aprofundamento do respectivo debate ocorre no livro “Manifesto pela igualdade”, publicado entre 2018 e 2021 em italiano e espanhol, mas ainda não editado no Brasil. Nele Luigi Ferrajoli desenvolve com mais profundidade e complexidade sua interpretação sobre igualdade, que inicialmente foi desenhada em “Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana”, sobretudo abordando com um olhar na aplicabilidade concreta do direito à igualdade. No livro o autor apresenta conceitos, conflitos e propostas concretas sobre igualdade, buscando traçar novos horizontes ao conceito na aplicabilidade do direito (Ferrajoli, 2014).

O livro divide-se em oito capítulos que vão da origem conceitual do princípio da igualdade até bens fundamentais/legais, propondo o que se chama de “constitucionalismo do futuro”, transcendendo a ideia de direitos fundamentais abstratos para adentrar ao conceito de bens ou objetos fundamentais concretos, que inicialmente foram tratados em “Poderes Selvagens” (Ferrajoli, 2014), mas que careciam que aprofundamento acadêmico. O intuito do presente artigo é apresentar parte do conteúdo do livro de Luigi Ferrajoli no Brasil, senão de forma pioneira, ao menos com maior densidade teórica ao conteúdo de bens constitucionais, bem como esclarecer se há convergência teórica com autor com outros autores modernos e contemporâneos, inclusive nacional.

Trata-se de revisão bibliográfica não sistemática e integrativa, onde se buscará apresentar num primeiro momento alguns conceitos sobre igualdade a partir de algumas óticas das ciências sociais; e num segundo momento apresentar o capítulo oitavo do “Manifesto pela igualdade”, onde autor propõe a transcendência dos direitos fundamentais para o que se denominou “bens constitucionais”, em outras palavras, os direitos fundamentais deixam a abstração, para se incorporarem

à um determinado bem concreto e palpável; e, por fim, apresentar teóricos contemporâneos, e.g. Alexy, Waldron e Rawls, bem como nacionais, Virgílio Afonso da Silva, que conseguem desenhar uma dinâmica transitória ao conceito dos direitos fundamentais, considerando o tempo e o local da interpretação da norma, e que podem apresentar convergências e divergências com a ideia desenvolvida por Ferrajoli, especialmente sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Por fim, busca na conclusão se é possível extrair um conteúdo mínimo de convergência sobre a ideia de igualdade, sobretudo na sua aplicabilidade no mundo real, sempre com intuito de diminuir as desigualdades e proporcionar maior acesso aos bens vitais para os hipossuficientes.

1 REVISITANDO OS CONCEITOS DE IGUALDADE

Buscando uma sistematização mínima na metodologia da revisão bibliográfica apresentar-se-á os conceitos na ordem cronológica que foram elaborados, sobretudo porque muitos são complementos ou contrapontos um para com outro, o que torna imprescindível esse seguimento metodológico.

A revolução burguesa alterou significativamente toda estrutura social, essencialmente no que concerne a discussão sobre a dominação social, alterando a estrutura monarquista e clerical e invertendo a estrutura dominante para as mãos dos burgueses, e a dominada para os proletariados, o que também proporcionou uma nova ótica sobre igualdade. Para a estrutura liberal o conceito de igualdade pode ser entendido em sua essência em uma relação entre indivíduos que é caracterizada pela ausência de diferenças relevantes. Em outras palavras, a igualdade implica que as pessoas são tratadas da mesma forma. Adam Smith argumenta que é uma ideia fundamental para a democracia e para a justiça social, sobretudo porque proporciona crescimento econômico difuso por toda a sociedade.

Ao contrário senso, Smith entende que a igualdade também é uma questão de justiça distributiva, em especial ao proporcionar recursos e oportunidades materiais difusamente. Assim, a seu ver, a igualdade deve ser entendida não apenas como uma questão de direitos individuais, mas também como uma questão de justiça social e econômica, reconhecendo, inclusive que, a busca pela igualdade pode entrar em conflito com outras considerações, como a liberdade individual ou a eficiência econômica, mas que esse conflito fomenta o desenvolvimento social e econômico (Smith, 1990, p. 38), pelo contrário, a igualdade deve ser compreendida como uma relação dinâmica entre os indivíduos e a sociedade, em consonância com a própria ideia de liberdade (Fleischacker, 1999, p. 71).

A igualdade deve ser construída através de um processo de interação entre pessoas, já que implica em uma relação recíproca em que cada indivíduo se reconhece mutuamente como um sujeito livre e igualmente capaz de agir. Isso significa que não se trata de status legal ou político, mas um processo contínuo de construção de relações de reconhecimento e respeito mútuo, estando intimamente ligada na dimensão da liberdade também, no momento os indivíduos só podem ser verdadeiramente livres se tiverem a oportunidade de agir de acordo com sua própria vontade, sem serem impedidos por obstáculos externos (Fleischacker, 2013).

Houve uma revolução no conceito de igualdade a partir da percepção marxista, a qual identifica ser inverossímil a aplicabilidade da igualdade e da liberdade no sistema capitalista, afirmando que as promessas da burguesia eram meras conjecturas para manter o sistema de dominação social. Sua concepção é diferente daquela defendida pelos liberais e democratas, que se concentram na igualdade formal perante a lei, não podendo ser alcançada em uma sociedade capitalista, na qual as desigualdades econômicas e sociais são amplamente mantidas pelo sistema de propriedade privada dos meios de produção, especialmente alterando atendimento de que o Estado é culpado de desigualdade, reconhecendo ao contrário, que a desigualdade ocorre essencialmente pelas relações particulares (Pereira, 2013).

Assim, o capitalismo seria responsável por gerar uma classe dominante e outra dominada, com a primeira controlando os meios de produção e a última sendo obrigada a vender sua força de trabalho para sobreviver, sobretudo criando um acúmulo de riqueza e cerceando uma distribuição dos bens imprescindíveis para manutenção da vida. A verdadeira igualdade só pode ser alcançada por meio da eliminação da propriedade privada e da criação de uma sociedade socialista, na qual todos os membros têm acesso aos meios de produção e as desigualdades econômicas e sociais são minimizadas (Pereira, 2013).

Já na segunda metade do século XX, e encerrando análise moderna do conceito de igualdade, Habermas defende a democracia deliberativa como um modelo teórico para promover a igualdade ao estabelecer espaços públicos inclusivos nos quais os cidadãos podem participar de debates racionais e influenciar as decisões coletivas. Ele enfatiza a importância da argumentação racional, do respeito mútuo e do entendimento intersubjetivo na busca de soluções políticas justas (Lubenow, 2010).

A igualdade é um princípio central que envolve não apenas igualdade de direitos, mas também igualdade de oportunidades, participação inclusiva e diálogo racional na esfera pública. Ele busca estabelecer uma base sólida para a democracia deliberativa, na qual os cidadãos possam se envolver em processos de tomada de decisão justos e igualitários. (Lubenow, 2010).

Não se desconsidera que os autores apresentados destoam profundamente em ideologias e posições políticas ou intelectuais, e inclusive podem apresentar divergências inconciliáveis, sobretudo no campo da política, no entanto é possível extrair um conteúdo mínimo de convergência entre eles quando o assunto é igualdade, essencialmente na imprescindibilidade de se criar ou desenhar instrumentos que consigam proporcionar uma igualdade real entre os desiguais.

Nessa esteira de convergência, Luigi Ferrajoli apresenta uma nova proposta, que é objeto deste trabalho, buscando transcender o princípio da igualdade instrumentalizando-o materialmente para que seja possível suprimir as desigualdades, sobretudo buscando proporcionar acesso aos bens vitais para manutenção mínima dos direitos fundamentais.

2 O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO E OS BENS CONSTITUCIONAIS POR LUIGI FERRAJOLI

Ferrajoli traz neste capítulo a ideia de que para o acesso universal aos direitos fundamentais, é imprescindível também o acesso aos bens vitais, denominando-os como “bens fundamentais ou constitucionais”. Em outras palavras, o autor transcende o conceito de direito fundamental abstrato, alocando-o em um bem essencial e vital para a manutenção mínima existencial (Ferrajoli, 2018, p. 150). Além disso, o autor divide os bens fundamentais em dois, sendo os primeiros denominados bens comuns, que são aqueles existentes em todo o planeta como oxigênio, meio ambiente, água e outros, e o segundo denominado de bens vitais, como medicamentos, alimentos, vestuário e outros elementos análogos. Por fim, excluído dos bens fundamentais, o autor também propõe o que chama de bens mortais, que são nocivos à própria existência humana, como armas nucleares, ou armas de extermínio em massa (Ferrajoli, 2018, p. 151).

Com isso, o autor tenta afastar alguns bens essenciais e comuns da lógica mercantil, alterando a ideia de meros objetos ou bens de troca, e transformando-os em insumos acessíveis e indispensáveis para todos, tal como a própria letra da norma.

Se a princípio a Teoria dos Direitos Fundamentais impõe um conteúdo mínimo e essencial para a efetivação de um determinado direito, Ferrajoli indica em entrelinhas que esse conteúdo pode ser transitório a depender do bem concreto necessário para efetivar o direito em questão, assim, é possível que a essencialidade de um determinado bem fundamental seja transitória a depender da realidade vivida por uma região ou cultura.

Apesar de transpassar os três bens indicados, Ferrajoli foca nos bens vitais, considerando que dependem ativamente da atuação humana; se a princípio os bens comuns dependem apenas da preservação humana, uma vez que já existem na natureza independente de nossa vontade, os bens vitais são criados a partir da vontade humana, e isso faz diferença, pois subordina-se à ação positiva e passiva, concomitantemente, da sociedade. Assim, o ser humano deixa de ser coadjuvante no fornecimento de um meio ambiente adequado para vida, para transformar-se em verdadeiro protagonista.

Os bens vitais e mortais são construções do ser humano, de forma que no mundo globalizado e capitalista estão cada vez mais tornando-se centrais na interação humana. Seja para fazer o bem, seja para fazer o mal, são tratados como mercadorias e não como direitos. Diante disso, o autor propõe repensar na estrutura jurídica do Estado, a fim de dar mais foco nas necessidades reais, e não apenas em conceitos abstratos. Diante disto, com a provocação “Devemos nos perguntar hoje, na presença das mudanças que ocorreram na relação entre homem e natureza, se a linguagem dos direitos, embora fundamental, é suficiente para assegurar uma garantia adequada a todas as necessidades vitais” (Ferrajoli, 2018, p. 156). autor coloca em discussão se a positivação abstrata dos direitos é suficiente para manutenção razoável e digna da vida.

Não deixa de reconhecer a importância dos direitos positivos, contudo, indica que abstrativizá-los pode dificultar sua aplicação na prática. Torna-se, portanto, imprescindível buscar quais bens são essenciais, em determinado tempo

e local, para efetivar o direito positivado (Ferrajoli, 2018, p. 158) até porque a norma positivada pode ser interpretada de diversas formas, a fim de privilegiar uma elite, ao invés de impulsionar a igualdade material (Ferrajoli, 2014, p.34).

Com essa visão, a evolução do mundo trouxe mais benefícios do que malefícios, especialmente a partir da possibilidade da cura de doenças, medicamentos mais eficazes, maior qualidade no saneamento básico, utilizando os bens artificiais criados pelos humanos. Entretanto, criou-se uma dependência sobre os respectivos bens, chegando ao ponto de que “sobreviver hoje, como já foi dito, não é mais apenas um fato natural, mas também é um fato artificial e social” (Ferrajoli, 2018, p. 160).

Com essa dependência material criou-se também maior dificuldade de buscar uma certa igualdade, uma vez que os bens (antes naturais e gratuitos da própria terra), tornaram-se artificiais e mercadorias de troca, privando grande parte da sociedade no gozo mínimo da dignidade humana, assim, se antes o ser humano necessitava apenas um teto e uma porção de alimentos para uma vida minimamente digna, hoje a situação transcende às necessidades naturais; e medicamentos, vacinas e outros bens, são essenciais para manutenção digna da vida, até porque parte importante da vida, hoje, está nas interações sociais digitais.

Um dos caminhos indicados para superar essa dificuldade em acesso aos bens artificiais, mas essenciais, é olhar a omissão na distribuição desses bens como uma conduta criminosa (Ferrajoli, 2018, p. 160). Quando o Estado deliberadamente cerceia a população carente do acesso a determinados bens para satisfazer uma minoria - em particular os anseios espúrios do mercado financeiro - ele deve ser responsabilizado por essa omissão. Segundo o autor, não só na omissão, mas a ação deliberada também deve ser olhada como conduta criminosa por meio da ação positiva, especialmente sobre a destruição de bens vitais e naturais. A exploração natural e ambiental dos países ricos estão colocando em desvantagem países subdesenvolvidos, mais do que nas épocas coloniais (Ferrajoli, 2018, p. 161).

Se em épocas coloniais essa desvantagem e desigualdade tinha peso primordialmente econômico e cultural, diante da dominação de um país sobre uma determinada colônia, nos dias de hoje a dominação se mostra sutil, contudo, com maior eficácia, pois o impacto além de econômico e cultural, ocorre na própria natureza, causando transtornos climáticos, poluição e desertificação (Ferrajoli, 2018, p. 162) prejudicando mais os miseráveis do que os abastados. Essa dominação é mais sutil porque não decorre da força bruta, além do que é mais difícil de fiscalizar ou de se opor, haja vista que os bens comuns e naturais se encontram em todo o mundo, fazendo com que pareçam infinitos. Ferrajoli justifica que a visão equivocada de infinidade dos bens naturais ocorre por duas questões conceituais apresentadas por Adam Smith, “o valor de uso, consistente na ‘utilidade de qualquer objeto particular’ e o valor de troca, consistindo no ‘poder de comprar outros bens que a posse desse objeto confere”, (Ferrajoli, 2018, p. 163). Para o autor, os bens naturais e comuns têm grande valor de uso, uma vez que imprescindíveis para manutenção da vida, entretanto, têm pouco valor de troca, sendo assim seus benefícios mercantis são secundários, o que impulsiona menor zelo no seu manejo.

Entretanto, apesar de pouco valor de troca, os bens naturais e comuns se não preservados impulsionam a desigualdade social e econômica, especialmente

porque quem geralmente mais depende de tais bens são as classes economicamente desfavoráveis. Se um ambiente é destruído, quem detém poder econômico consegue migrar facilmente, por outro lado, quem não o detém acaba sofrendo as consequências desta destruição, ou mesmo é obrigado a migrar sem as mínimas condições de segurança. Apesar dessa destruição prejudicar mais as classes econômicas desfavoráveis, a devastação ambiental está crescendo de tal maneira que até mesmo as classes detentoras do poder estão sofrendo com isso, uma vez que os efeitos da devastação se encontram em níveis mundiais e de forma difusa. Já é possível verificar derretimento de calotas polares, aquecimento global, desertificação de áreas de cultivos, deslizamento de terras, e tantos outros desastres naturais como surtos de doenças contagiosas.

Por último, mas não menos importante, Ferrajoli traduz os malefícios coletivos dos bens mortais. Os respectivos bens são predominantemente as armas em duas categorias, armas nucleares ou de acesso restrito, ou armas com acesso facilitado para população civil. São três os grandes problemas dos bens mortais. Primeiro, como o próprio nome diz, eles são mortais e nocivos ao ser humano, ou mesmo ao meio ambiente. Segundo, são criados pelo próprio homem, assim sua restrição ou diminuição depende exclusivamente da boa vontade humana. Terceiro, são bens comercializados com altos lucros para parte da sociedade, de forma que suas restrições têm maior resistência do mercado financeiro. Os problemas foram adjetivados como “grandes”, porque a proporção de destruição dos bens mortais é incalculável, uma vez que podem encerrar qualquer forma de vida no mundo em poucas horas. Ferrajoli apresenta que atualmente há 10.000 ogivas nucleares no mundo, e que isso em mãos erradas pode erradicar a vida, não só humana, mas qualquer forma de vida (Ferrajoli, 2018, p. 164)

Mas não só as armas em massas colocam em risco a sociedade. Segundo o próprio Ferrajoli em 2012 foram 437.000 mortes com arma de fogo, sendo que esse número pode chegar em dois milhões considerando guerras, desavenças civis e outros litígios armados. Do respectivo número, 157 mil são mortes ocorridas nas Américas, ou seja, quase o triplo dos demais países de outros continentes (Ferrajoli, 2018, p. 165) Essa diferença é abismal “entre o número de homicídios por anos nos países onde as armas são mais difundidas e aqueles nos quais quase ninguém anda armado” (Ferrajoli, 2018, p. 165). Assim, ainda que não seja de eliminação em massa, as armas, que são bens mortais, impõe grandes violações aos direitos fundamentais e a manutenção de vida digna.

Apresentadas as considerações e os motivos que levam a classificação de cada tipo de bem, Ferrajoli inicia o manifesto por um constitucionalismo estendido aos bens fundamentais, ou seja, a ideia de transcender os direitos fundamentais abstratos para bens específicos, com o intuito de dar maior eficácia à norma constitucional. Esses bens são essenciais para a manutenção dos direitos fundamentais, por isso não podem ser negligenciados, daí, ao ver do autor, a necessidade de constitucionalização deles, com intuito de superar a ideia de objeto/mercadoria, para transcender como parte do próprio direito fundamental, a fim de afastar a dominação do mercado e da política sobre eles (Ferrajoli, 2018, p. 166). O direito servirá de intermediador da remoção do status de mercadoria para o status de bens indisponíveis, a partir da criação de normas complementares à Constituição Federal, assim, a norma constitucional continuará dispondo dos

direitos fundamentais em abstrato, e as normas complementares poderão dispor da indisponibilidade dos bens fundamentais (Ferrajoli, 2004).

Essa tensão ou conflito de interesses entre o sistema representado pelo mercado, bem como o mundo real representado pela população, pode ser ilustrada pela ideia de Habermas na Teoria do Agir Comunicativo, bem como no livro "Facticidade e validade". Habermas propõe uma racionalização do direito como instrumento de legitimação da dominação social exercida pelo "Sistema" perante ao "Mundo da Vida". "O direito é uma categoria de mediação social entre a facticidade e a validade" (Habermas, 2020, p. 33). A facticidade é a realidade das ações sociais, por outro lado, a validade é o instrumento que afiança as respectivas condutas.

É exatamente nesta esteira que Ferrajoli propõe a intermediação do direito entre a remoção do status de mercadoria dos bens necessários para manutenção digna da vida, e a transformação em bens como fundamentais, assim, o direito servirá como trajeto da mudança conceitual e real da característica dos bens essenciais, a partir da edição de normas complementares às normas constitucionais. Essa remoção é importante, pois a ideia de restrição aos direitos fundamentais ganha mais força entre particulares, isto é, a limitação de direitos fundamentais entre particular-particular pode ser muito maior do que entre particular-Estado, já que a própria ideia de contrato é de limitação de direito entre as partes¹.

A partir dessa transcendência de bens mercantis para bens constitucionais, Ferrajoli inicia sua defesa por um novo constitucionalismo, um constitucionalismo além do estado em suas palavras (Ferrajoli, 2018, p. 168) um constitucionalismo que consiga superar os desafios globais no âmbito da democracia, igualdade e direitos fundamentais, sem que isso inviabilize economicamente os países, e consiga diminuir a desigualdade ou ao menos conceder o mínimo para a população que está na linha ou abaixo da linha da pobreza.

Duas são as frentes desenvolvidas por Ferrajoli para esse novo constitucionalismo. A primeira, o foco na realidade e não apenas na norma, especialmente através da transcendência do status de bens essenciais como mera mercadoria, para bens constitucionais indisponíveis. A segunda, um constitucionalismo que consiga transpassar os limites territoriais, com a finalidade de emplacar os bens constitucionais por todo o planeta (Ferrajoli, 2018, p. 168)

Ferrajoli não ignora a dificuldade de se colocar em prática a ideia, entretanto, ressalta que não é impossível ou utópica, desde que racionalizada e programada. É preciso, ao ver do autor, criar um cronograma de implementação da proposta, inclusive com participação da elite intelectual e econômica, criando convergências e consensos. Assim, Ferrajoli indica que esse novo olhar para os direitos fundamentais, tem como principal objetivo viabilizar a eficácia, ainda que mínima, dos princípios e das normas constitucionais.

¹A partir dessa constatação, se seguirmos o que a doutrina costuma atribuir como características dos direitos fundamentais – inalienabilidade, inegociabilidade etc -, quase todo tipo de relação contratual que tenha como consequência uma limitação a direitos fundamentais deveriam ser nulas" (...) "as mencionadas características dos direitos fundamentais, que a doutrina defende quase sem variações, pressupõe, a meu ver, que os efeitos dos direitos fundamentais limitam-se às relações verticais entre Estado e indivíduos" (Silva, 2011, p. 51).

3 O DEBATE CONTEMPORÂNEO COM CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS: O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da dinâmica litigiosa que naturalmente o direito traz, não seria diferente quando se trata de direitos fundamentais, aliás não é difícil encontrar coalização entre os próprios direitos fundamentais. Alexy não discorda disto, e indica que até mesmo quando se fala em direitos fundamentais é possível abordar restrições de eficácia, de forma que “o conceito de restrição a um direito parecer familiar e não problemático” (Alexy, 2017, p. 276). A questão posta pelo autor não é se é possível falar em restrição dos direitos fundamentais, mas quando e como essa restrição ocorre. Em outras palavras, o autor indica que é preciso esclarecer conceitos sobre restrições, bem como suas extensões. Nesse sentido, embora possível a restrição de determinado direito fundamental, é preciso entender se esta limitação imposta não o inviabiliza por completo.

Quando se fala em restrição de direitos fundamentais, está-se falando em uma fricção entre o que a norma diz, e o que a realidade impõe. Ou seja, a norma impõe uma eficácia sobre um determinado direito fundamental, enquanto a realidade impõe uma necessidade dessa eficácia ser lida com uma certa limitação (Silva, 2014, p. 451-452). Apesar disso, Alexy propõe que “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter natureza de uma intervenção, mas não de restrição” (Alexy, 2017, p. 281). Assim, não é possível a edição de uma norma limitadora dos direitos fundamentais, sem que essa norma seja compatível com a constituição, e mais, sem que ela não tenha o mínimo de convergência com o conteúdo da norma constitucional.

Além de verificar compatibilidade e constitucionalidade da norma que impõe a restrição, também é necessário buscar qual a natureza da respectiva norma, isto é, por qual motivo ela fora criada, e também qual o rito que proporcionou sua criação. Para o autor há normas que são criadas exatamente para regulamentar ou restringir um direito fundamental positivado na Constituição Federal. Como Alexy narra sua teoria a partir da Constituição Alemã, é preciso abrir um adequar seu conceito à realidade brasileira.

Alexy entende então que apenas normas autorizadas a criar restrição, tal como a complementar no caso do Brasil, podem apresentar conteúdos que restrinjam os direitos fundamentais, sem que isso, no entanto, implique em total inocuidade do direito fundamental (Alexy, 2017, p. 282). Mas não só regras podem ser limitadas, apesar de clara distinção entre norma e princípio. Alexy entende ser possível restringir princípio implícito no direito fundamental, “princípios também podem ser restrições a direitos fundamentais” (Alexy, 2017, p. 284), apesar de que nesse caso a restrição é mais contida, e só pode ocorrer a partir de outros princípios norteadores de outros direitos fundamentais, e não mais por norma infraconstitucional.

Sendo assim, o autor cria duas formas de impor restrições aos direitos fundamentais. A primeira, restrições diretamente constitucionais. A segunda, restrições indiretamente constitucionais. As restrições diretamente constitucionais são aquelas dispostas no próprio texto da Constituição Federal, e ocorre quando

um próprio dispositivo impõe a restrição ou uma condicionante para eficácia do disposto na norma, a exemplo o artigo 5º, XI da Constituição Federal Brasileira, no qual se dispõe inviolabilidade da casa, contudo, salvaguarda a possibilidade em caso de flagrante delito, desastre e prestação de socorro (Brasil, 1988).

Alexy ainda faz um comentário de que as restrições contidas no próprio texto constitucional, podem não ser tratadas como restrições propriamente ditas, mas sim como limitações de eficácia do próprio direito estipulado; em palavras mais simples, é como se a eficácia do direito tivesse uma determinada imunidade à condicionante estabelecida no texto constitucional. Explica o autor, que para parte da doutrina da teoria interna, não se estaria falando exatamente em restrições dos direitos fundamentais, porque o direito não existe, já que a condicionante impõe uma imunidade na eficácia (Alexy, 2017, p. 287).

Já as restrições indiretamente constitucionais são aquelas dispostas em lei infraconstitucional, mas que a própria Constituição Federal autoriza implicitamente a criação de tais restrições (Alexy, 2017, p. 292). Isso ocorre quando não há no texto constitucional um esclarecimento sobre a extensão da limitação, mas o texto dispõe que a situação será disciplinada posteriormente em lei. A exemplo disso, novamente se menciona a imunidade tributária disposta na Constituição Federal Brasileira. A Constituição Federal não dispõe os requisitos para gozo da imunidade tributária, entretanto, deixa expresso que haverá requisitos, ou seja, restrições ao gozo da imunidade, e que essa questão será disciplinada por lei futura. São limitações que a Constituição Federal autoriza, e a expressão mais clara é a reserva de competência, ou seja, ocorrem quando o texto constitucional dirige à lei complementar o dever de disciplinar a matéria, ou seja, apesar da norma constitucional não mencionar expressamente qual será a restrição daquele direito, ela indica que haverá restrição ou mesmo pressupostos para sua aplicabilidade, mas impõe essa criação para normas infraconstitucionais.

Realizadas essas considerações introdutórias sobre as restrições dos direitos fundamentais, deve-se adentrar a ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, já que o foco deste artigo é apresentar convergência entre o desenvolvimento teórico de Ferrajoli perante o conteúdo essencial dos direitos fundamentais desenvolvido por Alexy e Virgilio Afonso da Silva. Alexy reconhece, como dito, a possibilidade de restrições dos direitos fundamentais, contudo, estabelece que não é possível restringir o direito fundamental a ponto de colocá-lo em total dormência, assim, não é possível restringir integralmente sua eficácia com intuito de inutilizá-lo, criando assim o que caracteriza como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. É como se cada direito fundamental tivesse uma centelha mínima de observância, sob pena de o inviabilizar por completo. A dinâmica desta centelha tem como base criar restrição perante as restrições dos direitos fundamentais (Alexy, 2017, p. 295), assim, ainda que seja possível a restrição de um determinado direito fundamental, não é possível neutralizar sua eficácia completamente.

Alexy (2017, p. 295) explica que “é possível sistematizar as teorias acerca do conteúdo essencial por meio da utilização de dois pares conceituais”: a teoria subjetiva/objetiva ou absoluto/relativo. O primeiro par de teoria desenvolve que o conteúdo essencial se relaciona a uma situação subjetiva ou uma situação objetiva da norma constitucional. Já o segundo par desenvolve que o conteúdo

essencial pode ser interpretado em sentido absoluto ou em sentido relativo (Alexy, 2017, p. 296).

Virgílio Afonso da Silva desenvolve as teorias acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais de forma mais interessante para este artigo; primeiro porque apresenta debate e expansão do pensamento do Alexy; segundo porque conhece a realidade brasileira, assim sendo, tem maior compatibilidade com a jurisdição constitucional do país. Como dito também por Alexy, Silva reconhece a existência de diversas teorias sobre o conteúdo essencial, mas além disso, também esclarece que não é possível analisá-las isoladamente, e muito menos escolher uma única teoria como a correta. A ideia de conteúdo essencial é complexa e demanda uma análise abrangente, a fim de entender a dinâmica da eficácia dos direitos fundamentais (Silva, 2017, p. 183).

Como neste artigo não se está buscando analisar criticamente o conteúdo essencial, mas somente apresentá-lo, com intuito de demonstrar uma mínima convergência com a proposta de Ferrajoli de transcender os direitos fundamentais para um objeto ou bem essencial, restringir-se-á o verbete na apresentação das teorias e ao final na compatibilidade, ainda que mínima e incipiente, entre as duas teorias. Virgílio Afonso da Silva desenvolve que o ponto de partida para entender o conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ocorrer sob duas dimensões, sendo elas a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva. A análise do conteúdo essencial a partir da dimensão objetiva pressupõe que ele deve ser definido com base na vida social, “isso significaria dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implicaria proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles” (Silva, 2017, p. 185). Assim, a norma positivada não é o foco, e sim a realidade social em que a norma será interpretada.

Esse enfoque dimensional entra em total convergência com a proposta de Ferrajoli, já que impõe a necessidade de observar, na prática, a eficácia e eficiência dos direitos fundamentais, isto é, não é possível afastar integralmente um bem essencial para manutenção digna da vida, sob pena de inviabilizar integralmente o direito fundamental, e tornar a norma constitucional letra morta. Por outro lado, a análise do conteúdo essencial a partir da dimensão subjetiva pressupõe que, não apenas na vida social, mas também como indivíduo se garanta o mínimo ou a centelha do conteúdo essencial de um determinado direito fundamental. Ainda que se fale em momentos extremos como guerra, há de se reservar o mínimo do conteúdo essencial para cada indivíduo (Silva, 2017, p. 186 - 187).

Ferrajoli também entende que a necessidade de bens essenciais pode variar de acordo com tempo e regionalidade, sendo assim, é preciso analisar o caso ou o indivíduo concreto, para identificar qual a extensão da eficácia dos direitos fundamentais é necessária para garantir um conteúdo mínimo de determinado direito. A par da dimensão, é possível dividir o conteúdo essencial em absoluto e em relativo, além disso, cada uma das divisões têm outras subdivisões. O conteúdo essencial absoluto é abarcado por todas as teorias e dimensões em que a matéria é discutida, e pressupõe a ideia principal de um núcleo ou centelha no direito fundamental, que é intransponível, em palavras mais simples, é o conteúdo essencial propriamente dito, a garantia da observância mínima do sentido que um determinado direito fundamental tem (Silva, 2017, p. 187).

Silva ressalta que essa análise do conteúdo essencial absoluto cria uma dificuldade de identificar o que está dentro do núcleo, e o que está fora da essência de um determinado direito fundamental, assim outras subdivisões começaram a ser desenhadas. Também se fala em conteúdo essencial absoluto-dinâmico, que se aproxima mais da proposta de Ferrajoli. Esse conceito pressupõe a alteração do núcleo essencial do direito fundamental através do tempo, isto é, a dilação temporal pode alterar o que é e o que não é essencial sobre um determinado direito fundamental.

Isso ocorre porque a dinâmica da norma não acompanha a dinâmica da vida real, assim, situações emergenciais ou essenciais no presente podem ser prescindíveis no futuro, assim, o conteúdo essencial é absoluto, mas também dinâmico. Como dito, aproxima-se de Ferrajoli esse conceito, uma vez que os bens fundamentais podem ser essenciais no presente, mas futuramente podem não ter essa essencialidade, tornando-se prescindíveis, desta forma, cria-se uma dinâmica temporal acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Por outro lado, também há autores que defendam a ideia de conteúdo essencial absoluto-estático, que pressupõe imutabilidade do conteúdo essencial, ou seja, defende a ideia de um cerne, centelha ou mesmo núcleo fixo de um determinado direito fundamento, entretanto, defende que esse núcleo é elástico e pode expandir ou diminuir conforme a interpretação do momento em que a norma está sendo aplicada (Silva, 2017, p. 189).

Mas para que essa interpretação prevaleça, há uma certa limitação do que é o conteúdo essencial, a ver dos autores que defendem esse conceito, não é possível impor qualquer conteúdo como essencial, absoluto e estático, já que seria impossível, considerando a dinâmica da vida real. A questão posta é que o conteúdo essencial, absoluto e estático é aquele que o tempo demonstrar como intangível pela realidade social, ou por qualquer vontade política, isto é, aquilo que se desenvolve com o passar dos anos e não muda, independente do momento em que se está interpretando a norma constitucional (Silva, 2017, p. 190).

Por fim, tem-se parte dos autores defendendo o conceito de conteúdo essencial relativo. Se opõe aos conceitos absolutos, e entende que o conteúdo essencial não é fixo e muito menos imutável, é preciso buscar a essencialidade da aplicabilidade da norma a partir do momento e das situações fáticas do caso concreto, além do que é preciso analisar as coalisões envolvendo o caso (Silva, 2017, p. 196). Essa relatividade impõe que o conteúdo essencial seja subordinado à regra da proporcionalidade, onde o intérprete da norma irá, a partir da dinâmica do caso concreto, extrair o que é conteúdo essencial, ou o que pode ser restringindo (Silva, 2017, p. 197).

Além disso, é exatamente o grau de coalisão entre os direitos fundamentais que vai determinar o conteúdo essencial, é possível que um direito fundamental seja dispensável em um caso concreto hipotético, porque outro direito fundamental foi aplicado, entretanto, em outro caso concreto hipotético pode ser que o mesmo direito fundamental dispensável para outro caso, seja essencial e imprescindível, desta forma, não há como sedimentar o conceito de conteúdo essencial, sem adentrar às minúcias de cada caso (Silva, 2017, p. 198 - 200).

A ideia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais que se manifeste concretamente em meio às relações sociais, se baseia no pressuposto

de que existe um sentido mínimo intransponível daquilo que se concebe como fundamental. Dessa forma, seria necessário um fundamento imune a eventuais dissensos, como algo ligado à essência humana e fosse capaz de transcender as dinâmicas sociais. Em outras palavras, seria necessário um fundamento plenamente estável, imune a qualquer mudança ao longo do tempo, ou seja, um consenso absoluto.

Diante disto, Jeremy Waldron (2009; 2006) apresenta um posicionamento cético em relação a esta percepção, pois para ele direitos derivam de decisões políticas e são permeados constantemente pelo dissenso. A premissa central em seu pensamento é a de que desacordos derivam da pluralidade e diversidade social, é relativa à percepção particular de cada sujeito (Lima, 2018, p. 11-12). Não se trata apenas de relacionar os direitos ao contexto social em que se insere, mas compreender os direitos como resultados de construções políticas sedimentadas ao longo do tempo. Dessa forma, pode-se pensar a Constituição e a própria ideia de direitos humanos e fundamentais como resultantes de consensos precários, instáveis e contingentes.

Em a Dignidade da Legislação, Waldron (1999, 63-103) expõe o fato de atrelarmos rotineiramente a ideia de justiça às decisões judiciais, e não ao parlamento, sendo que isto se deve à ausência de teorias que deem atenção à teoria da democracia e à teoria da legislação popular. O que ocorre na prática é um deslocamento de soberania, no qual os tribunais indicam o que seriam os verdadeiros significados dos direitos humanos e fundamentais e se comportam como se estivessem implementando um programa social por meio de suas sucessivas decisões. Contudo, o papel das Cortes e do judiciário de forma geral, seria de apenas coibir eventuais abusos particulares, visto que o estabelecimento de programas e políticas é de incumbência dos órgãos representativos (Waldron, 2021, p. 102).

Tradicionalmente, quando se pensa na democracia, a primeira reflexão que surge é “como se pode prevenir que a democracia se degenere em uma tirania da maioria?” ou “que instrumentos estão disponíveis, que movimentos podem ser feitos para restringir os excessos tirânicos àqueles que atentam à democracia?” (Waldron, 2018, p. 40). No entanto, tais questionamentos partem do pressuposto de um determinado paradigma, o da democracia liberal, como se ela fosse a única e exclusiva possibilidade de manifestação democrática. Isto pois, só se é possível pensar na proteção de algo, quando a sua identidade está em risco, quando sua constituição está sendo ameaçada.

Este paradigma é sedimentado em especial com a Independência Estadunidense e com a Revolução Francesa. Ambos os episódios limitam a potência revolucionária a manifestações esporádicas, tendo a representação como o canal principal, senão o único. A representação se apresenta, portanto, como um filtro que depura o espírito público e marginaliza a participação popular direta. O povo soberano é aprisionado ao passado após o estabelecimento do texto sagrado de uma constituição (Costa, 2011, p. 223). Se o parlamento já oferece uma restrição à potência democrática, fato é que quando o Judiciário possui a última palavra em relação aos signos constitucionais essa limitação fica ainda mais enfática.

É justamente isso que Waldron aponta, buscando resgatar a dignidade da legislação. Ao indicar que o direito deriva de decisões políticas (Waldron, 1999, p. 02), o que se está colocando em discussão é a ausência de princípios éticos e

morais transcendentais que imponham determinadas decisões. Trata-se de ressaltar o caráter contingente do espaço político e a indecidibilidade a respeito da essência dos direitos fundamentais e da própria existência humana. Isso não significa negar a importância de tais ideais ou associá-los a um relativismo incontornável, mas sim indicar que estes fundamentos derivam de contextos históricos e sociais. Dessa forma, não são ligados a algo que transcenda as dinâmicas entre os seres humanos, mas sim à contingência de suas respectivas existências.

É por esta razão que esse aporte epistemológico se distancia de compreensões análogas às de Habermas (1997, p. 19), que compreende a democracia como o resultado de “um nexos interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos”. Aqui, a democracia é vista como um consenso racional, de forma que eventuais dissidências fossem resultantes da mera ausência de acesso à informação necessária para decidir. Em outras palavras, pressupõe-se a existência de uma resposta certa, racional e que eventuais dissensos derivam da falta de um ambiente propício para o estabelecimento do diálogo.

A Teoria do Discurso da Escola de Essex demonstra uma maior complexidade do espaço político e oportuniza um aprofundamento na problemática de se pensar a universalidade. Essa tradição de pensamento foi inaugurada por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2015), com a intenção de organizar uma teoria da política como ontologia do social, de forma que fosse possível compreender o espaço político como um terreno permeado pela disputa de identidades (Gomes, 2017, p. 135). Discurso envolve aspectos linguísticos e não linguísticos (Rodrigues; Mendonça, 2008, p. 6), estabelecendo um processo de representação com o real (Burity, 2008, p. 38-41). Por meio desta perspectiva, compreende-se que o universal é irrepresentável em sua totalidade, de forma que quando se está diante de uma ideia que se apresenta como totalizante, na realidade se contempla uma particularidade dominante (Laclau, 2011, p. 54). Se o universal fosse transparente em si mesmo, não seria necessária qualquer forma de representação. Mais do que isso, se o universal pudesse ser contemplado plenamente, poder-se-ia estar diante da plena essência humana.

Dessa forma, a ideia de direitos humanos e universais seria resultante de uma construção político-social, ao contrário de um descortinamento, tal qual o “véu da ignorância” de John Rawls (2016). Esta concepção carrega necessariamente a ideia de totalização, de uma aparente concepção da essência humana, como se fosse possível falar em direitos universais com a mesma concepção em todo em qualquer lugar com as mais variadas diferenças culturais. É possível perceber, conforme visto anteriormente que os autores defensores desta tradição de pensamento tentam relacionar a universalidade dos direitos com os contextos em que os mesmos se inserem. No entanto, há uma tensão irresolúvel nessa tratativa, na qual ou a ideia de universal deve fazer alguma concessão ou a particularidade de cada cultura deve ser subjugada em prol da defesa dessa universalidade concebida. A partir daí as questões que ficam são: i) a concessão será feita em que direção?; ii) qual o limite se está disposto para essas concessões?

A princípio, a ideia de tentar estabelecer uma dinâmica entre direitos universais e as especificidades sociais de cada localidade parece indicar uma

tentativa de concessão às particularidades, no entanto o grau dessas concessões não demonstra ser de grande relevo. Isto pois, o centro desta perspectiva é a garantia de direitos concebidos em um sentido de essencialidade, ou seja, mínimos éticos intransponíveis. Essas garantias e direitos transcendentais são vistos como as bases fundamentais da democracia, de modo que se marginaliza a participação popular sob a justificativa de preservá-la. É justamente este o paradoxo, marginaliza a atuação do povo soberano, sob a justificativa de evitar uma autofagia. Na prática, com a desigualdade estabelecida ao longo do tempo, a “sala de máquinas”, é ocupada apenas por aqueles que possuem posições sociais de destaque (Gargarella, 2016, p. 54).

A legitimidade da Constituição, que por sua vez assegura a previsão dos direitos fundamentais, decorre do próprio povo em uma realidade concreta (Bercovici, 2004, p. 23). Não obstante, há uma inversão, na qual a Constituição é vista como uma “garantia contra o povo” (Rousseau, 2018, p. 231). O que se faz é resumir a democracia às instituições e representantes que decidem em nome do povo. Ocorre que com esta marginalização, quando houver uma dissonância entre a interpretação em relação aos direitos humanos e fundamentais e os interesses sociais, o povo só poderá se manifestar diretamente por meio de mecanismos não constitucionais, em um movimento disruptivo.

Não se trata de negar os direitos humanos e fundamentais, mas sim de ressaltar que estes resultam de uma construção político-social e são, portanto, permeados pelas contingências e contextos sociais. Isso importa em um debate não estritamente acadêmico em relação à essência dos direitos humanos, significa a necessidade de uma atuação coletiva em prol de uma elaboração participativa e legítima, do ponto de vista democrático.

Trata-se de realçar o elemento humano da construção dos direitos e não simplesmente estabelecer imposições transcendentais ligadas a algo que se concebe como essência da própria humanidade. Essa percepção também contribui para a compreensão das dificuldades encontradas ao se deparar com a ausência da devida implementação de condenações internacionais, como por exemplo no caso da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Isto pois, o trato dominante da temática se apresenta de forma impositiva, como se a ideia de direitos humanos e fundamentais fosse impermeável ao dissenso.

Cabe ressaltar que a ideia de direitos universais carrega necessariamente um sentido totalizante, como se a essência humana fosse plenamente transparente e capaz de indicar aos observadores princípios mínimos que não podem ser prejudicados. Quando se acredita que estas construções sociais decorrem da essência humana, qualquer dissenso é visto como um inimigo a ser combatido, como algo a ser extirpado da sociedade. Ocorre que as discordâncias potenciais em torno do que é, ou não, um direito ligado à própria ideia de humanidade é justamente o que permite o desenvolvimento da democracia. Se houvesse uma resposta plenamente dada, não haveria espaço político (Laclau, 2011, p. 66; Laclau, 2018, p. 246), pois as disputas seriam decorrentes de um mero desconhecimento da realidade, da essência do homem. A democracia não teria espaço, os indivíduos deveriam apenas implementar os princípios que emanam do conteúdo essencial dos direitos humanos. A tecnocracia, em busca de coibir uma possível autofagia,

colocaria fim ao espaço democrático. A sociedade apenas gerenciaria os conflitos daqueles que se apresentassem em dissonância daquilo que é concebido como inerente a cada ser e o judiciário seria o responsável por ter a última palavra sobre direitos, como se fossem os verdadeiros intérpretes da essência humana.

Assim, pode-se dizer que a abertura oferecida pelos autores apresentados nos capítulos anteriores para considerar elementos temporais, regionais e transitórios ao buscar identificar o conteúdo essencial dos direitos humanos indica justamente a dificuldade de se totalizar o espaço político por meio de direitos transcendentais. Isso não decorre apenas da dificuldade de se implementar uma decisão em razão de eventuais resistências de grupos dissonantes, mas sim do problema teórico, colocado neste último capítulo, da relação entre particular e universal. Estas aberturas se manifestam como válvulas de escape, ao se decidir um processo, para atenuar as tensões entre o que se concebe como universal e as particularidades encontradas em dissonância.

CONCLUSÃO

A revisão bibliográfica concluiu que embora os autores apresentados possuam diferenças significativas em termos de ideologias, posições políticas e intelectuais, e até mesmo discordâncias inconciliáveis, especialmente no campo da política, ainda é possível identificar um ponto mínimo de convergência entre eles quando se trata de igualdade. Essencialmente, todos eles concordam com a importância de desenvolver ou estabelecer mecanismos que possam garantir uma igualdade genuína entre indivíduos desiguais.

A proposta de Ferrajoli caminha no mesmo sentido ao transcender os direitos fundamentais e as normas constitucionais para um determinado bem ou bens, através da constitucionalização do objeto diante da sua essencialidade para manutenção digna da vida, encontra uma convergência mínima e justificação teórica a partir do conteúdo essencial dos direitos fundamentais desenvolvido por Alexy na Alemanha e Silva no Brasil.

Essa convergência não é absoluta, pois como dito anteriormente, não se trata da teoria acerca do conteúdo essencial, mas sim das teorias, portanto, essa pluralidade de ideias sobre o tema não converge integralmente com o desenvolvido por Ferrajoli, contudo, em diversos momentos é possível identificar similaridade entre as propostas. Analisando com mais minúcias a proposta, ela se encaixa melhor na proposta do conteúdo absoluto-dinâmico, bem como na proposta relativista, uma vez que a dinâmica da essencialidade dos bens constitucionais pode alterar conforme a interpretação, o tempo e o local;

Por outro lado, é possível identificar em algumas questões teóricas total divergência entre as propostas, especialmente quando se trata do conteúdo absoluto-estático, neste caso, não há uma convergência mínima entre Ferrajoli, Alexy e Silva, mas isso não impede que se entenda um diálogo favorável entre os autores. Primeiro, porque como dito, Ferrajoli se encaixa na interpretação do conteúdo absoluto-dinâmico e relativista. Segundo, porque, como dito por Silva, não se trata de escolher um ao outro conceito, e nem mesmo de qualifica-los como melhores ou piores, mas sim de entender a proposta do tema como um todo.

Desta forma, ainda que muito não se encontre de Ferrajoli em diversos conceitos debatidos por Alexy e Silva, é possível sim encontrar algum consenso e convergência, bem como dizer, com certa precaução, que os bens constitucionais defendidos por Ferrajoli, podem fazer parte da ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, especialmente se o bem for imprescindível socialmente, ou mesmo se for a única forma de preservar o mínimo de aplicabilidade de um determinado direito fundamental.

Também há de se observar que a proposta de Ferrajoli vai um pouco além das propostas defendidas por Alexy e Silva em dois aspectos. Primeiro, porque no caso de Ferrajoli o debate avança para bens específicos e expressos, enquanto para Alexy e Silva o debate é exclusivamente teórico. Segundo, porque enquanto os dois últimos propõem uma dinâmica temporal do conteúdo essencial, Ferrajoli propõe um dinâmica temporal, regional e até transitória, já que a essencialidade dos bens fundamentais depende de muitos fatores factuais. Questionou-se também os pressupostos teóricos para se pensar em direitos universais, a partir de Jeremy Waldron e um aporte teórico pós-estruturalista. Diante disso, notou-se que o desenvolvimento de Ferrajoli ao buscar considerar fatores factuais para a identificação da essencialidade dos bens fundamentais, busca na realidade amenizar a tensão entre a ideia de direitos universais e valores partilhados de forma plural pela comunidade. Nota-se um movimento semelhante em relação a Alexy e Silva, contudo, de forma um pouco mais branda.

Com isso é possível concluir que o conceito de igualdade por Ferrajoli já foi amplamente discutido por inúmeros teóricos, e muito embora não seja possível definir como pioneiro, apresentar um aprofundamento importante essencialmente para o Direito, pois busca, antes de mais nada, não apenas apresentar conceitos convergentes com as ciências sociais, mas apresentar soluções jurídicas e até práticas para implementar o direito à igualdade estipulado nas constitucionais internas e na Declaração Universal de Direito Humanos.

Por fim, é possível afirmar que igualdade é um conceito indeterminado, uma vez que é possível interpretações de inúmeras roupagens e ideologias nas ciências sociais, entretanto, também deve-se observar que embora indeterminado, busca-se através de instrumentos heterógenos alcançar possibilidade iguais para indivíduos completamente diferentes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. De Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

BURITY, Joanildo Albuquerque. Discurso, política e sujeito na teoria da hegemonia de Ernesto Laclau. In: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. *Pós-estruturalismo e teoria do discurso: em torno de Ernesto Laclau*. p. 35 – 52. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. *Revista Teoria & Sociedade*, v. 1, n. 19.1, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et al (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a. p.13-56.

FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Manifesto per L'uguaglianza*. Editoria Laterza: Roma, 2018 (ebook).

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araújo de Souza – São Paulo: Saraiva, 2014.

FLEISCHACKER, Samuel. *A Third Concept of Liberty*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

FLEISCHACKER, Samuel. "Adam Smith on Equality". In: BERRY, J. (org.). *The Oxford Handbook of Adam Smith*. Great Britain: Oxford University Press, 2013

GARGARELLA, Roberto. Recuperar el lugar del pueblo en la Constitución. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO, Roberto (coord.). *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, coordinado por Roberto Gargarella y Roberto Niembro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.

GOMES, Aureo de Toledo. Construção da paz e virada local: uma proposta de leitura laclauiana. In: MENDONÇA, Daniel de; RODRIGUES, Léo Peixoto; LINHARES, Bianca. *Ernesto Laclau e seu legado transdisciplinar*. São Paulo: Intermeios, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factibilidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LACLAU, Ernesto. *Emancipação e diferença*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2011.

- LACLAU, Ernesto. *Razão Populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e Estratégia Socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015.
- LIMA, Jairo. *Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia Deliberativa em Habermas Modelo teórico e discursos críticos. *kriterion*, Belo Horizonte, nº 121, Jun./2010, p. 227-258
- PEREIRA, Potyara A. P. Pereira. R. O sentido de igualdade e bem-estar em Marx; *Katál.*, Florianópolis, v. 16, n. 1, p. 37-46, jan./jun. 2013
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: São Martins, 2016.
- RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. A impossibilidade da emancipação: notas a partir da teoria do discurso. In: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. *Pós-estruturalismo e teoria do discurso: em torno de Ernesto Laclau*. p. 53 – 70. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- ROUSSEAU, Dominique. Constitucionalismo e Democracia. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. vol. 10, n. 3, p. 228 – 237, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13ª Ed. Editora Livraria do Advogado, 2018.
- SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. 1ª ed., 3ª Tir. São Paulo: Malheiros Editora, 2011;
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. 1ª Ed, 3ª Tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. 4. São Paulo, 2006.
- SMITH, A. *Teoria dos sentimentos morais*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- WALDRON, Jeremy. *Contra el Gobierno de los Jueces*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 7, Issue 1, January 2009.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Ij*, v. 115, p. 1346, 2006.

WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University, 1999.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the role of courts. *Global Constitutionalism*, v. 10, 2021.

**CIDADANIA
SOCIAL E
ECONÔMICA
E SISTEMAS
NORMATIVOS**

**SOCIAL AND
ECONOMIC
CITIZENSHIP
AND NORMATIVE
SYSTEMS**

EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INTERCONEXÃO DOS DIREITOS DE MORADIA E DE PROPRIEDADE

Letícia Faria*

Maria Laura Bolonha Moscardini**

Soraya Regina Gasparetto Lunardi***

RESUMO

O estado liberal burguês tornou-se um obstáculo à distribuição igualitária dos direitos humanos fundamentais após a ascensão das concepções neoliberais de estado. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou-se uma nova fase tanto no tratamento do direito de propriedade, quanto ao direito de moradia, tornando-se necessária a averiguação da conexão entre esses direitos e institutos jurídicos relacionados à regularização fundiária urbana. Assim, o presente artigo busca analisar a simbiose entre o direito de propriedade e o direito à moradia, destacando aspectos relevantes que configuram esses direitos como fundamentais para todos os cidadãos. Além disso, o estudo aborda a implementação da regularização fundiária em prol dos direitos de moradia e propriedade, e apresenta breves apontamentos sobre a narrativa jurídica no campo dos direitos fundamentais e a codificação da propriedade como capital. Para tanto, aplicaram-se os métodos de procedimento bibliográfico e documental, e o método de abordagem escolhido foi o dedutivo. Concluiu-se pela importância da política pública de regularização fundiária e acesso à moradia, independentemente do viés político-ideológico sob o qual sejam analisadas, uma vez que o direito à moradia digna é fundamental para a estabilização social e o fortalecimento da democracia.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direitos de moradia; direitos de propriedade; propriedade como capital; regularização fundiária urbana.

Data de submissão: 10/01/2024

Data de aprovação: 10/07/2024

* Doutoranda em Direito pela UNESP.

** Doutoranda em Direito pela UNESP.

*** Professora Livre Docente em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais da UNESP.

EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE INTERCONNECTION OF HOUSING AND PROPERTY RIGHTS

Letícia Faria
Maria Laura Bolonha Moscardini
Soraya Regina Gasparetto Lunardi

ABSTRACT

O estado liberal burguês tornou-se um obstáculo à distribuição igualitária dos direitos humanos fundamentais após a ascensão das concepções neoliberais de estado. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou-se uma nova fase tanto no tratamento do direito de propriedade, quanto ao direito de moradia, tornando-se necessária a averiguação da conexão entre esses direitos e institutos jurídicos relacionados à regularização fundiária urbana. Assim, o presente artigo busca analisar a simbiose entre o direito de propriedade e o direito à moradia, destacando aspectos relevantes que configuram esses direitos como fundamentais para todos os cidadãos. Além disso, o estudo aborda a implementação da regularização fundiária em prol dos direitos de moradia e propriedade, e apresenta breves apontamentos sobre a narrativa jurídica no campo dos direitos fundamentais e a codificação da propriedade como capital. Para tanto, aplicaram-se os métodos de procedimento bibliográfico e documental, e o método de abordagem escolhido foi o dedutivo. Concluiu-se pela importância da política pública de regularização fundiária e acesso à moradia, independentemente do viés político-ideológico sob o qual sejam analisadas, uma vez que o direito à moradia digna é fundamental para a estabilização social e o fortalecimento da democracia.

Keywords: direitos fundamentais; direitos de moradia; direitos de propriedade; propriedade como capital; regularização fundiária urbana.

Date of submission: 10/01/2024

Date of approval: 10/07/2024

INTRODUÇÃO

O direito à moradia e o direito à propriedade são considerados direitos fundamentais pois presentes no texto normativo constitucional de 1988.

A privação de uma moradia adequada resulta, assim como ocorre com a falta de outros direitos fundamentais, na deterioração física e moral da pessoa que não tem acesso ao mínimo existencial necessário para sua sobrevivência, sendo importante destacar que esse mínimo não corresponde, sequer, aos patamares básicos para assegurar o pleno exercício da dignidade humana.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que iniciou uma nova fase tanto no tratamento do direito de propriedade, quanto ao direito de moradia, se faz necessário adentrar na conexão dos direitos e institutos jurídicos relacionados à regularização fundiária urbana como forma de efetivar os ditames constitucionais.

Isso porque, até então, a narrativa jurídica no campo dos direitos fundamentais ainda não foi capaz de tornar real a efetividade prometida por esses direitos. A plena aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais somente serão possíveis por meio de uma práxis que tenha o compromisso social e político de fazer atuar os comandos das normas de direitos fundamentais.

Assim, o presente artigo busca analisar a simbiose entre o direito de propriedade e o direito à moradia, destacando aspectos relevantes que configuram esses direitos como fundamentais para todos os cidadãos. Além disso, o estudo aborda a implementação da regularização fundiária em prol dos direitos de moradia e propriedade, e apresenta breves apontamentos sobre a narrativa jurídica no campo dos direitos fundamentais e a codificação da propriedade como capital.

Para a realização do presente estudo, adotou-se como método de procedimento o bibliográfico e o documental, a partir da revisão de textos legais, doutrinas e obras relacionadas aos direitos fundamentais de propriedade e moradia. Quanto ao método de abordagem, a pesquisa optou pela adoção do método dedutivo, partindo de conceitos amplos advindos da análise crítica da narrativa jurídica proposta para apresentar suas conclusões, baseadas no estudo realizado por meio de uma visão interdisciplinar que possibilitou a formulação de considerações relevantes para a compreensão da interconexão entre moradia e propriedade no cenário atual.

1 INTERCONEXÃO DOS DIREITOS DE MORADIA E DE PROPRIEDADE

No Brasil, há quem defenda a equiparação entre o acesso à moradia e o acesso à propriedade, sob a perspectiva da estabilidade familiar. Nesse sentido, a residência própria é vista como um elemento capaz de atenuar a vulnerabilidade advinda de situações de desemprego, ao passo em que é vista também como um símbolo de ascensão social (Mateus, 2005).

Salomão explica o alcance do direito à propriedade com o advento da nova ordem constitucional:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o Estado Democrático de Direito é o novo padrão da República,

protegendo direitos individuais, outorgando direitos sociais e modelando a economia. A propriedade passa a ser protegida como um direito, desde que tenha função social e, agora, é projetada como acesso universal. Protege-se a família, resguardando-lhe um patrimônio mínimo, vinculado à dignidade e à moradia digna (Salomão, 2022, p. 14).

Conforme leciona Tartuce (Tartuce, 2021, p. 133), “a morada da pessoa é o local propício para a perpetuação da sua dignidade, (...) o direito à vida digna, dentro da ideia de patrimônio mínimo, começa com a propriedade da casa própria”.

Porém, tais direitos são independentes um do outro: de um lado tem-se o direito à moradia e, de outro, o de/à propriedade que podem ou não coexistir. Um simples exemplo disso é o de imóveis alugados, em que o indivíduo possui acesso à moradia sem ser, entretanto, proprietário. “Assim, aquele que não possui um local para morar pode ter comprometida até mesmo a sua existência; aquele que não é proprietário do local onde mora, ainda assim, não tem comprometido seu direito fundamental à moradia” (Mateus, 2005).

Salomão (2022) explica a questão do direito à moradia sob duas óticas. Quando visto como um integrante do mínimo existencial necessário para o ser humano, o direito à moradia configura-se como um direito fundamental de primeira geração. Entretanto, quando visto sob a perspectiva de um direito social de segunda geração, tal direito necessita de políticas públicas para a sua efetivação. Tal análise demonstra que o direito à moradia é um gênero que pode ser visto tanto como um direito fundamental de primeira, quanto de segunda geração.

Sob a diferença entre moradia e propriedade, o autor aduz que a dicotomia pode ser enxergada quando a propriedade é analisada de duas formas: o direito de propriedade e o direito à propriedade. Quando se fala em direito de propriedade, trata-se da tutela estatal sobre os bens individuais. Já o direito à propriedade abarca a propriedade como um mínimo existencial.

Dessa forma, como acima citado, apesar de serem inconfundíveis, é possível encontrar a interconexão entre eles pois ambos convergem para a proteção do mínimo existencial: moradia digna e o direito de ter acesso à propriedade.

Importante se faz registrar que Ingo Wolfgang Sarlet aduz que: “o direito à moradia deve ser compreendido como direito à moradia digna, não significando apenas um direito à moradia própria, ou à propriedade, que guarda a ideia de um mínimo existencial” (2015, p. 133).

Veja-se que mesmo sendo o direito à moradia e o direito à propriedade considerados direitos fundamentais, eles são direitos autônomos, como acima mencionado. Mateus explica:

Além disso, a moradia é absolutamente necessária para que se estabeleça uma vida com dignidade; o que não se verifica quando estamos a tratar do direito à propriedade razão pela qual, a primeira pode, em muitos casos, suplantar o direito de propriedade como, por exemplo, no caso do usucapião especial constitucional onde a moradia no imóvel reclamado é requisito

indispensável à concessão do domínio para o particular (Mateus, 2005).

É possível verificar no art. 5º, do Capítulo I - Dos direitos e deveres individuais e coletivos, da CF/88, de forma expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, a garantia aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. É o que explanam os autores Rocha e Daniel:

A moradia é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, que assevera em seu artigo 5º como Cláusula Pétrea a igualdade de todos 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. Não obstante, consiste em dever do Estado assegurar condições dignas de existência, incluindo o direito à moradia, cidadania e a dignidade da pessoa humana, garantido assim, o direito de propriedade com programas de construção de moradias habitacionais e sociais, tais como o Programa Minha Casa Minha Vida (Rocha; Daniel, 2022).

Nas palavras de Salomão:

A propriedade como garantia está prevista no artigo 5º caput e inciso XXII da CF/88, sendo um direito fundamental individual, um direito de primeira geração que corresponde a um não-fazer do Estado. Como garantia individual, a propriedade é uma garantia institucional que deve ser preservada pela Ordem Econômica, irradiando segurança jurídica. Por fim, além de garantia como direito individual e institucional, a propriedade também representa a garantia de um mínimo existencial, um patrimônio mínimo da pessoa, garantindo-lhe dignidade. O mínimo existencial é a personificação do direito de propriedade. É o direito de ter a propriedade (Salomão, 2022, p. 195).

Ademais, consegue-se extrair sobre o direito à moradia, na CF/88, ao se verificar o art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil; bem como no art. 3º, III, ao vislumbrar a erradicação da pobreza e da marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, como um dos seus objetivos.

A moradia também é pressuposto para a efetividade da dignidade da pessoa humana, conforme relata Lunardi:

Uma abordagem sistemática dos direitos fundamentais sociais é necessária para demonstrar que a omissão estatal do direito à moradia, além de privar o titular da prestação constitucionalmente imposta, afeta de maneira direta ou indireta uma série de outros direitos fundamentais (Lunardi, 2011, p. 177).

Percebe-se, com isso, que o direito à moradia deve se harmonizar com o direito à moradia digna, conforme bem relata Mateus (2005), mesmo não contemplando no ordenamento jurídico a palavra “digna”, mas a interpretação que se faz, por meio da dignidade da pessoa humana, uma vez que leva a garantir a vida, é de entender-se como uma moradia digna. E a possibilidade de ter acesso à moradia, é viver dignamente, pois é um direito fundamental e mínimo expresso na CF/88.

Porém, Salomão aduz que:

Enquanto elenca prioridades, não raro o Estado desrespeita o direito ao mínimo existencial de certos grupos, sendo omissos. Quando isso ocorre, pela ausência de norma ou pela falta de políticas públicas, o Poder Judiciário, como poder independente, é chamado para garantir a efetivação destes direitos fundamentais (Salomão, 2022, p. 196).

Concorda-se com Salomão, pois, infelizmente, não é isso que acontece, haja vista como vivem os cidadãos de baixa renda nas cidades. Muito bem exemplifica Mateus:

Basta observarmos as favelas que, infelizmente, já fazem parte do cenário de nosso país, ou ainda, ao transitarmos pelas ruas de nossas cidades, olharmos para os viadutos, para verificarmos o quão imprescindível é a moradia para o ser humano. As pessoas que “residem” – se é que assim pode-se dizer nestes locais não tem a menor condição de conseguirem manter uma vida minimamente saudável, quanto mais, digna (Mateus, 2005).

Ademais, Salomão dispõe sobre os cidadãos de baixa renda, trazendo uma exemplificação relevante quanto a essa questão:

Aos possuidores, normalmente pobres, o mercado não lhes reserva atenção. Eles precisam se relacionar com a vizinhança para lhes assegurar a posse quando viajam, precisam pagar propinas às milícias que ameaçam suas residências e pedágios para políticos e policiais que lhes protegem como meros ocupantes. A posse é um capital morto e uma insegurança para a família. As pessoas sonham com a propriedade formal, pois sabem que ali reside a segurança jurídica, a certeza de que em algum lugar está assegurada a sua história. É a propriedade formal que permite à família sonhar em financiar e empreender que leva a segurança para a viúva com filhos pequenos, que permite aos locatários negociar com os verdadeiros donos e que permite reivindicar direitos no bairro, perante os representantes políticos. A propriedade permite a realização do ser humano, sendo, ainda, um sinal de liberdade e de felicidade (Salomão, 2022, p. 196).

No ordenamento jurídico brasileiro, a questão da propriedade é vista como função social, como no art. 5º, bem como no art. 170, II e III, do Capítulo I - Dos princípios gerais da atividade econômica.

Por tudo o que foi explanado, importante destacar as palavras de Paiva, sobre a interconexão entre o direito à moradia, à propriedade e a maneira de efetivá-los:

Com efeito, percebe-se que o direito à moradia (aspecto social) está intimamente ligado com o direito de propriedade (caráter individual). Não se confundem, mas se correlacionam. Importa a quem tem sua moradia alcançar a propriedade formal, o que pode se dar pela implementação dos institutos previstos na Lei nº 13.465/17. O direito à moradia desconectado da propriedade formal reduz sobremaneira os atributos que a coisa pode gerar (*jus utendi + jus fruendi + jus disponendi*) (Paiva, 2020).

Refletindo sobre a interconexão entre esses direitos, pode-se afirmar que é inegável que são inconfundíveis. Mas isso não significa que sejam opostos ou excludentes. Conforme acima relatado, há a pedra de toque em ambos: a dignidade da pessoa humana e a defesa do mínimo existencial.

2 DA IMPLEMENTAÇÃO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E DOS DIREITOS DE MORADIA E PROPRIEDADE

De acordo com Paiva (2020), a colaboração entre todos os agentes envolvidos, destacando-se o Poder Público Municipal, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os notários e registradores, os advogados e outros profissionais do direito, é crucial para a realização da Regularização Fundiária e para efetivar as disposições constitucionais relacionadas aos direitos de moradia e propriedade.

Para o autor, é preciso instaurar um paradigma inovador, tendo como foco a concretização da propriedade, em consonância às disposições previstas na lei, adicionando o foco de regularização da própria cidade, ou seja, do núcleo objeto da política pública habitacional regularizatória, com viés de melhoria para a sociedade como um todo.

Para tanto, todos os sujeitos envolvidos precisam apresentar uma postura proativa, indicando soluções e estando prontos para colaborar com a comunidade, principalmente aquela de baixa renda, na resolução de seus conflitos. Mais além, é importante que seja estabelecida uma cultura de preservação da ordem, prevenindo a ocorrência de novas irregularidades.

E complementa suas ideias, afirmando que:

O meio normal de regularização é o ideal a ser perseguido, mas que se aproveite a oportunidade aberta pelo legislador para que, de uma vez por todas, regularize-se o que está consolidado e se passe a fiscalizar para que o problema não venha a se repetir, atendendo, assim, os anseios da Constituição (Paiva, 2020).

Com a nova legislação não é mais necessário manter a situação de irregularidade e clandestinidade, pois há um diploma normativo para as resoluções dos problemas; e ainda ressalta:

O Brasil agora tem normas suficientes para incorporar todas as situações fáticas consolidadas no ordenamento jurídico formal, o que, como demonstrado, beneficia a todos. Mas isso demandará muito estudo, preparação e esforço. Nenhuma Regularização Fundiária acontece da noite para o dia; entretanto, se não for iniciado este processo de incorporação das situações consolidadas no sistema formal continuará gerando malefícios para os envolvidos e para a comunidade na qual estão inseridos (Paiva, 2020).

Nesse sentido, para regularizar, o autor relata que isso implica “na melhoria do padrão social e econômico da realidade hoje estabelecida”, inserindo no foco o problema para poder enfrentá-lo e solucioná-lo.

Por oportuno, Lage e Marques (2021) relatam as mudanças estabelecidas pela nova lei, para que os objetivos sejam, agora, alcançados, como a flexibilização de requisitos e a ampliação das espécies de implementação da REURB. Os autores afirmam que a lei buscou estimular o mercado imobiliário por meio da possibilidade de abertura de novas matrículas imobiliárias, conferindo novos direitos reais sobre os bens imóveis, tornando-os passíveis de negociação após a devida formalização. Mas o mercado não se contenta com titulações. É imperioso que todo o sistema funcione, serviços públicos, transporte, saúde, infraestrutura. A titulação carente de cidade é morta.

A flexibilização de requisitos e ampliação das modalidades de implementação da REURB estimulam a transformação de conceitos e o aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos empregados, favorecendo a expansão do seu alcance. Com base nisso, Lage e Marques elencam as seguintes mudanças:

- A REURB passa a alcançar todos os núcleos informais com características de urbano, ainda que localizados em zonas rurais, a exemplo de domicílios que se encontram na denominada “Amazônia Legal”;
- O conceito de “assentamento irregular” foi abandonado pelo ordenamento jurídico nacional, passando a integrar o conceito de “núcleo urbano informal”, que contempla núcleos clandestinos e irregulares, com usos residenciais e não residenciais, sob a forma de parcelamento do solo, de conjuntos habitacionais ou condomínios, horizontais, verticais ou mistos;
- Simplificação na classificação da REURB, que pode ser de interesse social (REURB-S) ou de interesse específico (REURB-E) (Lage; Marques, 2021).

Porém, ações foram realizadas para impedir as mudanças trazidas pela lei, desde o início das implementações e inovações. O novo diploma pé questionado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), a Associação Nacional dos

Defensores Públicos (ANADEP), a Federação Nacional dos Arquitetos e Urbanistas (FNA) e o Fórum Nacional da Reforma Urbana (FNUR) – ainda como MP – como relatam os autores citados; bem como questionadas pela Procuradoria Geral da República – sendo que depois de ter sido convertida em lei, foi proposta da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.883 – que encontra-se conclusos ao relator até a data atual - dentre outras.

Esses questionamentos advêm de críticas quanto ao processo legislativo para sua criação, pois, inicialmente, o regramento foi criado na forma de uma MP do Poder Executivo (759/2016) e por não ter acontecido um debate público sobre o tema, aderindo a população e outras instituições democráticas, não foi possível concretizar uma compreensão abrangente sobre o tema em discussão.

Outro ponto explanado pelos autores, em relação às críticas, diz respeito à publicação da MP que deve ter o prazo de 60 (sessenta) dias, que podem ser prorrogado pelo mesmo período uma única vez, para que o Congresso converta a medida em lei, “período que, segundo alguns especialistas, não seria suficiente à discussão das importantes mudanças trazidas pela Lei 13.465/2017” (Lage; Marques, 2021).

As críticas não terminam por aqui. De acordo com Lage e Marques:

Outra crítica feita por alguns urbanistas e pesquisadores é no sentido de que a lei federal viola a competência municipal, definida constitucionalmente (artigos 182 e 183 da Constituição da República), por tratar assuntos de política urbana que deveriam ser regulados localmente, conferindo, ainda, espaço para que os governos municipais violem os próprios Planos Diretores de suas cidades (Lage; Marques, 2021).

A última crítica diz respeito às “modalidades de REURB-E individuais, solicitadas por particulares, que, segundo alguns movimentos sociais, favoreceriam a regularização da ‘grilagem’, sobretudo em regiões amazônicas” (Lage; Marques, 2021).

Vale destacar que a implementação da REURB se dá por meio de um procedimento administrativo que é conduzido pelo poder Público e através do qual é possível que os cidadãos participem do mesmo, iniciando com a demarcação urbanística municipal – facultativa - e terminando com o registro da regularização realizado em cartório de registro de imóveis.

3 A NARRATIVA JURÍDICA NO CAMPO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CODIFICAÇÃO DA PROPRIEDADE COMO CAPITAL

A narrativa jurídica no campo dos direitos fundamentais ainda não foi capaz de tornar real a efetividade prometida por esses direitos. Segundo Machado (2017), a plena aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais somente serão possíveis por meio de uma práxis que tenha o compromisso social e político de fazer atuar os comandos das normas de direitos fundamentais.

O desafio de resolver os problemas no plano concreto ou histórico parece ser mesmo algo que depende não apenas da revisão, mas da superação dos paradigmas tradicionais do positivismo.

Ademais, o autor discute sobre a necessidade de uma abordagem renovada dos direitos fundamentais, a qual requer a superação do formalismo positivista. Isso significa ir além de uma visão legalista e formal dos direitos, sendo necessário um pensamento materialista e dialético capaz de verificar a existência de contradições entre o direito anunciado e a realidade que impede a sua efetividade. Para o autor, a solução para a inefetividade dos direitos está na prática transformadora, de forma que a produção e o reconhecimento dos direitos estão constantemente inteirados, demandando uma abordagem dinâmica e evolutiva para a compreensão e efetivação dos direitos fundamentais (Machado, 2017).

A necessidade dessa revisão se faz com maior urgência no campo dos direitos humanos fundamentais pelo papel decisivo que esses direitos jogam no terreno da legitimidade da política, do direito e do Estado, tendo em vista o desafio cada vez mais dramático de afirmar a eficácia da democracia (Machado, 2017).

A crise fiscal inerente ao estado capitalista; o conseqüente desequilíbrio das contas; e a apropriação da máquina estatal por grandes grupos econômicos só poderia ter mesmo reflexos negativos no que diz respeito ao fomento dos direitos que materializam a justiça política e a democracia real assegurando as bases éticas dos estados democráticos. A crise fiscal do estado capitalista constitui sério obstáculo à efetivação dos direitos humanos fundamentais (Machado, 2017).

O estado liberal burguês constitui um obstáculo à distribuição igualitária dos direitos humanos fundamentais após a vitória das concepções neoliberais de estado, com a falência do chamado *Welfare State* de inspiração keynesiana, ficando evidente que o estado burguês terá cada vez mais crises e dificuldades em assegurar a os padrões mínimos de democracia, dignidade e direitos, pois essa tarefa é cada vez mais atribuída ao mercado.

Diante das críticas acima apresentadas, importante registrar, nesse momento, algumas considerações a respeito da codificação da propriedade como capital. Talvez seja por esse motivo que a Lei da REURB sofra, ainda, intensos ataques no seu campo teórico, principalmente.

Nesse sentido, Pistor (2019) traz registros importantes ao comentar que na década de 1980 houve um surto de reformas econômicas e legais tanto em mercados desenvolvidos quanto em mercados emergentes, que priorizaram os mercados sobre o governo na alocação de recursos econômicos. O objetivo foi criar condições para que todos prosperassem, tendo como foco a iniciativa individual protegida por direitos de propriedade claros e credíveis; e a execução de contratos garantiria que recursos escassos fossem alocados ao proprietário, aumentando os benefícios de todos.

Porém, a autora comenta que, atualmente, não se está celebrando a prosperidade para todos, mas sim debatendo se já se atingiu ou não os níveis de desigualdade em países, como o Brasil, que se autodenominam democratas, com seu compromisso baseado no governo não elitista, fazendo com que o direito crie abismos de desigualdade.

Por esse viés, de acordo com Pistor (2019), os dispositivos da lei empregados na codificação dos ativos permaneceram substancialmente estáveis ao longo do tempo, destacando-se como os mais relevantes, o direito contratual, os direitos de propriedade, os direitos de garantia, o direito fiduciário, o direito societário e o direito de falências, os quais representam os elementos a partir dos quais o capital é codificado.

O capital é feito de dois ingredientes, segundo a autora: um ativo e uma codificação. De forma simplista, tais ativos são apenas um terreno, um edifício, um compromisso de recebimento de pagamento em uma data posterior, uma proposta para um novo remédio ou uma sequência de código digital.

Através da aplicação correta da codificação jurídica, é possível converter qualquer um dos citados ativos em capital, potencializando, deste modo, sua capacidade de gerar riqueza para seus detentores. Ou seja, uma vez legalmente codificado, um ativo está apto a gerar riqueza para seu titular. Assim, essa codificação legal do capital trata-se de um processo fundamental sem o qual o atual coeficiente de riqueza alcançado no mundo jamais teria sido atingido.

Importante destacar, ainda, o que Pistor (2019) traz sobre como a terra foi codificada como capital na visão dos economistas, segundo seu relato. Segundo a autora, nessa visão, o principal objetivo dos direitos de propriedade é alinhar os interesses do proprietário com o uso econômico do ativo, haja vista que os direitos de propriedade não são dados, são direitos adquiridos. Ademais, a propriedade e o governo civil dependem muito um do outro; a preservação da propriedade e a desigualdade de posse a formaram primeiro, e o estado da propriedade deve sempre variar com a forma de governo.

E ainda complementa, afirmando que os direitos de propriedade e direitos legais semelhantes evoluem nos interstícios dos Estados, do poder e da lei. Ao reconhecer ou negar reivindicações a um ativo como direitos de propriedade legalmente protegidos, os estados geralmente fazem o jogo das partes poderosas. Atribuir a alguns direitos legais enquanto nega tratamento semelhante a outros e retirar certas proteções de alguns ativos e enxertá-los em outros são ações que criam ou destroem riqueza.

E, no entanto, se a ação do Estado se limitasse a estabelecer direitos prioritários, a maior parte da riqueza assim acumulada teria vida curta, sujeita aos altos e baixos dos ciclos econômicos e às mudanças tecnológicas. Isso sem dúvida criaria um mundo muito mais justo, mas também mais volátil. Os primeiros a perceber o custo da volatilidade são normalmente os próprios detentores de ativos. Uma vez assegurados os direitos prioritários, eles invariavelmente buscam proteção adicional para garantir que sua riqueza perdure. Para isso, eles precisam não apenas de prioridade, mas de durabilidade, e ambos os atributos devem ser universalmente aplicáveis. Isso é algo que os particulares, por si só, não podem fazer; eles precisam de um estado poderoso e suas leis para conseguir isso (2019).

Diante disso, é de relevância atentar-se ao que De Soto (2000) explana em sua obra "O Mistério do Capital", por meio da análise crítica realizada por Granér (2007). Segundo o crítico, De Soto afirma que se o "capital morto" fosse legalizado, tiraria os pobres da pobreza. Dentro dessa realidade, a formalização da economia de Soto visa proteger os direitos de propriedade e facilita o caminho

para transações de mercado livre, não para criar regulamentos e uma rede de segurança social.

Ao sustentar que a pobreza pode ser resolvida simplesmente dando a todos os pobres direitos formais de propriedade, Granér (2007) aduz que as sugestões de De Soto não incluem qualquer necessidade de redistribuição de riqueza de grupos privilegiados, ou alívio da dívida, seja em nível global ou local. Nem são as lacunas entre as nações e regiões do mundo atribuídas a quaisquer injustiças históricas ou posições em uma ordem econômica mundial desigual.

Comenta, também, que, para De Soto, a capacidade das pessoas de alcançar a prosperidade e o avanço é restrita por fatores culturais, disposições e padrões de comportamento. As pessoas nos países em desenvolvimento são capazes de inovação, criatividade e empreendedorismo. Os pobres não são o problema; eles são a solução.

O cerne do argumento de Soto, sobre porque as nações do Terceiro Mundo são sobrecarregadas pela pobreza paralisante, segundo Granér (2007), é que existem deficiências em sua organização dos direitos de propriedade. Isso se aplica às instituições jurídicas.

Segundo De Soto (2000), os pobres têm à sua disposição todos os recursos materiais de que necessitam para assegurar a prosperidade; o que lhes falta é um direito formal, oficialmente registrado de propriedade desses bens. A ausência de tais instrumentos legais significa que os bens dos pobres não podem ser comprados, trocados, vendidos, legados, emprestados ou transferidos de qualquer outra forma que não dentro do quadro de redes limitadas.

Assim, esses ativos não podem servir de base para uma acumulação eficiente e dinâmica de capital. Tornam-se, nas palavras de Soto, "capital morto". Nesse sentido, é missão de De Soto, segundo o crítico, limpar o baluarte da burocracia, corrupção e legislação irracional e aplicação da lei que separa a esfera informal da atividade econômica de uma economia formal bem definida, registrada e regulamentada.

Nesse viés, segundo Granér (2007), a questão fundiária na América Latina, pelo menos nas áreas rurais, envolve outro problema além da ausência de direitos formais de propriedade. Esses direitos foram introduzidos em grau extremo de cima para baixo, de uma forma que dificilmente pode ser reconhecido como legítimo pelas outras partes afetadas. É uma desigualdade histórica de distribuição que hoje é visível não apenas nos bens fundiários, mas também de forma extremamente desigual na distribuição de renda e riqueza. E complementa afirmando que isso não é exclusivo da América Latina; pode ser reconhecido como um padrão em muitos outros lugares.

Diante disso, o crítico ressalta que ao sustentar que a pobreza pode ser resolvida simplesmente dando a todos os pobres direitos formais de propriedade, De Soto puxa um véu mistificador sobre o que são de fato verdadeiras discrepâncias sociais. E conclui afirmando que certamente a retórica de De Soto pode ser usada para inspirar e motivar reformas significativas, como no programa brasileiro de reforma para legalização de casas nas favelas das grandes cidades. Mas, segundo ele, enquanto De Soto evita os problemas de distribuição, parece muito provavelmente que sua obra será usada principalmente para defender os direitos sagrados de

propriedade, agora vista como um motor na luta contra a pobreza, e assim bloquear um importante desenvolvimento da política de bem-estar redistributiva.

Nesse momento, importante relatar os registros de Rolnik (2015), que traz considerações importantes nesse sentido. A autora relata que, no Brasil, foi construído um Estado desenvolvimentista, caracterizado por uma rápida industrialização que não foi seguida pela elevação generalizada dos salários e nem pela concessão dos direitos sociais pertinentes e vinculados ao desenvolvimento industrial, o que teve como resultado a criação de uma das sociedades com maior nível de desigualdade do mundo, na qual muitos não tem, sequer, acesso a itens básicos, como a habitação. E, segundo ela, esse é um modelo excludente e predatório de cidade, condicionando à construção das favelas.

Rolnik (2015), em sua tese de livre-docência, expõe que, com a CF/88, veio a promessa de vários direitos sociais, porém não se efetivaram com a chegada do paradigma neoliberal.

A autora faz relatos dos governos como consequência dessa situação de capital. Ela argumenta que durante o governo de Collor, o neoliberalismo foi introduzido no país, propagando a ideia de que o Estado não deveria exercer influência em setores nos quais o mercado poderia, na teoria, oferecer serviços de forma mais eficiente

A tendência de reduzir a presença estatal nas atividades econômicas foi mantida durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, porém isso não significou a redução dos gastos públicos. Segundo a autora, o que aconteceu foi a reorientação dos gastos públicos para o desenvolvimento do mercado, em prejuízo à promoção dos direitos sociais, que não receberam verba para o seu desenvolvimento.

Já no governo PT, segundo Rolnik (2015), adotou-se a expansão do mercado interno como estratégia para impulsionar o crescimento da economia, o que teve como consequência o aumento da capacidade de consumo das camadas sociais mais desfavorecidas. Além disso, a política econômica passou a adotar campanhas contra a pobreza através da valorização do salário-mínimo e por meio de políticas de cunho social que visavam atender aos anseios das populações mais pobres.

Porém, apesar da alteração de paradigma protagonizada pelo governo PT, verificou-se um notável aumento da crise urbana, caracterizada pela imobilidade, violência e agravamento da crise habitacional, aumentando ocupações em terrenos baldios; e, com isso, ocorreu um aumento nos valores dos imóveis, o que impactou de forma direta nos custos de aluguel, contribuindo para a exclusão socioespacial em vista da valorização especulativa da terra.

Com a pobreza, a exclusão e a construção das favelas, aumentou a violência, segregando ainda mais os direitos desses cidadãos que perdem suas casas para os grandes empreendimentos, ficando cada vez mais afastados da população e reprimidos pela economia. Para Rolnik (2015), esse fato ilustra bem o entendimento da terra como ativo financeiro, sendo que, infelizmente, “o melhor uso da terra é o mais rentável para o capital e não o mais interessante para a população, e a melhor terra deve ser ocupada por produto e não pela população pobre”.

Contudo, é relevante apresentar as considerações de Maricato ao comentar essa problemática:

As cidades brasileiras são reflexos da desigualdade social: em 2003 os 10% mais ricos da população se apropriavam de 75% da riqueza contabilizada restando 25% da riqueza para os demais 90% da população. Segundo a mesma fonte 5 mil famílias, de um total de 51 milhões, se apropriaram de 40% da riqueza nacional. De cada 10 famílias ricas 8 moravam nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília (Maricato, 2005, p. 02).

Diante disso, Maricato comenta que essa desigualdade “é explicitada na segregação territorial existente no universo intraurbano ou nas diversas regiões do território nacional” (2005, p. 02). Destaca também que “as cidades não são apenas reflexos do processo social, sendo também agentes de aprofundamento da desigualdade” (Maricato, 2005, p. 02). E explica que foi especialmente por meio do processo de urbanização que se deu a modernização conservadora, ou seja, os avanços na industrialização e no consumo de bens de consumo durável, sofisticação dos serviços e a expansão da pobreza, da informalidade e da violência.

Toda a crítica acima mencionada, seja em relação à transformação da terra em capital, seja em relação a teoria de que a titulação formal extirparia a pobreza na América Latina, ou seja em relação às políticas públicas que priorizam a vontade do mercado em detrimento da vontade da população, encontra tábua de salvação na política pública de regularização fundiária.

Nesse contexto, a política de regularização fundiária é muito mais que a aplicação de instrumentos, abraçando também medidas para melhorar os aspectos físicos e sociais dos assentamentos urbanos informais para possibilitar a concretização de uma vida digna. Para tanto, é necessário que a atuação do Poder Público municipal seja sustentada por uma política de regularização que perpassasse todos os entes da federação (Scheid, 2008, p. 173).

Ademais, a autora complementa, afirmando que “as políticas públicas, ao mesmo tempo em que refletem determinada atuação governamental, adquirem status de ação estatal, na medida em que buscam reduzir a descontinuidade administrativa, realçando a necessária separação entre governo e Estado” (Scheid, 2008, p. 175).

A regularização pressupõe a existência de um núcleo consolidado informal que ali se fixou por diversos motivos, dentre eles a segregação das minorias nas periferias urbanas. Mas está se tratando de um problema existente, posto, faticamente palpável. São locais em que a posse é efetivamente exercida por pessoas que dependem daquele núcleo urbano para sobreviver.

Não há, portanto, sequer a presença massiva do mercado em tais regiões. E titulá-los, apenas, não resolverá o problema. E regularizar urbanisticamente o núcleo, sem dar a segurança jurídica para aqueles que ali moram também não é a solução adequada.

Dessa forma, se se conjugar os objetivos trazidos pela Lei 13.465/17, presentes no art. 10 acima descrito, principalmente os objetivos dos incisos II, III, VIII e IX teremos uma política pública efetiva que prioriza a vontade da sociedade, principalmente dos habitantes do núcleo que será regularizado.

Obviamente que não se está negando a interferência que o mercado terá no núcleo na sua pós regularização, ou até mesmo durante o processo regularizatório. Mas não se entende como válida a crítica do procedimento – e da própria legislação – baseada nos anseios do mercado e em como o capital restaria mais fortalecido com a inclusão do núcleo na formalidade jurídica e urbanística.

CONCLUSÃO

O texto demonstrou que, sob a influência de concepções neoliberais, os direitos fundamentais de acesso à moradia e à propriedade encontram grandes impasses na sua concretização em vista dos desafios que o capitalismo abarca para a democracia e a dignidade, o que demonstra a necessidade crescente de uma revisão, sobretudo no contexto dos direitos humanos fundamentais.

Há que se perceber que o intuito da lei, e da própria política pública de regularização fundiária urbana, principalmente de núcleos ocupados por pessoas de baixa renda, possui um caráter social e garantista maior que os anseios mercadológicos. Por esse motivo, há de se defender que o processo precisa ser juridicamente pensado, respeitando os objetivos trazidos pela lei e não por objetivos capitalistas e mercadológicos.

Outra importante conclusão, diz respeito ao quão importante é a política pública de regularização fundiária e acesso à moradia independentemente do viés político ideológico ao qual analisada. A relevância da política de regularização fundiária emerge como um ponto de convergência para superar os desafios existentes, através de uma política de regularização que perpassa por todos os entes da federação e garanta que os objetivos pensados em lei sejam transformados em realidade.

Vê-se, pois, que, independentemente de se tratar de ideologias que privilegiam os fatores sociais ou o econômico, que seja liberal ou intervencionista, preocupado com a garantia de direitos sociais ou individuais, a moradia digna é sensível ao toque de todas estas ideologias e deve ser protegida em qualquer cenário possível de existir.

Dessa forma, seja criticando o sistema capitalista que usurpa da terra como meio de perpetuar o capital ou seja exaltando-o como única forma libertária de crescimento econômico viável mundialmente, quando o assunto é regularizar a cidade, os núcleos de fato incorporados a paisagem e vida urbana, garantindo direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, todos possuem o mesmo discurso: é preciso que haja moradia digna para todos, é com ela que se desenvolverá a economia do local e o acesso aos serviços e direitos sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n.ºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n.ºs 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm Acesso em: 18 maio 2022.

DE SOTO, Hernando. *El Mistero del Capital*. Lima: El comercio, 2000; *The Mystery of Capitalism*. New York: Basic Books, 2000.

GRANÉR, Staffan. *Hernando de Soto and the mystification of capital*. 19 jan. 2007. Disponível em: <https://www.eurozine.com/hernando-de-soto-and-the-mystification-of-capital/?pdf> Acesso em: 01 jun. 2022.

LAGE, Rafael de Oliveira; MARQUES, Thales Estevam Ramalho. *Saiba tudo sobre a REURB e como utilizá-la a seu favor*, 20 maio 2021. Disponível em: [https://lageportilhojardim.com.br/blog/lei13465/#:~:text=Poder%20Legislativo%20Municipal,Modalidades%20de%20Regulariza%C3%A7%C3%A3o%20Fund%C3%A1ria%20Urbana%20%E2%80%93%20Reurb,espec%C3%ADfico%20\(Reurb%20DE\)](https://lageportilhojardim.com.br/blog/lei13465/#:~:text=Poder%20Legislativo%20Municipal,Modalidades%20de%20Regulariza%C3%A7%C3%A3o%20Fund%C3%A1ria%20Urbana%20%E2%80%93%20Reurb,espec%C3%ADfico%20(Reurb%20DE)) Acesso em: 18 maio 2022.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Finalidades e Formas de efetivação do Direito Fundamental à Habitação: a inclusão social com base na experiência constitucional francesa. In: LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto (Org). *Inclusão Social e sua Efetivação*. Curitiba: CRV, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. *Elementos de teoria dos direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2017.

MARICATO, Ermínia. Questão Fundiária Urbana no Brasil e o Ministério das Cidades *LABHAB*, nov. 2005. Disponível em: http://www.labhab.fau.usp.br/wpcontent/uploads/2018/01/maricato_questaofundiaria.pdf Acesso em: 07 jul. 2022.

MATEUS, Cibele Gralha. Direito à moradia x direito à propriedade: A ponderação como método de solução do conflito. *SEDEP*, 01 jun. 2005. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/direito-a-moradia-x-direito-a-propriedade/> Acesso em: 18 maio 2022.

PAIVA, João Pedro Lamana. *Da moradia à propriedade*. 2020. Disponível em: http://registrodeimoveis1zona.com.br/wpcontent/uploads/2020/05/Kumpel_Artigo_30_anos_CF_Regularizacao_Fundiaria.pdf Acesso em: 18 maio 2022.

PISTOR, Katharina. *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*. Princeton University Press, 2019. Disponível em: <https://press.princeton.edu/books/hardcover/9780691178974/the-code-of-capital> Acesso em: 01 jun. 2022.

ROCHA, Debora Cristina de Castro da; DANIEL, Claudinei Gomes. REURB-S e REURB-E - Regularização fundiária e os seus aspectos socioeconômicos. *Migalhas*, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/332402/reurb-s-e-reurb-e---regularizacao-fundiaria-e-os-seus-aspectos-socioeconomicos> Acesso em: 18 maio 2022.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. 2015. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002725337> Acesso em: 07 jul. 2022.

SALOMÃO, Marcos Costa. *A regularização da propriedade urbana como acesso à moradia*. 2022. 306 f. Tese (Doutorado). Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHEID, Cintia Maria. *A regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais como garantia do mínimo existencial no direito à moradia*. 2008. 230 f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das coisas*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

O PARADIGMA DA IMPLANTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: REGULAÇÃO VERSUS EFICIÊNCIA

Gleiner Pedroso Ferreira Ambrosio*
André Luis Jardini Barbosa**

RESUMO

A utilização da tecnologia da Inteligência Artificial (IA) tem se mostrado cada vez mais presente na sociedade em suas diversas áreas, sendo a esfera penal um dos mais notáveis exemplos de tal fenômeno. Isso porque os elevados índices de criminalidade violenta e patrimonial demandam estratégias frequentemente inexecutáveis aos órgãos de segurança pública no Brasil, que enxergaram a adoção de algoritmos e sistemas de policiamento preditivo no campo internacional como uma oportunidade de auxílio no enfrentamento a esse cenário. Todavia, a despeito deste possível avanço, sua adoção tem demonstrado uma sujeição muito maior à discricionariedade das políticas públicas dos governos executivos do que à própria justiça enquanto fim, de forma que as legislações regulamentadoras de proteção de dados e IA pouco trataram da utilização dessa tecnologia no Direito Penal, sujeitando a coletividade não apenas aos perigos da criminalidade, mas também à insegurança da própria ferramenta de prevenção criminal, acometida de falhas metodológicas, vazamento de dados e até mesmo de um viés discriminatório. Assim, o presente artigo propõe traçar, metodologicamente, uma análise acerca da relação entre eficiência e a necessária regulação do uso de tal tecnologia na segurança pública, aplicar tal discussão a duas ferramentas atualmente utilizadas em diferentes estados do Brasil e trazer um contraponto ao seu estágio de discussão na esfera internacional, permitindo concluir o diagnóstico sobre a real falta de legitimidade de seu uso tecnológico no território nacional.

Palavras-chave: policiamento preditivo; algoritmo; inteligência artificial; atividade criminal.

Data de submissão: 31/03/2024

Data de aprovação: 18/08/2024

* Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador nas áreas de Direito Econômico-Concorrencial e Segurança Pública e Cidadania pela mesma instituição.

** Doutor em Direito pela FADISP, Mestre em Direito pela UNESP e especialista em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Delegado de polícia do Estado de São Paulo e professor universitário

THE PARADIGM FOR IMPLEMENTING ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN BRAZILIAN PUBLIC SECURITY: REGULATION VERSUS EFFICIENCY

Gleiner Pedroso Ferreira Ambrosio
André Luis Jardini Barbosa

ABSTRACT

The use of Artificial Intelligence (AI) technology has become increasingly present in society in its various areas, with the criminal sphere being one of the most notable examples of this phenomenon. This is because the high rates of violent and property crime require strategies that are often unfeasible for public security agencies in Brazil, which have seen the adoption of algorithms and predictive policing systems in the international field as an opportunity to help tackle this scenario. However, despite this possible advance, its adoption has been much more subject to the discretionary public policies of executive governments than to justice itself as an end, so that the laws regulating data protection and AI have dealt little with the use of this technology in criminal law, subjecting the community not only to the dangers of crime, but also to the insecurity of the crime prevention tool itself, beset by methodological flaws, data leaks and even a discriminatory bias. Thus, this article proposes a methodological analysis of the relationship between efficiency and the necessary regulation of the use of such technology in public security, applying this discussion to two tools currently used in different states in Brazil and providing a counterpoint to their stage of discussion in the international sphere, allowing us to conclude the diagnosis on the real lack of legitimacy of their technological use in the national territory.

Keywords: predictive policing; algorithm; artificial intelligence; criminal activity.

Date of submission: 31/03/2024

Date of approval: 18/08/2024

INTRODUÇÃO

Ao longo das 4 (quatro) revoluções tecnológicas pelas quais a humanidade passou, sempre houve diferentes tempos de assimilação da sociedade para com as mudanças propostas por tais acontecimentos. De modo exemplificativo, é possível mencionar que a 1ª Revolução Industrial (séc. XVIII), que implicou em uma radical mudança nos meios de produção na sociedade inglesa, foi rapidamente inserida no convívio social ao alterar os meios de produção e as relações de trabalho então existentes, abarcando ramos como o da indústria têxtil, metalúrgica, entre outros. Por outro lado, a 3ª Revolução Industrial (séc. XX), responsável pelo desenvolvimento das áreas de telecomunicação, computação e sobretudo pelo advento da internet, teve uma maior dificuldade de implantação globalmente, fazendo com que países que apresentassem maior desenvolvimento econômico-social (como os EUA e outras potências europeias) conseguissem assimilar tais evoluções quase que de forma monopolista, pois quando países em desenvolvimento finalmente tinham acesso a essas novas tecnologias, quase sempre já se encontravam defasadas.

Ora, ao se adentrar na presente Revolução 4.0, não nos cabe, contemporaneamente, fazer uma comparação com as anteriores do ponto de vista da inovação, pois todas tiveram em seu bojo profundas modificações na ordem de funcionamento da sociedade. Porém, é inegável que a 4ª Revolução Tecnológica não só incide no maior número de áreas a serem transformadas como, também, mostra que tais transformações passam a ser cada vez mais indispensáveis à sociedade, pois se na 1ª Revolução Industrial, por exemplo, a manufatura ainda representava uma alternativa de produção, em pleno século XXI, é impossível se abster das transformações provenientes (e futuras) da 4ª Revolução Tecnológica, e uma destas reside justamente no emprego da Inteligência Artificial (IA).

A IA já é uma realidade global que afeta a realidade de milhões de pessoas. Por essa razão, a atração de órgãos públicos e privados pelo fenômeno tem se intensificado ano após ano, sendo aplicado no gerenciamento de dados populacionais, de dados de contratados de empresas, na organização de banco de dados, na captação e entrada de frequentadores de estádios de futebol, dentre tantos outros exemplos. Dentre eles, no entanto, aquele que mais tem tomado a atenção da sociedade nos últimos anos corresponde ao uso de algoritmos de IA na área de segurança pública, tendo o Brasil iniciado os primeiros passos em sua adoção recentemente.

A rigor, o Brasil ainda não tem um sistema de policiamento preditivo propriamente completo sendo aplicado, consistindo majoritariamente em bancos de dados com informações compartilhadas entre autoridades policiais. Porém, mesmo que tal configuração constitua um elemento fundamental por parte de qualquer sistema de policiamento preditivo consolidado, ainda há a carência um ponto central da tecnologia: a correlação dos dados captados por meio do algoritmo:

No Brasil ainda se caminha a passos curtos quando o assunto é política criminal. Não temos um projeto tecnológico consolidado sobre policiamento preditivo, senão alguns sistemas esparsos utilizados por forças policiais com processamento de dados e pesquisa criminal. O que temos são informações compartilhadas entre as entidades que trabalham na persecução penal com

informações policiais integradas, sem que exista um programa capaz de atender as demandas operacionais e realizar o policiamento preditivo (Moraes, 2022, p. 57)

Ainda assim, alguns poucos governos já começaram a aplicar tecnologias muito mais próximas daquelas utilizadas no campo internacional, como o Detecta (Governo de São Paulo), o Córtex (Governo Federal) e o Sistema de Atendimento e Despacho de Emergências (SADE) (PM do Paraná), de forma que, em maior ou menor grau, tais programas já se utilizam de tecnologias com algoritmos fazendo o cruzamento dos dados captados, e não apenas realizando o armazenamento. E como será visto mais adiante, não só casos como o do Detecta já conseguiram trazer resultados numerosos à polícia paulista como, também, são diversos os estados e municípios que passaram a utilizar câmeras de reconhecimento facial, drones com captação de imagens e afins, ferramentas estas já na esteira do maior escopo proporcionado por algoritmos de policiamento preditivo, reforçando uma tendência de incremento na adoção de tecnologias preditivas que, claro, também podem reforçar a expansão para o uso de algoritmos em escala nacional.

Mesmo assim, ainda que tal implementação aparente representar uma evolução tecnológica em prol da segurança pública brasileira, assim como foi dito nos primeiros parágrafos em relação à 3ª Revolução Tecnológica, transformações tão radicais como essa podem implicar em uma série de limitações (e perigos) em seu processo de implantação. E, sendo o Brasil um país em desenvolvimento e com uma infraestrutura de proteção de dados ainda incipiente, a gravidade pode ser ainda maior. A prova disso é que tal tecnologia vem sendo questionada e descontinuada em vários projetos ao redor do mundo, fenômeno este que já se manifestou negativamente desde os recentes princípios de sua inserção no Brasil.

Nesse sentido, o presente artigo buscará traçar um panorama de como o campo de proteção de dados se encontra amparado na realidade brasileira, como isso reflete no emprego de algoritmos de IA no campo da segurança pública brasileira, quais as possíveis intervenções a serem feitas na relação entre tal gestão de dados (tanto do ponto de vista legislativo quanto da prática policial) e como seria sua aplicação na segurança pública dos estados.

1 SEGURANÇA DE DADOS NO BRASIL

A proteção de dados pessoais, de uma forma geral, não constitui questão originária no ordenamento brasileiro, já que a própria Constituição Federal de 1988, em sua promulgação, apenas previa uma proteção à intimidade do indivíduo: “Art. 5º, X, CF: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Porém, antes mesmo nas décadas de 70 e 80, a legislação europeia já vinha buscando uma proteção direcionada à forma como os dados pessoais eram geridos por terceiros, ponto em que, a partir da 1978, países como França, Noruega, Suécia e Áustria já entraram com processo de instauração normativa de tal natureza (Brancher, 2022).

Seguindo esse *status* europeu, em outubro de 1995, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia lançaram a Diretiva 95/46/CE, responsável por efetivamente consolidar os meios de gestão, direcionamento e responsabilização

pelo uso de dados no contexto do continente, o que acabou por vincular ainda mais países-membros à elaboração de leis específicas em suas jurisdições.

Naturalmente, tal movimento haveria de reverberar no Brasil. No ano de 1991, para além do importante artigo 11º, capítulo 3, do Código de Defesa do Consumidor (“Os dados pessoais do consumidor serão preservados, mantidos em sigilo e utilizados exclusivamente para os fins do atendimento”), a proteção de dados deixou de se limitar ao contexto consumerista e ganhar cada vez mais espaço em outras áreas.

O primeiro passo veio com a lei 9.296 de 1996, que acrescentou à redação constitucional a proteção ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas¹. Porém, do ponto de vista técnico, ainda era algo bem limitado, demandando uma legislação específica para tanto.

Foi aí que, anos mais tarde, com o desencadeamento do Caso Snowden (2013), foi descoberto que até mesmo conversas pessoais da então presidente Dilma Rousseff estavam sendo monitoradas por terceiros, inclusive por parte de autoridades estrangeiras. Ora, se a própria Presidente, ostensivamente protegida por forças de segurança especiais, foi exposta a tal ataque, quanto pior poderia ser a toda a população. Assim, diante de tal preocupação, o então projeto de Marco Civil da Internet, que já vinha sendo discutido há anos, ganhou maior celeridade, entrando em vigor no ano de 2014.

Sua sanção, juntamente com a presente LGPD (2020), representa um importante passo no campo de proteção de dados no Brasil, dispendo de propósitos bem alinhados àqueles da Diretiva 95/46/CE. E, como substrato de tais documentos, devem ser destacadas três diretrizes centrais à aplicação dos algoritmos em suas mais diversas áreas de aplicação, de forma que não possam ser ignoradas pelos gestores dos dados, quais sejam:

- i) Dever de informar quais os dados coletados;
- ii) Dever de informar o tempo de armazenamento, devendo ser verificado se possuem natureza identificável e removível (art. 40, LGPD); e
- iii) Justificar qual será a destinação dada aos dados *in casu* (art. 6º, II, LGPD).

De forma geral, tais princípios estendem uma proteção a várias áreas relevantes que empregam o uso da IA, mas outras, certamente, possuem demandas mais delicadas e urgentes, sendo uma delas a da segurança pública.

O grande problema do emprego da IA na segurança pública é que, se tal obediência já é acometida por uma série de controvérsias nos campos de prestação de serviços, relações de consumo, redes sociais e afins, quando tais dados são aplicados em algoritmos e sistemas de policiamento preditivo, sua gestão tende a ser mais problemática, pois com a atual legislação (MCI e LGPD) não delimitando especificamente a operabilidade dos algoritmos de policiamento preditivo, os estados e municípios vem adotando quase que uma “autorregulamentação” em sua

¹ CF, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

aplicação, fazendo com que erros parciais (discriminação algorítmica) e imparciais (falhas metodológicas), por exemplo, sejam de difícil fiscalização:

Diante do aparente conflito entre avanços tecnológicos e restrições regulatórias, pode-se observar como os Estados vem consistentemente optando pela via da auto-regulamentação (mesmo que às vezes se esforcem na divulgação e publicação de documentos de soft law), talvez na esperança de que os marcos legais existentes sejam suficientes para contrabalançar as falhas dos algoritmos (Menezes; Sanllehí, 2021, p. 108).

Assim sendo, são levantados os seguintes questionamentos: diante dos avanços na aplicação de tais algoritmos, com qual realidade a legislação brasileira de proteção de dados e os órgãos fiscalizadores devem lidar perante a referida autorregulação de seu emprego pelos poderes executivos e suas respectivas forças policiais? Até que ponto uma maior regulação (seja legislativa, seja de órgãos superiores do judiciário) se faz necessária frente à eficiência proposta por tal tecnologia? Tais pontos serão desenvolvidos a seguir.

2 REFLEXOS E IMPACTOS ATUAIS NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA

Do ponto de vista constitucional, o legislador brasileiro expressou uma especial preocupação na manutenção e garantia da segurança pública a partir do art. 144, caput, da CF, com o duplo objetivo de "(i) preservação da ordem pública e (ii) da incolumidade das pessoas", tarefa essa correspondente às forças policiais descritas nos incisos do mesmo artigo, quais sejam: I- polícia federal; II- polícia rodoviária federal; III- polícia ferroviária federal; IV- polícias civis; V- polícias militares e corpos de bombeiros militares e VI- polícias penais federal, estaduais e distrital.

Com os órgãos policiais representando a *longa manus* do, ora, suas diferentes atuações refletem não apenas os parâmetros legais, constitucionais e infraconstitucionais, mas também o próprio planejamento da segurança pública dos municípios, dos entes federados e da própria federação brasileira. Por isso, estudar a aplicação de tecnologias pelas forças policiais no campo da segurança pública significa estudar os atos do poder público! A prova disso é que, dentre os casos concretos pelos quais os sistemas de policiamento preditivo tiveram alguma inserção no território brasileiro, quase sempre sua inserção partiu do posicionamento dos governos estaduais aos quais os agentes policiais eram subordinados, conforme será demonstrado nos casos a seguir.

2.1 GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ

A partir do ano de 2014, o Governo do Estado do Paraná celebrou um convênio com a Universidade de Chicago, tendo por objetivo a implantação de um sistema de análise preditiva voltado à prevenção e ao combate à criminalidade, fundamentado na análise desenvolvida pela conhecida empresa californiana *PredPol, The Predictive Policing Company* (Ensign; Friedler; Neville; Scheidegger; Venkatasubramanian, 2018, p. 3). Sua aplicação, baseada no uso de algoritmos

referentes a locais, datas e horários de incidência criminal anterior, permitiria aos órgãos policiais o preciso estabelecimento de parâmetros de definição de delitos futuros responsáveis por orientar e nortear a atuação policial a partir de seus dados gerados.

Tal convênio tinha como objetivo a transferência da tecnologia de um sistema que havia sido implementado na cidade de Chicago (EUA), baseando-se no cruzamento de “diversos padrões para tentar alcançar uma predição dos crimes, incluindo o grau de periculosidade de pessoas que possam ser abordadas e futuramente proporcionar que a Secretaria de Segurança Pública (SESP) desenvolva seus próprios métodos” (Oliveira Júnior; Santos, 2022, p. 50). O problema foi que, desde então, “não foram encontrados quaisquer registros de resultados práticos ou ações em andamento que sejam frutos dessa cooperação técnica” (Oliveira Júnior; Santos, 2022, p. 50).

Por isso, anos mais tarde, foi desenvolvida uma nova tecnologia menos ambiciosa, mas também com o objetivo de auxiliar na predição policial denominada Sistema de Atendimento e Despacho de Emergências (SADE), cujo foco do cruzamento de dados seria auxiliar no despacho de equipes policiais mais próximas ao local da ocorrência com base na geolocalização da viatura policial, com todo o processo sendo feito de forma automatizada (Oliveira Júnior; Santos, 2022). Todavia, no seu estágio experimental, foi possível constatar um novo benefício que o sistema permitiria em sua aplicação, descrito pelo SADE em seu informativo da seguinte forma: “Uso de Inteligência Artificial visando à aplicabilidade lógica do efetivo e meios disponíveis” (PMPR, 2022, on-line), demonstrando que o mero auxílio na predição dos locais mais propícios para o despacho policial evoluiu para uma maior autonomia do sistema na indicação da ocorrência de crimes – o que foi comprovado após sua fase experimental de aplicação, sendo utilizada até mesmo para programar o próprio sistema para a confecção dos relatórios de serviço (Santos, 2023), chegando a preparar relatórios diferenciados tanto para a própria polícia quanto relatórios externos para a imprensa, devido à necessária proteção de dados sigilosos.

Além da sua aplicação experimental como projeto-piloto na cidade de Apucarana, situada na região centro-norte do Paraná e pertencente à região do 2º Comando Regional de Polícia Militar (2º CRPM) e à área do 10º Batalhão de Polícia Militar (10º BPM), a tecnologia já tem proposta de extensão para os demais municípios do estado posteriormente.

Bem, feita essa exposição, em momento anterior do presente estudo, tivemos a oportunidade de afirmar que os métodos de policiamento preditivo e utilização de algoritmos em muito podem contribuir para o sistema até então vigente de atuação policial preventiva e para a investigação de crimes em termos numéricos. Mas antes de se compreender qual a racionalidade por trás da aplicação da tecnologia preditiva, o primeiro passo a ser dado é entender como o serviço de mapeamento da análise criminal em um determinado local ocorre em sua forma “manual”, ou seja, antes do emprego da tecnologia. A esse respeito, mostra-se oportuna a apresentação metodológica da atuação tradicional da Polícia Militar do Estado do Paraná no tocante à atuação preventiva relativa aos crimes envolvendo drogas, que segue a seguinte dinâmica:

a. Vítima/Alvo

- Grande circulação de funcionários e usuários do comércio local e do transporte público.

b. Criminoso/infrator

- Massiva presença de moradores de rua e pessoas em situação de vulnerabilidade social em toda a Vila [...], estes mais propensos à prática de delitos como roubo e furto, devido à sua condição social;

- Conivência dos moradores locais com algumas práticas delitivas ali presentes, principalmente em relação ao tráfico de entorpecentes, observada pela escassez de denúncias acerca de tal delito mesmo diante de sua grande incidência no local;

- Divisão estratégica de funções e tarefas entre os infratores, a exemplo dos “olheiros” presentes nas esquinas das praças, estes atentos para avisar aos demais criminosos sobre a presença de policiamento nas proximidades;

c. Lugar

- Grande quantidade praças dentro da Vila [...], em sua maioria extensas e que possibilitam um bom campo de visão ao infrator, permitindo também a percepção antecipada da presença do policiamento local, facilitando a fuga da abordagem e a dispensa dissimulada de objetos do crime;

- Considerável quantidade de casas abandonadas e terrenos baldios, próprios para o esconderijo dos infratores e depósito de objetos relacionados ao crime (drogas, armas, pertences de vítimas).

- Iluminação deficiente em diversos locais da Vila [...] (Pereira, 2020, p. 3).

Desses dados, depreende-se que a análise perpetrada pelo agente policial se baseia em um traçado triangular do crime – (I) vítima/alvo, (II) criminoso/infrator e (III) lugar, com estas três etapas apresentando uma clara relação de consequência entre si, de forma que, caso todas se alinhem quanto ao potencial da ocorrência de crimes, a atuação policial deverá incidir neste caso.

Porém, a despeito da relevância desse método de atuação policial aparentemente bem organizado, é inegável que sua aplicação se mostrou absolutamente limitada a fatores próprios como o subjetivismo do agente policial e até mesmo dos infratores, que ao perceberem a presença da polícia nos arredores de seu âmbito de ação, certamente procurarão por novos locais para o cometimento daqueles crimes, pois não faz sentido cometer delitos onde o destacamento policial está instaurado, mostrando não só um problema de eficiência como também de possíveis abusos que podem ocorrer em relação às vítimas.

Agora, a pergunta que precisa ser feita é: como a tecnologia de policiamento preditivo será usada de forma diferente do que é feito pelo agente policial se a programação do algoritmo de policiamento preditivo é feita com pressupostos igualmente subjetivos? Se a tecnologia é criada por homens com os mesmos pressupostos de atuação, ora, essa tecnologia nada mais fará do que reproduzir os

subjetivismos daquele que criou a tecnologia, mas agora de forma automatizada. E ainda que a ferramenta referida não disponha do algoritmo de policiamento preditivo, as tecnologias de armazenamento de dados e de vigilância, como drones, câmeras corporais e sistema integrado de dados, ainda assim serão empregadas de forma a auxiliar esse subjetivismo da atuação policial.

É claro que tudo isso traz preocupações à sociedade, mas a tecnologia aqui analisada ainda tem uma atuação muito localizada. Já o próximo caso, referente ao sistema “Detecta”, possui um escopo maior de atuação e um maior espaço amostral dos resultados de sua aplicação, o que torna possível não apenas a manifestação de tais problemas em maior escala como, também, propicia o surgimento de novas e mais urgentes preocupações.

2.2 GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

O sistema de vigilância que o Governo do Estado de SP vem implementando – com alterações cotidianas e de velocidade praticamente imediata – é denominado Detecta (sistema inteligente de monitoramento criminal). Partindo do modelo de vigilância eletrônica nascido na Polícia da cidade de Nova Iorque (NYPD), o Detecta tem na sua atuação o emprego de técnicas de monitoramento e vigilância de vias e espaços públicos em diversos municípios do estado.

Por meio das câmeras que o integram, são inseridos padrões de algoritmos de policiamento preditivo voltados à construção de padrões através de suas próprias bases programadas, onde é possível identificar novos padrões de crime e de criminosos, alimentando seu *Big Data* pelo *Machine Learning* conforme novos dados são coletados. Inclusive, em um cenário mais recente, o sistema evoluiu para a possibilidade de leitura de placas e seus fragmentos², armazenar a cor de veículos, acessar o banco nacional de mandados de prisão integrado, enfim, adições estas que contribuiriam demais para a expansão de seu banco de dados, que se tornou o maior banco de dados da América Latina!

Apesar de ter sido implantado apenas no ano de 2014, sua maior difusão nos municípios de SP se deu a partir do ano seguinte, e até o ano de 2017, período em que foram apurados os seus últimos resultados, denotou-se um aumento expressivo no seu auxílio aos métodos tradicionais de atuação policial preventiva e investigação criminal.

De acordo com dados oficiais do Portal do Governo do Estado de São Paulo, por meio de balanço dos resultados feito no período de 2014 a 19 de abril de 2017, as imagens captadas em tal sistema contribuiriam para a prisão de 4.731 (quatro mil setecentas e trinta e uma) pessoas em flagrante delito, interceptação de 3.320 (três mil trezentos e vinte) veículos, apreensão de 276 (duzentas e setenta e seis) armas de fogo e leitura de 20 (vinte) bilhões de placas de automóveis. E na capital, durante o mesmo período, 2.942 (duas mil novecentas e quarenta e duas) pessoas foram detidas, 2.172 (dois mil cento e setenta e dois) veículos foram interceptados e, por fim, foram apreendidas 162 (cento e sessenta e duas) armas

2 Não mais se limitando à leitura de caracteres, como ocorria nos estágios iniciais de implementação da tecnologia

de fogo. Denota-se, por assim dizer, um incremento considerável no resultado obtido a partir da sua implantação num curto espaço de tempo.

Não pode deixar de ser considerado, ainda, o fato de que o sistema “Detecta” se vale, ao menos quando analisada a sua atuação ainda restrita ao estado de São Paulo, de câmeras e sistemas de vigilâncias instaladas em vias públicas e de acesso ao público, o que significa dizer que essas câmeras não precisam necessariamente ser de propriedade do poder público. Ao contrário, grande parte desse sistema se encontra atualmente instalada em postos e praças de pedágio, consistindo em radares fixos e móveis instalados em estradas, rodovias, estações de ônibus e metrô, sendo a grande maioria desse sistema administrado por empresas ou consórcios de empresas privadas concessionárias de serviços públicos.

É preciso considerar, porém, que mesmo que em mãos de empresas particulares, a obtenção, o armazenamento e a administração das imagens captadas estarão a cargo dos órgãos incumbidos do exercício da segurança pública, pois gozam do dever legal para tanto.

Com a apresentação de tais informações, não há dúvidas a respeito da necessidade de adoção da tecnologia na atuação do estado, especialmente no que diz respeito à prevenção e repressão da criminalidade, que parece crescer em proporção geométrica. As ações criminais se alteram conforme é alterada a tecnologia, devendo a autoridade pública estar atenta a essa realidade e pronta a atuar, sobretudo porque, em um primeiro plano, os números são bastante expressivos e refletem a necessidade de adoção desses mecanismos de inteligência artificial. A questão que se coloca, porém, é: como se dá a política de alimentação dos dados por trás do sistema de predição criminal? Não estaria o sistema eletrônico retratando, também, a seletividade própria do sistema de segurança pública e de justiça criminal?

Nesse sentido, deve-se ressaltar como o algoritmo enviesadamente aplicado no caso concreto é capaz de contaminar, por meio do *machine learning*, os resultados auferidos de forma idônea e imparcial, colocando em xeque a eficiência do algoritmo e colocando em risco o combate à criminalidade, de forma que sequer há um sistema de contraditório consolidado para o questionamento das supostas provas geradas pelo sistema aplicado:

O uso de algoritmos enviesados no policiamento não apenas onera aqueles tidos como “falsos positivos”, como, ainda, contamina os “verdadeiros positivos”. Para criar uma ferramenta legal eficiente contra a ação policial discriminatória, deveria ser oferecida à defesa a possibilidade de contestar uma condenação decorrente de um policiamento tendencioso, com uma regra específica de não admissibilidade da prova (*exclusionary rule*), protegendo os “verdadeiros positivos” contra o uso de provas maculadas (Gless, 2020, p. 3).

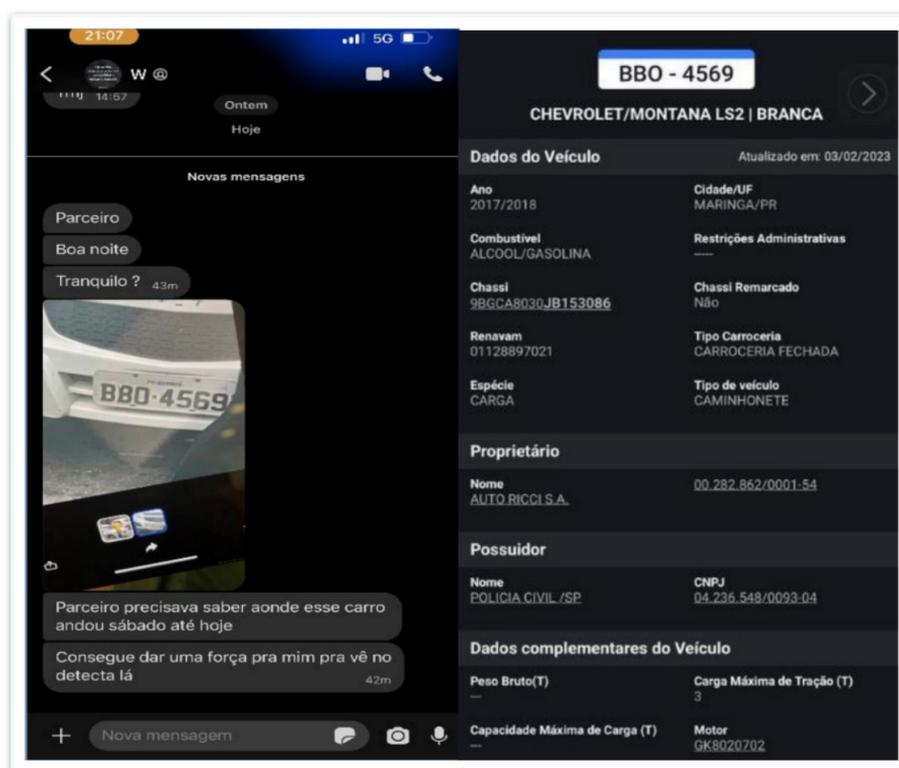
Por melhores que sejam os números apresentados em ambos os casos, a ausência de uma regulamentação mais detalhada para com o uso desses sistemas torna a legitimidade de sua aplicação questionável, sobretudo por diversos escândalos de discriminação e erros metodológicos perpetrados por outros

governos estrangeiros que adotaram determinado algoritmo, como no caso do mencionado *PredPol*, que inclusive teve sua aplicação pelo Governo do Estado da Califórnia em 2020 encerrada justamente por suas falhas metodológicas. E aqui, situações semelhantes também acompanharam a implementação da tecnologia.

No ano de 2023, por exemplo, em uma investigação conduzida pela Polícia Federal, foi descoberto que o PCC (Primeiro Comando da Capital), maior organização criminosa de São Paulo, tinha acesso às câmeras de vigilância integradas ao sistema "Detecta", descobertas após a retirada do sigilo de uma investigação sobre o plano de assassinato da organização em relação ao Senador Sérgio Moro (União Brasil) (Ribeiro, 2023).

Conforme é possível identificar na imagem abaixo, a partir do acesso às câmeras de vigilância, os criminosos conseguiram acessar informações identificadoras de uma viatura descaracterizada da Polícia Civil de SP, tais como: nome do modelo, chassi, proprietário e afins:

Figura 1 – Conversa entre criminosos do PCC com acesso às câmeras de vigilância do Detecta



Fonte: Ribeiro (2022)

Como se não bastasse tamanho absurdo, em 2016, o Tribunal de Contas do Estado já havia conduzido uma investigação acerca do funcionamento do Sistema Detecta por 15 meses, concluindo que o sistema simplesmente não funciona de forma eficiente por uma série de deficiências técnicas:

Para os técnicos do TCE, que ficaram 15 meses investigando esse projeto - por meio da análise de documentos, entrevistas com policiais e vistorias in loco em centros de comando, delegacias e batalhões -, há conflitos entre sistemas operacionais, falta de infraestrutura e treinamento para que de fato se substituam agentes no monitoramento 24 horas de imagens de segurança (Agência Estado, 2016, *online*).

Apesar da informação conflitar com os dados apresentados pelo Governo do Estado de SP, que prontamente refutou tal investigação, a ausência de uma regulação adequada de tais tecnologias certamente dificulta a aferição e o controle real do uso desse tipo de tecnologia.

E mesmo com escândalos de vazamento do acesso do sistema aos criminosos, frente à exposição de dados sensíveis de pessoas e de informações absolutamente protegidas pelo estado e o questionamento do funcionamento da tecnologia, alguns locais estão expandindo ainda mais o raio de atuação do sistema, sem que haja o devido controle de segurança necessário. Como exemplo, é possível citar o caso da prefeitura de Diadema que, conforme dados apresentados em seu site no ano de 2023, simplesmente dobrou o número de barreiras do sistema "Detecta", com metas de ainda maiores de aumento. Como isso é possível?

Ora, a matéria de segurança pública diz respeito a uma política de governo, de forma que alcançar resultados aparentemente positivos ou fazer investimentos no simples aumento da disponibilidade de tecnologia de combate à criminalidade traz benefícios políticos ao governo que adotou o sistema de policiamento preditivo. Como saber se seu uso está ou não sendo enveredado para favorecimentos numéricos no efetivo de prisões, por exemplo, se não existe uma regulamentação adequada sobre a aplicação destes algoritmos e sequer a possibilidade de acesso a esses dados pelo cidadão comum? Nem a própria Lei de Acesso à Informação parece ser aplicável, pois como saber se o sistema captou e armazenou meus dados se não tenho acesso *per se* a ele?

Esse é, sem dúvida, o grande questionamento posto em discussão, a respeito do qual não existe, ainda, uma resposta precisa, já que sua aplicação não apresentou a transparência necessária à sociedade civil brasileira até o momento. E o pior: este vácuo legislativo – consistente na primeira linha de pressuposto regulatório *in casu* – é ainda mais injustificado quando analisada a discussão pela óptica internacional, muito mais avançada e pormenorizada em comparação à nacional, pois mesmo que longe do ideal, ainda representa um espelho basilar para a perspectiva regulatória brasileira.

3 FALTA DE ADEQUAÇÃO LEGISLATIVA E TÉCNICA NACIONAL PERANTE DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

O Brasil, como ressaltado anteriormente, tem como conquista mais recente a sanção da LGPD em 2020, que traçou uma série de proteções mais específicas e consistentes em relação ao uso e proteção de dados, abrangendo até mesmo dispositivos que direcionam obrigações de reparação quando do descumprimento de suas diretrizes, tal como em seu art. 42:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

Aqui, partindo de uma análise mais teórica (e, portanto, sem vincular uma interpretação ao uso dos algoritmos de policiamento preditivo), há duas partes passíveis que possuem alguma responsabilização em relação ao tratamento de dados: o operador e o controlador. Em suma, o operador corresponde à “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (art. 5º, VII, LGPD), sendo a parte diretamente encarregada de gerir e operar os dados pelos quais a empresa ou o órgão armazena. Por outro lado, o controlador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”, não consistindo na parte que diretamente trata de tais dados, mas sim da parte que os regula, que determina a forma de gestão dos dados em seu domínio, o que consequentemente demonstra uma relação de subordinação do operador em relação ao controlador.

Diante dessas definições, vale mencionar e exemplificar a relação entre uma empresa de *e-commerce* e empresas de logística quanto ao uso das plataformas de entrega: enquanto as empresas de logística ficam responsáveis por operar o sistema da empresa e lidar com os dados dos cadastros dos funcionários e dos compradores (assumindo o papel de ‘operadoras’), a própria empresa de *e-commerce* fica responsável por ditar as regras sobre como tais dados serão operados, se encaixando no papel de “controladora”.

Deslocando tal lógica para o uso de algoritmos de policiamento preditivo, assim como exposto no item anterior, os governos estaduais ficam responsáveis por adquirir a tecnologia e delegar sua utilização a um terceiro (geralmente sob coordenação da secretaria de segurança pública do estado em cada caso). Frente a isso, enquanto esses terceiros representam os operadores dos sistemas de vigilância, o governo estadual fica responsável por estabelecer quais os propósitos de aplicação dos algoritmos (delimitar as regiões estratégicas, o raio de atuação etc.).

No entanto, sob quais premissas o governo estadual lastreia aquilo que pode ou não pode na vigilância? Para além das legislações criminais, não há sequer

um controle ou fiscalização em relação a tal uso, o que pode ensejar não só um futuro vazamento de dados sensíveis – que já ocorreu no caso do Detecta – como, também, ser gerada uma incerteza a respeito desses dados, que podem não estar sendo usados de forma isonômica e própria como determinada a lei³. Apesar da falta de delimitação normativa para a utilização da tecnologia, não há sequer como mensurar se há respeito à política de proteção de dados da LGPD, pois os próprios estados se autorregulam. E a pergunta que deve ser feita é: tal autorregulação ocorre em todos os sistemas de policiamento preditivo no mundo?

A resposta é não: apesar de o uso dos algoritmos de policiamento preditivo ser bastante controverso nos locais aplicados mundialmente, há exemplos onde sua aplicação goza de muito maior comprometimento do que se projeta nacionalmente. Como exemplo, foram elaborados diversos documentos bem recentes que orientam sobre o uso regrado de algoritmos de inteligência artificial, sendo alguns dos mais importantes a Declaração de Toronto (2018) e a Declaração sobre Ética e Proteção de Dados em IA (2018). Para além destes, várias organizações e eventos ao redor do mundo começaram a pautar uma atuação em prol de uma governança ética para com o emprego de algoritmos, como a Conferência Internacional dos Delegados para a Proteção de Dados e Privacidade (ICDPPC) e o próprio governo britânico (Lemes, 2009). Para estes, destacam-se as inúmeras bases para o uso racional, humano e regrado da IA, o que conseqüentemente atesta a existência de uma base principiológica muito carente na legislação brasileira para a temática:

Assim, em face dos trabalhos estudados, identificou-se que os princípios recomendados se encaixavam sob as seguintes categorias principais: transparência, *accountability*, responsabilidade, inteligibilidade, explicabilidade, precisão, auditabilidade, respeito aos direitos humanos, engajamento público, justiça e imparcialidade (Lemes, 2009, p. 22).

Mas, de toda a legislação pertinente sobre o tema elaborada até o momento, aquela que mais trouxe completude em sua perspectiva regulatória diz respeito ao *AI Act* (2023), que é a legislação do Parlamento Europeu dedicada à regulação do uso da inteligência artificial em seu território. Nela, logo de cara já é possível identificar que a comissão responsável pela elaboração teve uma preocupação universal quanto à aplicação da IA, inclusive quanto ao seu uso na área da segurança pública, ressaltando justamente o ponto mais sensível da problemática aqui no Brasil: a falta de equilíbrio de poder entre o agente operador da tecnologia (estado ou município responsável pela implantação da tecnologia, viabilizada por meio do órgão policial competente) e o indivíduo sujeito à captação de dados e a sujeição deste às discricionariedades da política de governo na aplicação do sistema:

Asações das autoridades policiais que implicam certas utilizações dos sistemas de IA são caracterizadas por um grau substancial de desequilíbrio de poder e podem conduzir à vigilância, detenção ou privação da liberdade de uma pessoa singular, bem

3 Em especial pelos diversos casos de discriminação algorítmica nos países que implementaram algoritmos em locais públicos.

como ter outros impactos adversos nos direitos fundamentais garantidos pela Carta. Em particular, se não for treinado com dados de alta qualidade, não cumprir os requisitos adequados em termos de exatidão ou solidez ou não tiver sido devidamente concebido e testado antes de ser colocado no mercado ou em serviço, o sistema de IA pode destacar pessoas de uma forma discriminatória ou incorreta e injusta. Além disso, o exercício de importantes direitos fundamentais processuais, como o direito à ação e a um tribunal imparcial, a presunção de inocência e o direito de defesa, pode ser prejudicado, em particular, se esses sistemas de IA não forem suficientemente transparentes, explicáveis e documentados (European Commission, 2021, p. 30).

Tal preocupação não é desmedida, pois dentre todos os prejuízos que um sistema algorítmico pode causar na esfera da segurança pública, aquele que demonstra maior sensibilidade e impacto na discussão pública é justamente o potencial discriminatório que tais algoritmos podem causar, pois ao mesmo tempo que a ferramenta busca facilitar o combate e a prevenção ao crime, seu uso frequentemente acaba por abrir espaço para a discriminação racial e de gênero, o que não apenas é vedado pela Constituição Federal como, também, é tipificado na legislação penal brasileira. E pior: este é um problema que acomete tal tecnologia há vários anos na experiência internacional, apesar de seu estágio mais avançado em relação ao Brasil.

Em uma análise desenvolvida pela corporação jornalística *ProPublica* a respeito do *Correctional offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS), software americano com a finalidade de aferir a probabilidade de cometimento de novos crimes por parte de réus condenados no sistema jurídico americano, foi constatado que tal tecnologia possui um evidente viés racial em sua aplicação, com 57,6% dos infratores afro-americanos recebendo uma classificação de risco alta enquanto apenas 33,1% dos caucasianos recebem tal classificação (Brackey, 2019). E para piorar, a mesma pesquisa apontou que o software analisado possui uma taxa de eficiência próxima aos 66% (Brackey, 2019), ou seja, não só há um evidente viés discriminatório no bojo do software como, também, há um problema de precisão da tecnologia em si por meio de valores inaceitáveis (Zhang; Han, 2021). Ora, como uma tecnologia aplicada no bojo do Direito Penal enquanto *ultima ratio* continua sendo aplicada a despeito de sua baixa precisão e, pior, diante de seu sabido viés discriminatório? Com base na função ressocializante da pena, como o apenado conseguirá ser reinserido na sociedade se a tecnologia responsável por o reavaliar é incapaz de fazer uma análise neutra e justa dos fatos?

As revoluções tecnológicas representam um caminho sem volta que permeará os confins da sociedade cada vez mais, logo, negar seu desenvolvimento, tal como feito nos históricos movimentos ludistas na Revolução Industrial, é negar a realidade. No entanto, séculos depois, a sociedade foi capaz de garantir conquistas sociais e liberais cuja natureza é inegociável, não havendo tecnologia com o mínimo de legitimidade para suplantá-las, mas sim para obedecê-las e respeitá-las. E nesse sentido, Ferrajoli (2022) observa que tais garantias representam uma evolução moral no seio coletivo responsável por atribuir legitimidade ao Direito Positivado, de maneira que elementos supervenientes a sua consagração representam um

retrocesso a este status, sendo a discriminação um claro exemplo de prejuízo a essas conquistas:

Muitos dos princípios morais que servem de base para negar a justificação de certas proibições ou para justificar certos delitos estão incorporados ao direito positivo como outros tantos limites ou condições ou princípios jurídicos de deslegitimação de uns e de legitimação de outros. E o caso do princípio constitucional de igualdade, que permite considerar como não válidos, antes mesmo de qualquer juízo de justiça, os atos de discriminação entre os destinatários dos preceitos penais em razão de raça, sexo ou outras condições de status', ou daquelas normas penais sobre "eximentes", "causas de exculpação" ou "causas de justificação", que permitem em todos os ordenamentos evoluídos justificar, não só moralmente, senão também juridicamente, os delitos praticados em determinadas circunstâncias, como o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de um direito etc. Mas, sobretudo, podemos encontrar os princípios inerentes às garantias penais e processuais, formalizados no nosso sistema SG, como outras tantas prescrições sobre as condições da pena. E, ao contrário, a incorporação limitadora de todos estes princípios ou valores sob a forma de garantias o que distingue, conforme vimos, o moderno Estado de direito em matéria penal; e somente por meio do número, qualidade e nível de efetividade dos princípios assim incorporados pode-se valorar sua justiça e medir seu grau de garantismo. (Ferrajoli, 2002, p. 369)

Diante disso, vários algoritmos aplicados ao redor do mundo, quando não descontinuados, estão passando por uma restrita revisão de seus elementos constitutivos a fim de que suas falhas metodológicas sejam superadas, perpassando pela necessidade do sistema de IA ser treinado com dados de alta qualidade (I), pelo cumprimento de requisitos adequados em termos de precisão ou robustez (II) e pela concepção e testagem da tecnologia antes de ser colocada no mercado ou de entrar em serviço (III), deixando claro que grande parte dos pontos deficientes apontados ao longo do texto na legislação nacional (ou sua falta) constituem questões basilares na operabilidade tecnológica internacional, principalmente em um contexto europeu, que vem buscando tais mudanças por meio de alterações legislativas e regulatórias significativas. Obviamente, nem todos os documentos possuem caráter vinculante, mas, ao menos no que diz respeito ao caráter instrutório, certamente é nítido o contraste.

Por isso, com o Brasil adquirindo tais tecnologias de fornecedores estrangeiros, a expectativa é que os erros aqui apontados sejam devidamente observados pelo poder público nacional de forma preventiva, que deverá se manifestar por meio de um arcabouço legislativo-regulatório capaz de proteger as garantias fundamentais aqui contempladas e protegidas, além de auxiliar as forças policiais nos diversos problemas crônicos da segurança pública brasileira.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, fica claro que a proposta apresentada pelos estados na implantação dos algoritmos de policiamento preditivo goza de legitimidade constitucional no sentido de se aderir conquistas tecnológicas aos mecanismos de prevenção de crimes já existentes nas circunscrições policiais. Todavia, a falta de uma legislação própria e de entendimentos jurisprudenciais dos órgãos superiores em relação ao tema constitui um conjunto de empecilhos à implementação de tais tecnologias por parte do poder público, pois a autorregulamentação por seus governantes e secretarias de segurança pública, como exposto, não foi capaz de demonstrar a devida transparência no funcionamento dos algoritmos utilizados, principalmente em como operam em relação ao Big data cada vez mais alimentado com dados sensíveis. Quando comparado aos nortes de documentos internacionais de governança ética no uso da inteligência artificial, tal disparidade é ainda mais evidente.

A eficiência de tais sistemas no Brasil não está ligada à obtenção de dados favoráveis a curto prazo, mas sim ligada a uma gestão de dados coerente, ética e voltada a tão somente suprimir problemas sensíveis à coletividade, e não os substituir – os problemas metodológicos, discriminatórios e de vazamento de dados expostos apenas comprovam essa urgência! Por isso, acredita-se que o mais correto seria que o legislativo tomasse como referência medidas e tratados internacionais consolidados sobre o tema para que houvesse o mínimo de regulamentação específica em sua implementação, sobretudo pelo fato de a LGPD ter sido aprovada há pouco tempo, o que ensejaria uma série de discussões muito ricas para tanto.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. Sistema Detecta da polícia não identifica crimes, diz TCE. *Estado de Minas*, 2016. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2016/08/13/interna_nacional,793718/sistema-detecta-da-policia-nao-identifica-crimes-diz-tce.shtml. Acesso em: 17 mar. 2023.

AGRELA, L. Inteligência artificial começa a chegar à segurança pública. *Revista Exame*, jul. 2021. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/inteligencia-artificial-comeca-a-chegar-a-seguranca-publica/>. Último acesso em: 29 jul. 2021.

BRACKEY, A. *Analysis of Racial Bias in Northpointe's COMPAS Algorithm*. Tulane University School of Science and Engineering, 2019. Disponível em: <https://www.proquest.com/openview/492b784291d8ff8e65dfdc3b7fe92206/1?pq-origsite=gscholar&cbl=18750&diss=y>. Acesso em: 16 jun. 2024.

BRANCHER, P. M. R. Proteção internacional de dados pessoais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). *Tomo: Direito Internacional*. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/496/edicao-1/protecao-internacional-de-dados-pessoais>. Acesso em: 27 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm. Acesso em: 19 ago. 2021;

ENSIGN, D.; FRIEDLER, S. A.; NEVILLE, S.; SCHEIDEGGER, C.; VENKATASUBRAMANIAN, S. Runaway Feedback Loops in Predictive Policing. *Proceedings of Machine Learning Research*. [S. l.] Vol. 81, pag. 1-12, 2018. Disponível em: <https://proceedings.mlr.press/v81/ensign18a.html>. Acesso em: 21 ago. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. *Regulamento do parlamento europeu e do conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União*. Bruxelas, EU: European Commission, 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Acesso em: 20 mar. 2024.

FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GLESS, S. Policiamento preditivo: em defesa dos “verdadeiros positivos”. *Revista Direito GV*, vol. 16, n. 1, São Paulo: 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/81697>. Acesso em: 19 mar. 2024.

GOMES, L. S.; ANDRADE, W. L. S. Novas tecnologias de vigilância e o policiamento brasileiro. In: *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Ed. 51, 2020. Disponível em: <https://fontesegura.forumseguranca.org.br/novas-tecnologias-de-vigilancia-e-o-policiamento-brasileiro/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

GOVERNO DO ESTADO DE SP. Detecta monitora o Estado de SP com mais de três mil câmeras de vídeo. *Portal do Governo de São Paulo*. São Paulo, SP: 2017. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/detecta-monitora-o-estado-de-sao-paulo-com-3-mil-cameras-de-video/>. Acesso em: 07 ago. 2021.

LEMES, M. M. *Inteligência artificial, algoritmos e policiamento preditivo no poder público federal brasileiro*. Tese (graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/24565>. Acesso em: 27 ago. 21.

MENEZES, C. S.; SANLLEHÍ, J. R. A. Big data, inteligência artificial e policiamento preditivo: bases para uma adequada regulação legal que respeite os direitos fundamentais. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 26, n. 1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17553>. Acesso em: 19 ago. 2021.

MORAES, F. O. *Policiamento preditivo e aspectos constitucionais*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) - Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO), Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=59303@1>. Acesso em: 20 mar. 2024.

OLIVEIRA JUNIOR, I.; SANTOS, F. C. C. Inteligência artificial e policiamento preditivo: possibilidades de inovação tecnológica para a Polícia Militar do Paraná no enfrentamento aos crimes violentos contra o patrimônio com emprego de explosivos. *Brazilian Journal of Technology*, Curitiba, v.5, n.1, p. 30-62, 2022.

PEREIRA, V. A. *et al. Análise criminal*. Relatório de análise situacional (Curso Superior de Polícia). 25 f. Academia Policial Militar do Guatupê, São José dos Pinhais, 2020.

POLÍCIA MILITAR DO PARANÁ (PMPR). *Sistema de Atendimento e Despacho de Emergências (SADE)*, ed. 1, Curitiba: PMPR, 2022.

PREFEITURA DE DIADEMA. Diadema dobra número de barreiras eletrônicas do Sistema Detecta. *Site da Prefeitura de Diadema*, 2023. Disponível em: <https://portal.diadema.sp.gov.br/diadema-dobra-numero-de-barreiras-eletronicas-do-sistema-detecta/>. Acesso em: 05 mar. 2024.

RIBEIRO, B. PCC tinha acesso a sistema de câmeras do governo de SP, diz PF. *Metrópoles*, 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/sao-paulo/policia-sp/pcc-tinha-acesso-a-sistema-de-cameras-do-governo-de-sp-diz-pf#:~:text=S%C3%A3o%20Paulo%20%E2%80%93%20A%20c%C3%A9lula%20do,segundo%20relat%C3%B3rio%20produzido%20pela%20Pol%C3%ADcia>. Acesso em: 13 mar. 2024.

SANTOS, T. F. M. A implantação do sistema de atendimento e despacho de emergências via mobile no 10º batalhão da Polícia Militar do Paraná. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v.9, n.3, p. 11214-11241, 2023. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/58189/42417>. Acesso em: 21 mar. 2024.

ZHANG, J.; HAN, Y. Algorithms Have Built Racial Bias in Legal System-Accept or Not? *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, Atlantis Press, vol. 631, p. 1217-1221, 2021.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: LA “LEY MICAELA” COMO HERRAMIENTA DE FORMACIÓN OBLIGATORIA DE JUEZAS Y JUECES

Pablo Perel*

RESUMEN

Este trabajo tiene una finalidad eminentemente práctica y propositiva: pretende aportar al fortalecimiento de las instituciones provinciales desde una perspectiva de derechos humanos y en línea con su compromiso públicamente asumido en el avance hacia la igualdad de género. En el contexto de la Provincia de Buenos Aires, el poder judicial cuenta con herramientas legales para la aplicación de una perspectiva de género que permita juzgar con criterios de igualdad. La sanción de la Ley 15134 dota a los organismos públicos de una propuesta metodológica y política para sostener el, postergado, avance igualitario.

Palabras-clave: poder judicial; Ley Micaela; formación de juezas y jueces.

Fecha de envió: 11/11/2024

Fecha de aprobación: 11/11/2024

* Se recibió de abogado, con diploma de honor, por la UBA. Es Doctorando en la Universidad de Valencia, España y en la Universidad de Buenos Aires. Realizó estudios doctorales, previamente, en la Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Francia. Obtuvo un Master de la Università degli Studi di Genova, Italia y de la Universidad Pablo de Olavide, España. Actualmente dirige la Escuela Judicial de Buenos Aires. Posee una vasta trayectoria como investigador y profesor en universidades nacionales y extranjeras; es formador de formadores por la Escuela Nacional la Magistratura de Brasil (ENFAM) y replicador por la Corte Suprema de Argentina en temas de género; integró delegaciones ante Naciones Unidas y fue consejero consultivo de la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE), ex becario de la Agencia Sueca de Cooperación, fue director de proyectos DECYT y becario UBACyt. En su labor profesional cumplió funciones en la Suprema Corte de Justicia, la Procuración General de la Nación, el Consejo de la Magistratura nacional, el Consejo de la Magistratura de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y como Secretario de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), entre otros ámbitos. Contacto: pperel@derecho.uba.ar

PERSPECTIVA DE GÊNERO NO PODER JUDICIÁRIO DA PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES: A “LEY MICAELA” COMO FERRAMENTA DE FORMAÇÃO OBRIGATÓRIA DE JUÍZAS E JUÍZES

Pablo Perel

RESUMO

Este trabalho tem uma finalidade eminentemente prática e propositiva: pretende contribuir para o fortalecimento das instituições provinciais a partir de uma perspectiva de direitos humanos e alinhado ao compromisso publicamente assumido em direção à igualdade de gênero. No contexto da Província de Buenos Aires, o poder judiciário dispõe de ferramentas legais para a aplicação de uma perspectiva de gênero que permita julgar com critérios de igualdade. A promulgação da Lei 15134 oferece aos organismos públicos uma proposta metodológica e política para sustentar o avanço igualitário, que foi adiado.

Palavras-chave: poder judiciário; Lei Micaela; formação de juízas e juízes;

Data de submissão: 11/11/2024

Data de aprovação: 11/11/2024

GENDER PERSPECTIVE IN THE JUDICIARY OF THE PROVINCE OF BUENOS AIRES: THE “MICAELA LAW” AS A TOOL FOR MANDATORY TRAINING OF FEMALE AND MALE JUDGES

Pablo Perel

ABSTRACT

This work has an eminently practical and propositional purpose: it aims to contribute to the strengthening of provincial institutions from a human rights perspective and in line with their publicly stated commitment to advancing gender equality. In the context of the Province of Buenos Aires, the judiciary has legal tools to apply a gender perspective that allows for judging with criteria of equality. The enactment of Law 15134 provides public institutions with a methodological and political approach to support the long-delayed progress toward equality.

Keywords: Judiciary; Micaela Law; education of judges.

Date of submission: 11/11/2024

Date of approval: 11/11/2024

INTRODUÇÃO

El proyecto jurídico feminista se plantea el acceso a la justicia como una forma de luchar contra la opresión de género y como un instrumento para protección de los derechos de las mujeres, todo lo cual exige y, a la vez da por supuesta, la necesidad de crear una serie de condiciones destinadas a destruir los profundos cimientos del patriarcado, sobre los que se ha instalado la desigualdad social estructural entre hombres y mujeres (Heim, 2016, p. 29).

Este trabajo tiene una finalidad eminentemente práctica y propositiva: busca contribuir al fortalecimiento de las instituciones provinciales desde una perspectiva de derechos humanos, alineándose con el compromiso que dichas instituciones han asumido públicamente en el avance hacia la igualdad de género.

En el contexto de la Provincia de Buenos Aires, el poder judicial dispone de herramientas legales que facilitan la implementación de una perspectiva de género, permitiendo que las decisiones judiciales se basen en criterios de equidad. La sanción de la Ley 15134 proporciona a los organismos públicos un enfoque metodológico y político sólido, destinado a impulsar, de manera sostenida, el necesario y largamente esperado avance hacia la igualdad.

1 DESIGUALDAD ESTRUCTURAL EN MATERIA DE GÉNERO AL INTERIOR DEL PODER JUDICIAL PROVINCIAL

Desde 2007, hemos proyectado con el equipo de trabajo del Instituto de Estudios Judiciales que tuve el honor de dirigir en la Suprema Corte, informes de trabajo para la consideración de las máximas autoridades provinciales poniendo diferentes énfasis y necesarias urgencias.

Como se sabe, el máximo tribunal de justicia provincial cuenta actualmente con una sola mujer, la Jueza Hilda Kogan. En las integraciones anteriores ni siquiera estuvo prevista paridad de género alguna. Por su parte, el Consejo de la Magistratura bonaerense, tuvo hasta 2020, solo dos consejeras titulares mujeres entre 14 consejeros titulares varones¹.

En términos de trabajo articulado para remover los obstáculos que dificultan la plena aplicación de la ley citada que exige ámbitos paritarios y la formación permanente y obligatoria en materia de género distintos espacios han avanzado en sus iniciativas de políticas públicas.

Entre ellos, la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, observa que

en la totalidad de la composición del Poder Judicial provincial se advierte una subrepresentación femenina en los cargos más altos: los juzgados están encabezados por varones en un 61% de los casos, aunque en las Secretarías la proporción se invierte. La

¹ Ver Sitio web del Consejo de la Magistratura, sección Institucional, Integrantes, que informa el listado de Consejeros al 11/04/2020, disponible en <http://www.cmagistratura.gba.gov.ar/>.

representación de mujeres es menor a medida que la jerarquía de los cargos es más alta. Mientras que la proporción en los juzgados de primera instancia es de 41% de juezas y 59% de jueces, en las Cámaras de Apelación la proporción es 77% jueces y 23% juezas. Esta disparidad es particularmente problemática no solo porque atenta contra el derecho a la igualdad de las mujeres, sino también porque afecta la legitimidad de las decisiones del poder judicial, institución con un rol relevante a la hora de resolver conflictos con potencial impacto o trascendencia social (Acosta, *et al*, 2019, p. 30).

Sin duda, la sub-representación de las mujeres no es drama que exclusivamente pueda atribuirse a la dinámica judicial sino que se encuentra instalado en los estereotipos y patrones de funcionamiento de la administración pública provincial.

En el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires sólo tres mujeres ocuparon el cargo de vicegobernadora. El Poder Legislativo demuestra, de modo contundente, como los varones constituyen mayoría en las dos cámaras de representantes (Infocielo, 2019).

Un estudio pormenorizado realizado por organizaciones no gubernamentales demuestra, además, que en la Provincia de Buenos Aires el Secretario General, el Fiscal de Estado², el Asesor General de Gobierno³, el titular de la Agencia de Recaudación, el Defensor del Pueblo y el Contador General de la Provincia son varones, al igual que los cinco vocales del Tribunal de Cuentas. Cuando se miran las intendencias municipales los resultados son igualmente dramáticos: de 135 municipios, sólo 6 (un 8,1%) están encabezados por mujeres⁴.

Por cierta, la histórica sub representación institucional y política de un colectivo que representa a más del 50% de la población bonaerense (Estadística, [2024], *online*) es un tema de fondo y configura una situación de alarma cuando se tiene en cuenta la notoria desigualdad en materia de acceso a derechos que padecen las mujeres. Según estudios especializados “la brecha salarial promedio entre varones y mujeres en Argentina es del 25%” (OIT, 2018, *online*). Al mismo tiempo las mujeres dedican el doble de tiempo que los varones a tareas domésticas y de cuidado no remuneradas (INDEC, 2014), lo que a su vez las expone a mayores condiciones de vulnerabilidad en contextos de crisis económicas o emergencias sanitarias como la que vivimos actualmente. En Argentina, “una mujer muere cada 23 horas víctima de la violencia de género” (CCN, 2020, *online*); una enorme parte de esos casos tienen lugar en la Provincia de Buenos Aires (Infocielo, 2019).

En las más diversas esferas pueden encontrarse otros ejemplos de la desigualdad. Como se adelantó, la subrepresentación de las mujeres en la vida pública

² De los 43 Fiscales de Estado que tuvo la Provincia de Buenos Aires, ninguno fue mujer.

³ Hubo sólo una asesora en toda la historia de la Provincia, según se informa en el propio sitio oficial del organismo. Ver http://www.asesoria.gba.gov.ar/informacion/asesores.php#Santiago_Perez_Teruel

⁴ Ver información oficial disponible en <https://www.gba.gob.ar/municipios> (que muestra que solo hay intendencias a cargo de mujeres en Cañuelas, Carlos Tejedor, General Arenales, Moreno, Presidente Perón, Quilmes).

refuerza los estereotipos que están en el núcleo de todas las manifestaciones de desigualdad, y sesga las experiencias que se ven reflejadas en la toma de decisiones públicas. Por ello, la imperiosa necesidad de contar con una representación de género igualitaria en los ámbitos de decisión se magnifica en momentos de crisis económica, sanitaria o bélica. Ello por cuanto

este tipo de situaciones pueden exigir la adopción de medidas de protección para las mujeres, quienes se ven especialmente afectadas por ser quienes en mayor medida cubren las tareas de cuidado familiar, ejercen trabajos de cuidado en el ámbito de la salud o trabajos informales (We Forum, 2020, *online*)

y, debido a las medidas de aislamiento social, se encuentran más expuestas a situaciones de violencia doméstica o intrafamiliar (Mora, 2020).

Desde la mirada que proponemos en este trabajo, las cuatro vacantes a cubrir en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires generan una indiscutible oportunidad para comenzar a eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública de la Provincia⁵, mediante la nominación de una ministra mujer para cubrir el cargo. Desde luego, esta decisión política, debería ser parte de otras acciones deliberadas y concretas para compensar la desigualdad estructural que afecta a este colectivo y a otros colectivos subrepresentados en la vida política y pública.

2 MÍNIMA INTRODUCCIÓN AL MARCO NORMATIVO PARA PROMOVER LA IGUALDAD DE GÉNERO

Desde 1994, la Constitución Nacional argentina incorporó la garantía de igualdad sustantiva, mencionando expresamente a las mujeres como titulares de este derecho⁶. Ese mismo año se dio jerarquía constitucional a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (comúnmente conocida por sus siglas en inglés como CEDAW).

Esta convención, que obliga a los Estados Provinciales por igual que al Estado Nacional⁷, compromete a los gobiernos a tomar medidas adecuadas de diferente clase para modificar normas, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer” (art. 2, inc. “f”). En particular, obliga a adoptar medidas “para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, [garantizar] en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a (...) participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales” (art. 7). Las funciones públicas a las que refiere la CEDAW incluyen a la judicial (UN Women, 1987).

⁵ Conf. Art. 7 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

⁶ Art 75 inc. 23. de la Constitución Nacional

⁷ Artículo 31 CN; Fallos: 331:2777, entre otros.

De acuerdo con la interpretación autorizada de estas disposiciones, la máxima participación de la mujer en todas las esferas y la toma de decisiones en igualdad de condiciones es indispensable para el pleno desarrollo de un país y para asegurar una democracia real, dinámica y duradera (UN Women, 1987).

Con esa lógica, considerando los siglos de dominación masculina, las mujeres necesitan del apoyo de diferentes sectores, incluido de quienes ejercen la función pública. Por eso, los Estados “tienen la responsabilidad (...) de nombrar a mujeres en cargos ejecutivos superiores...” (UN Women, 1987); y de superar los obstáculos para la plena participación de las mujeres en la formulación de la política gubernamental (UN Women, 1987). El nombramiento de mujeres en cargos simbólicos puede tener un efecto significativo en la remoción de las barreras que desalientan la participación femenina en la vida pública.

En línea con ello, en sus observaciones finales para la Argentina (2016), el Comité CEDAW manifestó preocupación por “la representación insuficiente de las mujeres [...] en particular en los puestos de adopción de decisiones [...] así como en la dirección de las administraciones provinciales y municipales” y recomendó la adopción y aplicación de

medidas especiales de carácter temporal⁸, de conformidad con el artículo 4 1) de la Convención y su recomendación general núm. 25 (2004) sobre el tema, a los niveles federal, provincial y municipal, con metas y plazos concretos para acelerar la igualdad sustantiva entre las mujeres y los hombres en todos los ámbitos en los que las mujeres siguen estando en situación de desventaja o insuficientemente representadas, en particular las mujeres indígenas y afrodescendientes, las mujeres migrantes, las mujeres de edad y las mujeres con discapacidad (CEDAW, 2016).

La Constitución de la Provincia está guiada por pautas similares. No admite “...distinciones, discriminaciones ni privilegios por razones de sexo...” (art. 11), y obliga a la Provincia a “...promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social” (idem). La carta provincial tiene un expreso compromiso con la igualdad sustantiva, al promover “...la eliminación de los *obstáculos* económicos, sociales o *de cualquier otra naturaleza*, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” (art. 36, el destacado es propio). Esta misma cláusula reconoce el derecho de toda mujer a no ser discriminada por su sexo.

⁸ Como un ejemplo de una medida de esta clase, puede verse el Acuerdo 3961/19 de la SCBA, donde a la hora de designar una mujer al frente de la Secretaría Laboral del Tribunal, se hizo referencia a la “acción positiva dirigida a asegurar una mayor participación de las mujeres en los cargos directivos y de toma de decisiones del Tribunal”.

CONCLUSIÓN

En los tiempos venideros que siguen propondremos iniciativas, que surgen de la dinámica colectiva y el movimiento por la igualdad, y aportaremos información que pueda ser tomada para el diseño de políticas públicas concretas con dos objetivos inmediatos:

- A. La designación de mujeres en los máximos niveles de decisión judicial, con reconocida versación jurídica e independencia, para cubrir los cargos vacantes de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, valorando especialmente su compromiso con los derechos humanos y la igualdad de género.
- B. La aprobación de una normativa para cubrir futuras vacantes en la SCBA que asegure -como lo hace el Decreto 222/2003 a nivel nacional- que la composición del tribunal de ahora en más sea acorde a los compromisos de igualdad sustantiva asumidos a nivel constitucional e internacional por la República Argentina y la Provincia de Buenos Aires.

Todo esto, bajo la premisa de que se trata de medidas que lejos de generar más presión sobre el gasto público contribuyen a generar instituciones igualitarias.

REFERENCIAS

CONSELHO DA MAGISTRATURA DA PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES. Página oficial. Disponible em: <http://www.cmagistratura.gba.gov.ar/>. Acceso em: 11 nov. 2024.

ACOSTA, M.; GARCÍA, N.; PÉREZ CRISPIANI, C. La Clínica Jurídica desde adentro: techo de cristal en el Poder Judicial bonaerense. *Revista de Interés Público*, año 3, n. 4, p. 23-28. Disponible em: http://www.jursoc.unlp.edu.ar/images/banco_fotos/extension/REDIP4.pdf. Acceso em: 11 nov. 2024.

OFICINA DE LA MUJER DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Disponible em: <https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/login/mostrarLogin.html>. Acceso em: 11 nov. 2024.

INFOCIELO. *La paridad sigue en deuda en la Legislatura Bonaerense: las mujeres siguen siendo menos*. 6 nov. 2019. Disponible em: <https://infocielo.com/nota/111751/la-paridad-sigue-en-deuda-en-la-legislatura-bonaerense-las-mujeres-siguen-siendo-menos/>. Acceso em: 11 nov. 2024.

ASSESSORIA GERAL DA PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES. *Informações sobre assessores*. Disponible em: http://www.asesoria.gba.gov.ar/informacion/asesores.php#Santiago_Perez_Teruel. Acceso em: 11 nov. 2024.

GOVERNO DA PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES. *Municípios*. Disponible em: <https://www.gba.gov.ar/municipios>. Acceso em: 11 nov. 2024.

GOVERNO DA PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES. *Población*. Disponível em: <http://www.estadistica.ec.gba.gov.ar/dpe/index.php/poblacion>. Acesso em: 11 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *The future of work in the COVID-19 crisis*. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_650553.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E CENSOS (INDEC). *Encuesta sobre el trabajo en la Argentina*. 14 jul. 2020. Disponível em: https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/tnr_07_14.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024.

CNN EN ESPAÑOL. *Las medidas contra el feminicidio en Argentina*. 3 mar. 2020. Disponível em: <https://cnnespanol.cnn.com/2020/03/03/las-medidas-contra-el-feminicidio-en-argentina/>. Acesso em: 11 nov. 2024.

INFOCIELO. *Cifras alarmantes de la violencia de género en Argentina: muere una mujer cada 26 horas*. Disponível em: <https://infocielo.com/nota/112352/cifras-alarmantes-de-la-violencia-de-genero-en-argentina-muere-una-mujer-cada-26-horas/>. Acesso em: 11 nov. 2024.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Coronavirus fallout may be worse for women than men. Here's why*. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2020/03/the-coronavirus-fallout-may-be-worse-for-women-than-men-heres-why/>. Acesso em: 11 nov. 2024.

MORA MORA, Alejandra. *Coronavirus: Una pandemia mundial que afecta diferenciadamente a las mujeres*. Disponível em: <https://dialogocim.wordpress.com/2020/03/18/coronavirus-una-pandemia-mundial-que-afecta-diferenciadamente-a-las-mujeres/>. Acesso em: 11 nov. 2024.

CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>. Acesso em: 11 nov. 2024.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*. 16º período de sesiones, 1997. Recomendación general N° 23: Vida política y pública.

ACUERDO 3961/19 DE LA SCBA. Disponível em: <https://www.scba.gov.ar/>. Acesso em: 11 nov. 2024.

CEDAW/C/ARG/CO/7. *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina*, 25 nov. 2016.

PERVERSÃO DO DIREITO NA REGULAMENTAÇÃO DO USO DE AGROTÓXICOS

Joaquim Basso*

RESUMO

O número de agrotóxicos registrados pelo Estado brasileiro aumentou vertiginosamente nos últimos anos, atingindo números recordes em 2022, e esse aumento ocorreu antes de qualquer alteração legislativa. O presente estudo propõe analisar o cenário jurídico de regulação do uso de agrotóxicos nesse período, mediante pesquisa bibliográfica e documental, e, a partir disso, apresentar como possível modelo teórico explicativo a categoria da perversão do direito. O objetivo é aplicar um modelo teórico explicativo da complexidade do fenômeno jurídico ao cenário de regulação do uso de agrotóxicos no Brasil, especialmente desde 2015. Com diversos exemplos de recentes alterações na regulação do uso de agrotóxicos, conclui-se que esse campo é prolífero em mecanismos jurídicos que aprofundam uma crise democrática, na medida em que, não obstante o uso de agrotóxicos tenha múltiplos e diretos impactos sociais, os afetados, por meio da perversão do direito, são eficazmente distanciados dos processos decisórios. Porém, a categoria da perversão do direito não parece ser suficiente para explicar todos os casos explorados.

Palavras-chave: agrotóxico; perversão do direito; regulação; registro.

Data de submissão: 22/06/2024

Data de aprovação: 05/09/2024

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direito Agroambiental (UFMT), pós-graduado "lato sensu" em Direito Ambiental com ênfase em Licenciamento Ambiental, graduado em Direito (UFMS) e em Agronomia (UNIDERP); membro associado da União Brasileira de Agraristas Universitários (UBAU);

PERVERSION OF LAW IN THE REGULATION OF PESTICIDES

Joaquim Basso

ABSTRACT

The number of pesticides registered by the Brazilian State has increased dramatically in the last years, reaching record numbers in 2022, and this increase occurred before any legislative change. The present study proposes to analyze the legal scenario of regulation of the use of pesticides in this period, through bibliographical and documental research, and, from that, to present as a possible theoretical explanatory model the concept of perversion of law. The objective is to apply a theoretical explanatory model of the complexity of the legal phenomenon to the regulatory scenario of pesticide use in Brazil, especially since 2015. With some examples of recent changes in the regulation of the use of pesticides, it is concluded that this field is prolific in legal mechanisms that deepen a democratic crisis, as far as, despite the use of pesticides having multiple and direct social impacts, those affected, through the perversion of law, are effectively distanced from decision-making processes. However, the category of perversion of law does not seem to be sufficient to explain all the cases explored.

Keywords: pesticide; perversion of law; regulation; register.

Date of submission: 22/06/2024

Date of approval: 05/09/2024

INTRODUÇÃO

O número de agrotóxicos registrados pelo Estado brasileiro aumentou vertiginosamente nos últimos anos, atingindo números recordes em 2022 (Brasil, 2024), o que enseja questionamentos sob múltiplas perspectivas, sendo uma delas a jurídica. Apesar de o tema ter ganhado notoriedade com o debate realizado no Congresso Nacional que levou à revogação da Lei n. 7.802/1989 (Lei de Agrotóxicos, que agora são regidos pela Lei n. 14.785/2023), observa-se que o número crescente de registro de agrotóxicos nos últimos anos ocorreu sem qualquer alteração legislativa, antes mesmo de qualquer alteração de Decreto presidencial sobre o tema – apenas em outubro de 2021 o Decreto n. 4.074/2002 foi alterado.

Isso sugere que o aumento de registros de agrotóxicos, a uma primeira vista, não teria relação com o prisma jurídico. Contudo, em um exame mais atento, diversas normas infralegais acerca do tema surgiram nos últimos anos, editadas por meio de simples atos administrativos de diversos órgãos da Administração Pública. Baseado nesse indício, parece de relevo investigar até que ponto o cenário jurídico contribuiu para o aumento de número de registros.

Nesse sentido, propõe-se analisar esse cenário jurídico de regulação do uso de agrotóxicos, em especial desde 2015, quando iniciou o aumento mais intenso do número de registros, mediante pesquisa bibliográfica e documental, a fim de levantar as modificações regulatórias ocorridas nesse período. Além disso, releva apresentar uma alternativa teórica que possa fornecer indícios de uma explicação diante do cenário jurídico levantado, ponto em que se recorre à categoria da perversão do direito.

Para isso, o presente estudo é dividido em duas partes, sendo a primeira dedicada a contextualizar o uso dos agrotóxicos na realidade brasileira atual, primeiro quanto aspectos sociais e econômicos e depois especificamente sobre o campo jurídico, em especial sobre os atos normativos que, desde 2015, representaram alterações mais relevantes na regulação do uso de agrotóxicos. Essa pesquisa foi feita mediante consulta à bibliografia especializada e com a coleta e verificação da autenticidade e sentido dos documentos legais.

Na segunda parte, com o intuito de apresentar um possível modelo teórico explicativo, apresenta-se a categoria da perversão do direito, de José Rodrigo Rodriguez (2009, 2016b). Em seguida, são feitos apontamentos exemplificativos sobre como essa chave conceitual se aplica ao cenário da regulação de uso de agrotóxicos em diversas situações.

Com esse percurso, o objetivo é aplicar um modelo teórico explicativo da complexidade do fenômeno jurídico ao cenário de regulação do uso de agrotóxicos no Brasil, especialmente desde 2015.

1 PANORAMA DO USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL E O CENÁRIO JURÍDICO CORRESPONDENTE

Em um primeiro momento, é necessário contextualizar o uso dos agrotóxicos no cenário econômico e social, para então analisar o cenário jurídico brasileiro a esse respeito.

1.1 CENÁRIO SOCIAL E ECONÔMICO DO USO DE AGROTÓXICOS

Há controvérsia sobre a nomenclatura dos produtos considerados agrotóxicos (Souza; Belaidi, 2016), mas para os fins do presente estudo, adota-se o posicionamento do criador do termo “agrotóxico”¹, Adilson Paschoal (2019, p. 85–89), para quem as demais terminologias (praguicida, defensivo, pesticida e biocida) são errôneas e irrealísticas. A nomenclatura foi inclusive adotada na Lei federal n. 7.802/1989 e permanece na vigente Lei n. 14.785/2023².

Antes da Segunda Guerra Mundial, a maioria dos agrotóxicos usados nas lavouras eram inorgânicos (à base de arsênio, mercúrio, chumbo entre outros) ou outros extraídos de plantas (como nicotina, estricnina, piretrina etc.). Em 1939, houve uma repentina transição na metodologia de controle de pragas na agricultura, com a descoberta de propriedades inseticidas do Dicloro-Difenil-Tricloroetano (DDT), o primeiro produto organossintético. No final da década de 1940, os alemães introduziram os produtos organofosforados. No Brasil, tem-se o registro de final de 1943 como data em que se receberam as primeiras amostras de DDT (Paschoal, 2019, p. 83–84).

De início desconhecidos, os efeitos dos agrotóxicos na vida e saúde das pessoas foram amplamente divulgados na obra de 1962, intitulada “Primavera Silenciosa”, de Rachel Carson (2002). A exposição aos agrotóxicos pode ser de dois tipos: (1) intencional e (2) não intencional. No primeiro, inserem-se os casos de suicídio e de homicídio; enquanto no segundo estão (2.a) a exposição ocupacional e (2.b) exposição não ocupacional. Ambas as formas de exposição não intencional podem ocorrer por curto ou longo prazo, com diferentes consequências para cada um (World Health Organization; United Nations Environment Programme, 1990, p. 12).

Sobre a exposição intencional, estima-se que 30% dos suicídios no mundo devem-se a intoxicação por agrotóxicos (Organización Panamericana de la Salud – OPS; Organización Mundial de la Salud – OMS, 2014, p. 24). Em 2017, no Brasil, de 12.724 tentativas de suicídio, 861 (6,7%) foram com agrotóxicos de uso agrícola (segundo agente mais comum depois de medicamentos, com 9.983 casos) (Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz, 2020). A maior parte das notificações de intoxicação por agrotóxicos, no período de 2007 a 2015, no Brasil, foi por tentativas de suicídio (53,6%, equivalente a 45.127 casos) (Brasil, 2018b, p. 59). Os agrotóxicos não só são agentes das tentativas de suicídio, como sua exposição tem sido relacionada a sintomas de depressão e outras doenças mentais (Carrasco *et al.*, 2021).

¹O registro mais antigo do termo, sem paralelo em outras línguas, está em monografia premiada em 1977, posteriormente publicada pela Fundação Getúlio Vargas, em obra que, apesar de usar o termo “praguicida” no título, o autor expõe a inadequação das expressões então em uso e esclarece admitir aquela apenas por ser de uso generalizado. Mas conclui: “Uma sugestão é o termo *agrotóxicos*, que tem sentido geral para incluir todos os produtos químicos usados nos agroecossistemas para combater pragas e doenças. O termo é uma contribuição útil, já que a ciência que estuda esses produtos chama-se toxicologia” (Paschoal, 1979, p. 35).

²A Lei n. 14.785/2023 define agrotóxicos como “produtos e agentes de processos físicos, químicos ou biológicos destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e no beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens ou na proteção de florestas plantadas, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos” (Brasil, 2023a, art. 2º, XXVI).

Os agrotóxicos também estão envolvidos em episódios de violência e homicídio, com 890 casos de intoxicação nessas situações no período de 2007 a 2015 no Brasil (Brasil, 2018b, p. 141–144).

Acerca da exposição não intencional, já em 1990 a OMS apontava que 60 a 70% de todos os casos de envenenamento agudo não intencional por agrotóxicos ocorria pela exposição ocupacional, sendo que os trabalhadores dos países em desenvolvimento aparentavam estar em maior risco (World Health Organization; United Nations Environment Programme, 1990, p. 63). Com dados da década de 1980, a OMS apontava a ocorrência de 20.000 mortes por ano relacionadas ao envenenamento por pesticidas (World Health Organization; United Nations Environment Programme, 1990, p. 86). Atualizando e ampliando esses dados, Boedeker et al. (2020) apresentaram revisão sistemática da literatura com dados de 2006 a 2018, concluindo que há evidências robustas de que o envenenamento agudo por pesticidas continua a ser um grande desafio de saúde pública, com cerca de 385 milhões de casos não fatais de envenenamento e 11 mil casos fatais por ano, apesar de apontarem diversas falhas nas bases de dados sobre o tema.

No período de 2010 a 2019, com dados oficiais estruturados por Larissa Bombardi (2021, p. 21–24), houve 56 mil casos de envenenamento no Brasil, o que equivale a 15 pessoas contaminadas todos os dias, um total de 1.832 casos de morte por envenenamento nesse mesmo período, ou seja, uma morte a cada 2 dias. Parte considerável dos casos de contaminação registrados ocorreu com crianças (3.750 casos no mesmo período), dos quais 542 foram registrados com crianças de menos de um ano de idade. Em estudo sobre o período de 2000 a 2009, foram identificadas 2.052 mortes, sendo a maior parte (51,9%) de trabalhadores rurais (Santana; Moura; Nogueira, 2013).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) alerta sobre o problema do trabalho infantil no meio rural, que é três vezes mais prevalente do que o existente no meio urbano (International Labour Organisation - ILO; United Nations Children's Fund - UNICEF, 2021, p. 35), fato cuja gravidade é intensificada pela exposição aos agrotóxicos e outros perigosos produtos agroquímicos, o que insere esse tipo de trabalho entre as piores formas de trabalho infantil, consoante definição do art. 3º, "d", da Convenção n. 182 da OIT,

sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação³.

Os agrotóxicos também atingem, de forma não intencional, pessoas não relacionadas com ocupações que lidam diretamente com esses produtos. O fenômeno da deriva na aplicação é bastante documentado (Pimentel, 1995), situação em que o produto agrotóxico desloca-se por metros ou mesmo quilômetros do local de aplicação (Hess; Nodari; Lopes-Ferreira, 2021, p. 121–124). Além dessa consequência resultante da própria aplicação dos agrotóxicos, feita de forma que deixa partículas suspensas que são transportadas pelo ar a grandes distâncias

³ Artigo 3º. Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende: [...] d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança". Essa Convenção foi aprovada, ratificada e internalizada no direito brasileiro, consoante Decreto federal n. 3.597, de 12 de setembro de 2000, reafirmado no Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019.

(Paschoal, 2019, p. 91–93), são também bastante documentados diversos acidentes causadores de graves danos à saúde humana, no que Wanderlei Pignati classifica como acidente de trabalho ampliado, como a situação de “chuva de agrotóxicos” ocorrida no município de Lucas do Rio Verde, em Mato Grosso (Pignati; Machado; Cabral, 2007)⁴.

O uso de agrotóxicos pode expor toda a população, eis que também alcança sua alimentação diária. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) apresenta relatórios periódicos provenientes do Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA), sendo que, no referente ao ano de 2022, 25% das amostras de alimentos foram consideradas insatisfatórias, isto é, acima do Limite Máximo de Resíduos (LMR) (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, 2023, p. 77). Entre os agrotóxicos mais encontrados nas amostras, está o Carbendazim, produto cujo uso não é autorizado na Europa, Estados Unidos da América (EUA), Canadá ou Japão, mas até há pouco tempo era autorizado no Brasil⁵ (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, 2023, p. 84–85). Com base nos dados de resíduos em alimentos, ponderados com uma dieta média da população, Marques e Silva (2021) observaram que 24% (68 de 233) dos agrotóxicos considerados apresentaram mediana de ingestão que excedeu o valor diário aceitável.

Dado a possibilidade de efeitos crônicos⁶ dos agrotóxicos, torna-se relevante observar os resíduos de agrotóxicos em todo tipo de substância ingerida e utilizada, haja vista a correlação da exposição a agrotóxicos com danos ao sistema nervoso central, câncer, mudanças endócrinas, entre outros (Panis *et al.*, 2022a). O leite materno é um bom indicativo dessa exposição crônica, sendo encontradas maiores concentrações de resíduos quando as mães são sujeitas a exposição ocupacional e dieta rica em alimentos de origem animal (Menck; Cossella; Oliveira, 2015).

Igualmente, a água utilizada para beber, apesar do monitoramento falho e de complexa realização (Londres, 2012, p. 59–67), tem apresentado traços de agrotóxicos. Conforme dados da base do governo federal do Sistema de Informação de Vigilância da Qualidade da Água para Consumo Humano (SISAGUA), 1.396 municípios detectaram traços de todos os 27 agrotóxicos para os quais a água para consumo humano foi testada, pelo menos uma vez entre 2014 e 2017. Os municípios brasileiros detectaram em média vinte agrotóxicos diferentes na água para consumo

⁴ Cf., também, Nasrala Neto; Lacaz; Pignati, 2014.

⁵ O uso de Carbendazim foi suspenso de maneira cautelar em 21 de junho de 2022 pela Anvisa. A suspensão veio após uma decisão judicial da Justiça Federal do Distrito Federal, a partir de ação promovida pelo Ministério Público Federal (MPF), que estabeleceu prazo de 60 dias para a Anvisa manifestar-se sobre a reavaliação do uso do Carbendazim (Rodrigues; Castro, 2022). Em 08 de agosto de 2022, pela Resolução Colegiada n. 739, a Anvisa aprovou, enfim, de maneira definitiva, a proibição desse produto em todo o país, apesar de ter admitido uma gradualidade na completa proibição (Brasil, 2022).

⁶ Nas intoxicações crônicas, que aparecem após penetração repetida de pequenas quantidades de agrotóxicos em um tempo mais prolongado, surgem problemas respiratórios graves, alteração do funcionamento do fígado e dos rins, anormalidade da produção de hormônios da tireóide, dos ovários e da próstata, incapacidade de gerar filhos, malformação e problemas no desenvolvimento intelectual e físico das crianças, câncer etc.” (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, 2011, p. 7).

humano durante esse período (Gaberell; Hoinkes, 2019, p. 26–27). Em estudo em 127 municipalidades do estado do Paraná, testando 11 agrotóxicos considerados potencialmente carcinogênicos, foi encontrada extensiva contaminação da água de beber, com 97% dos municípios apresentando os agrotóxicos testados acima dos níveis permitidos na União Europeia. Esse estudo ainda relacionou os níveis encontrados na água com os casos de câncer no mesmo período e obteve altos níveis de correlação (Panis *et al.*, 2022b).

Esse cenário de vasta documentação dos prejuízos sociais decorrentes do uso de agrotóxicos é sustentado, noutro lado, por um mercado multibilionário. Apesar das dificuldades de dimensionamento disso, em âmbito global, estimou-se, com dados da Phillips McDougal, um mercado de US\$ 54,2 bilhões de vendas em 2017, sendo que US\$ 13,6 bilhões correspondiam à venda de 12 produtos altamente tóxicos⁷ que estão entre os 20 mais vendidos (Gaberell; Hoinkes, 2019, p. 16).

O mercado de agroquímicos é dominado por poucas empresas, sendo a maior delas a estatal chinesa ChemChina (que adquiriu a Syngenta em 2017), a qual teve uma participação de 24,3% do mercado de vendas de agrotóxicos em 2018, acompanhada pela Bayer Crop Science e BASF (empresas alemãs), com 18,4% e 12%, respectivamente (Shand; Wetter, 2019, p. 7). A Bayer é a proprietária do Roundup, um dos agrotóxicos mais vendidos em todo o mundo, associado ao cultivo de soja transgênica.

No Brasil, o uso de agrotóxicos aumenta a cada ano, passando de 306.785 toneladas de ingrediente ativo consumidos, no ano 2009, para 800.652 toneladas no ano 2022, sendo o mais vendido deles o Glifosato, com 266.088 toneladas vendidas (33,2% do total do ano) apenas em 2022 (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis - Ibama, 2023).

Desde 2013, o número de registros de agrotóxicos aprovados no Brasil tem crescido. Segundo dados oficiais, em 2013, foram 110 agrotóxicos aprovados; em 2014, 148; em 2015, 139; em 2016, 277; em 2017, 404; em 2018, 449; em 2019, 475; em 2020, 493; em 2021, 562; em 2022, 652; e 2023, 555 (Brasil, 2024).

O cenário apresentado, então, é de alto consumo de agrotóxicos no Brasil e a origem desses produtos a partir de empresas estrangeiras, o que tem gerado um fluxo de milhões de euros de agrotóxicos importados da União Europeia todos os anos. Em 2018, a União Europeia exportou o equivalente a 446,8 milhões de euros em agrotóxicos para o Brasil (Bombardi, 2021, p. 36). Cerca de 7 milhões de quilos de agrotóxicos de uso proibido na União Europeia foram exportados para os países do Mercado Comum do Sul (Mercosul), em uma relação que Larissa Bombardi (2021, p. 28; 51) qualifica como uma assimetria injusta, colonialismo molecular e um círculo venenoso. A autora, caracterizando o que denomina de colonialismo químico, menciona que “dos dez agrotóxicos mais vendidos no país [Brasil], cinco estão banidos na Europa: mancozebe, atrazina, acefato, clorotalonil e clorpirifós” (Bombardi, 2023, p. 72).

Há indícios de que o aumento do número de registro de agrotóxicos no Brasil aprofunda esse cenário, ante o levantamento de que, em 2019, quando

⁷Os 12 agrotóxicos aqui contabilizados são Glifosato, Tiametoxam, Clorantraniliprole, Imidacloprid, Mancozebe, Glufosinato, Chlorpyrifos, Atrazina, Paraquate, Lambda-cialotrina, Abamectina e Epoxiconazole.

começou a aumentar vertiginosamente o número de registros, de 166 produtos então analisados, 64 foram para empresas brasileiras, 36 tinham pelo menos uma cidade brasileira como endereço de fabricação e apenas nove (5%) eram totalmente produzidos no Brasil (Grigori, 2019b).

Esses dados delineiam um cenário bastante documentado de prejuízos sociais causados pelo uso dos agrotóxicos e um cenário econômico de concentração de interesses em algumas empresas estrangeiras, que movimentam cifras multibilionárias. Em um contexto desses, resulta relevante averiguar qual o papel do Direito, já que pode legitimar e aprofundar esse *status quo*, ou impor limites aos interesses econômicos em prol das sociedades envolvidas.

1.2 CENÁRIO JURÍDICO DO USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL

Delimitado pelos objetivos do presente artigo, é necessário estudar como o Direito brasileiro tem lidado com o uso dos agrotóxicos.

O marco legal que regulamenta o registro e classificação de agrotóxicos, até recentemente, era essencialmente o mesmo desde 11 de julho de 1989, quando foi promulgada a Lei n. 7.802, que teve seu texto alterado apenas uma vez, pela Lei n. 9.974, de 06 de junho de 2000, quando foi revogada pela Lei n. 14.785, de 27 de dezembro de 2023. Não é objetivo do presente estudo fazer uma análise comparativa dessa nova Lei, pois o que se pretende demonstrar é que, mesmo antes dela, já se encontravam formas de flexibilizar os seus rigores. Não obstante, sempre que oportuno, serão feitas menções pontuais à Lei de 2023 naquilo que alterou a legislação revogada.

A Lei de 1989, utilizando a nomenclatura “agrotóxico”, que já havia sido incluída meses antes no texto constitucional (art. 220, §4º), estabeleceu a proibição de produção, exportação, importação, comercialização e utilização desses produtos sem prévio registro em órgão federal, de acordo com os responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura (Brasil, 1989, art. 3º). Esse ponto foi alterado na Lei de 2023, que não mais estabelece como regra geral essa análise tripartite (como se vê na nova redação do art. 3º), concentrando no setor da agricultura os poderes de concessão dos registros (Brasil, 2023a, art. 5º, IV).

Um dos dispositivos de grande importância da Lei de 1989 era a proibição de registro de agrotóxicos quando verificada qualquer de seis hipóteses: ausência de métodos de desativação de seus componentes, ausência de antídoto ou tratamento eficaz; características teratogênicas⁸, carcinogênicas ou mutagênicas dos produtos; produtos que provoquem distúrbios hormonais ou danos ao aparelho reprodutor; produtos “mais perigosos para o homem do que os testes de laboratório, com animais, tenham podido demonstrar”; e cujas características causem danos ao meio ambiente (Brasil, 1989, art. 3º, §6º). Esse dispositivo foi sensivelmente alterado pela nova Lei, que agora somente proíbe o registro de agrotóxicos que “apresentem risco inaceitável [...] para os seres humanos ou para o meio ambiente” (Brasil, 2023a, art. 4º, §3º).

⁸ Teratogênese ou teratogenia é a “formação e desenvolvimento no útero de anomalias que levam a malformações” (Houaiss; Villar; Franco, 2009).

A Lei de 1989 também previu a necessidade de um receituário agrônomo, prescrito por profissional habilitado, para a venda de agrotóxicos (art. 13), estabelecendo sanções àqueles que descumprirem o receituário (art. 14). Essa previsão se mantém, em linhas gerais, na Lei de 2023 (Brasil, 2023a, arts. 22, §5º; 50).

Há diversas pesquisas que apontavam fragilidades nessa regulação, dentre as quais estão: a ausência de um prazo de validade dos registros, que permanecem vigentes por tempo indeterminado, diminuindo as possibilidades de efetiva reavaliação dos produtos (Londres, 2012, p. 103; Codonho, 2014, p. 195–196) e a ausência de regulamentação acerca da pulverização aérea dos agrotóxicos (Codonho, 2014, p. 171). Esses temas permanecem sem regulação na Lei n. 14.785/2023.

No aspecto da efetividade do direito, é exemplo o tema do receituário agrônomo, que foi incorporação de avanço legislativo de leis estaduais anteriores, mas que, na prática, apresenta muitas vezes uma função meramente simbólica (Codonho, 2014, p. 237), com diversos relatos de que a exigência não costuma impedir a venda de agrotóxicos, existindo casos de comerciantes que guardam blocos de receita já assinados em branco (Londres, 2012, p. 104), prática conhecida como “receituário de gaveta”. O tema foi analisado por uma Subcomissão Especial na Câmara dos Deputados, instalada para avaliar os processos de controle e usos dos agrotóxicos e suas repercussões na saúde pública. Consoante relatório final daquela Subcomissão, o receituário deveria ser um dos principais instrumentos de controle do uso de agrotóxicos, mas foram colhidos relatos do seu mau uso, como receitas feitas pelos próprios vendedores “cartorialmente” no balcão do estabelecimento comercial (chamado de “receituário instantâneo” pelo relatório), quando a realidade é que, para recomendar o uso de um agrotóxico deveria ser imprescindível que o profissional fosse até a propriedade rural e examinasse o local a ser aplicado o produto (João, 2011, p. 90–91).

No trâmite legislativo que levou à aprovação da Lei n. 14.785/2023, diversas questões polêmicas foram debatidas e chegaram a ser aprovadas na Câmara dos Deputados. O projeto aprovado naquela Casa, entre outras modificações, propunha alterar o nome dos agrotóxicos para pesticidas e previa formas facilitadas de registro, como a possibilidade de expedição tácita do registro se ultrapassado o prazo de apreciação, ou um registro temporário a produtos aprovados em outros países (Nishimori, 2022, art. 3º, §§6º a 10). Essas modificações, contudo, não foram aprovadas no Senado e não se encontram previstas na Lei n. 14.785/2023.

Outro ponto que foi objeto de intensas críticas (Mattos Neto; Costa, 2020) foi a concentração de competências de registro no Ministério da Agricultura e a limitação da possibilidade de os Estados legislarem sobre o tema (Nishimori, 2022, art. 5º a 9º). Essas matérias, por sua vez, obtiveram aprovação e se encontram hoje previstas na Lei n. 14.785/2023.

Foi marcante, no debate legislativo, o apelido de “Pacote do Veneno” designado por entidades que se posicionaram criticamente à proposta. Alinhado a essa posição, ainda tramita o Projeto de Lei n. 6.670/2016, oriundo de uma proposta da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco) que propõe instituir a Política Nacional de Redução de Agrotóxicos (Friedrich *et al.*, 2021).

Em contraposição, os apoiadores do projeto denominaram-no “Lei do Alimento Mais Seguro”, alegando que o projeto moderniza a agricultura (Siqueira; Piovesan, 2022). Para esses apoiadores, a facilitação de registros dos “pesticidas” viabilizaria a comercialização de produtos menos tóxicos e mais atualizados. Contudo, não fica claro como a proposta modificaria a proporção entre produtos registrados (aprovar-se mais os pesticidas menos tóxicos), já que não há esse tipo de condicionamento.

Não obstante essas considerações sobre a regulamentação do registro e uso de agrotóxicos, fato é que o cenário delineado no tópico anterior, de crescimento do consumo desses produtos e aumento recorde de número de registros, ocorreu sem qualquer alteração legislativa – entendida essa como as mudanças que passam por um processo legislativo, perante Congresso Nacional e com sanção presidencial, na forma constitucional (arts. 59 e seguintes).

Porém, se essas modificações não ocorreram no nível legal, há notícia de atos infralegais, isto é, atos realizados no exercício de poder regulamentador do Executivo que não precisam dos rigores do processo legislativo, que podem ter ensejado alterações de sentido do Direito aplicável aos registros de agrotóxicos.

Nesse sentido, as normas infralegais sofreram intensa modificação. Inicialmente, a Lei n. 7.802/1990 foi regulamentada pelo Decreto n. 98.816, de 11 de janeiro de 1990, o qual foi inteiramente substituído pelo Decreto 4.074/2002. Este, até hoje vigente, já foi alterado em setembro/2005 (Decreto n. 5.549), dezembro/2006 (Decreto n. 5.981), julho/2009 (Decreto n. 6.913) e outubro/2021 (Decreto n. 10.833). O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade de alguns dispositivos deste último, bem como aplicou interpretação conforme à Constituição em outros, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 910 (Brasil, 2023c).

Em busca pela menção a agrotóxicos na seção de atos normativos do Diário Oficial da União, encontram-se 17 (dezessete) Instruções Normativas oriundas do Mapa todas do período de 2017 a 2021. No âmbito da saúde, são encontradas 83 (oitenta e três) Instruções Normativas da Anvisa ou conjuntas com outros setores⁹. São pelo menos 15 (quinze) Instruções Normativas Conjuntas, desde 14 de setembro de 2005 a 24 de dezembro de 2019, sobre o tema dos agrotóxicos (Brasil, 2023b). Além disso, há atos administrativos unipessoais, como portarias, pareceres e notas técnicas. Algumas iniciativas nesse sentido podem ser aqui destacadas a título de exemplo¹⁰.

A questão da mistura em tanque de agrotóxicos – isto é, a “associação de agrotóxicos e afins no tanque do equipamento aplicador, imediatamente antes da aplicação”, conforme definição do art. 1º, XXV, do Decreto n. 4.074/2002 – merece cautela, pois, consoante Silva (2019, p. 135), todas as avaliações e recomendações de uso são feitas isoladamente para cada produto, havendo possibilidade de, com

⁹ Pesquisa realizada pelo autor na base de dados de publicações do Diário Oficial da União, disponível em: <https://www.in.gov.br/>. Pesquisa feita em 15 jul. 2023 com o termo “agrotóxico” na Seção 1 do Diário.

¹⁰ O levantamento dos atos infralegais adiante detalhado é baseado, principalmente, na listagem feita por Gurgel; Guedes e Friedrich (2021), que têm como recorte os anos de 2019 e 2020, com acréscimos pontuais de outros períodos, baseados em Friedrich et al. (2021, p. 77–86).

a mistura em tanque, ocorrer sinergismo ou potencialização dos riscos, com efeitos aditivos no ambiente, maior toxicidade para o aplicador e outros organismos vivos.

Nesse sentido, o Decreto n. 4.074/2002 previa o cancelamento do registro de agrotóxico quando constatadas modificações não autorizadas pelo registro concedido, sendo que a indicação de uso para mistura em tanque precisava passar por um processo de reavaliação perante os três setores do procedimento de registro (agricultura, saúde e meio ambiente) (Brasil, 2002, arts. 22, §2º, I).

Todavia, por meio de uma Instrução Normativa (n. 40, de 11 de outubro de 2018), o Secretário de Defesa Agropecuária do Mapa, a título de “estabelecer regras complementares” para o receituário agrônomo, menciona expressamente a possibilidade de a receita indicar mistura em tanque, mencionando a obrigatoriedade de constar as indicações do rótulo do produto para essa mistura e a necessidade de constar informações sobre incompatibilidades dos agrotóxicos “considerando o contexto da recomendação e advertências específicas [sic] para a aplicação”, consignando ainda a responsabilidade do engenheiro agrônomo prescritor “a interpretação das recomendações oficiais, visando a elaboração da receita agrônoma em consonância com as boas práticas agrícolas e com as informações científicas disponíveis” (Brasil, 2018a, art. 2º e 3º).

Posteriormente, aquele art. 22 do Decreto n. 4.074/2002, veio a ser inteiramente alterado pelo Decreto n. 10.833, de 7 de outubro de 2021, que passou a não fazer menção alguma sobre o cancelamento de registro, ou a necessidade de reavaliação para indicação de mistura em tanque, delegando os “casos omissos” para regulamentação conjunta dos órgãos registrantes (Brasil, 2002, arts. 22, §6º). Previu-se, ainda, a possibilidade de que a reavaliação, antes obrigatoriamente feita por três setores (agricultura, meio ambiente e saúde), pudesse ser efetuada por apenas um desses setores, se aqueles assim designarem em ato conjunto (Brasil, 2002, arts. 22, §5º).

Observa-se, então, que, por meio de um intrincado emaranhado de normas infralegais, a mistura em tanque de agrotóxicos passou a ser flexibilizada. Se as intenções não estão claras o suficiente nesses documentos, vale observar que a Lei n. 14.785/2023 passou a prever expressamente que “o profissional habilitado poderá recomendar mistura em tanque, quando necessário” (Brasil, 2023a, arts. 39, §2º).

Nos primeiros meses da Presidência de Jair Bolsonaro, a Anvisa editou diversas normas atinentes ao uso de agrotóxicos. Em 29 de julho de 2019, foram aprovadas as Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC) n. 294, que dispõe sobre os critérios para avaliação e classificação toxicológica (Brasil, 2019a); n. 295, que dispõe sobre os critérios para avaliação do risco dietético decorrente da exposição humana a resíduos de agrotóxicos (Brasil, 2019b); e n. 296, que dispõe sobre as informações toxicológicas para rótulos e bulas de agrotóxicos (Brasil, 2019c).

Essa última Resolução trouxe uma nova classificação toxicológica para os agrotóxicos, antes regida pela Portaria n. 3, de 16 de janeiro de 1992, do Departamento Técnico-Normativo da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (Brasil, 1992). A inovação ocorreu sob o argumento de adequação ao “sistema globalmente harmonizado de classificação e rotulagem de produtos químicos”. Na Tabela 1 está uma comparação entre a antiga e a nova classificação:

Tabela 1. Comparação entre as classificações toxicológicas de agrotóxicos da Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa de 2019 e a anterior

Classificação da Portaria n. 3/1992		Classificação da RDC n. 296/2019	
Classe	Exemplos	Classe	Exemplos
I – Extremamente tóxico	formulações líquidas que apresentam DL 50 ¹¹ oral, para ratos, igual ou inferior a 20 mg/kg;	1 – Extremamente tóxico	Limite menor ou igual a 5 mg/kg para ingestão oral
II – Altamente tóxico	formulações líquidas que apresentam DL 50 oral, para ratos, superiores a 20 mg/kg e até 200 mg/kg, inclusive;	2 – Altamente tóxico	Limite maior que 5 e menor que 50 mg/kg para ingestão oral
III – Medianamente tóxico	formulações líquidas que apresentam DL 50 oral, para ratos, superior a 200 mg/kg e até 2.000 mg/kg, inclusive	3 – Moderadamente tóxico	Limite maior que 50 e menor que 300 mg/kg para ingestão oral
IV – Pouco tóxico	formulações líquidas que apresentam DL 50 oral, para ratos, superior a 2000 mg/kg.	4 – Pouco tóxico	Limite maior que 300 e menor que 2000 mg/kg para ingestão oral
-	-	5 – Improvável de causar dano agudo	Limite maior que 2000 e menor que 5000 mg/kg para ingestão oral
-	-	Não classificado	Limite maior que 5000 mg/kg para ingestão oral

Fonte: Elaborado pelo autor a partir do texto dos documentos normativos indicados (Brasil, 1992, 2019c).

Com a nova classificação, para ser considerado “extremamente tóxico”, o agrotóxico precisa ser mais letal que na classificação anterior. Além disso, foram criadas categorias que indicam menor toxicidade que a classe “pouco tóxico”, como a “improvável de causar dano agudo”, ou mesmo a ausência de classificação. Essas duas últimas categorias não recebem qualquer símbolo (pictograma) de alerta na rotulagem.

Logo após a publicação dessa Resolução, que altera a classificação, o Gerente-Geral de Toxicologia da Anvisa publicou a Resolução-RE n. 2.080, de 31 de julho de 2019, reclassificando os agrotóxicos então registrados (Brasil, 2019d).

¹¹ DL 50 é “Dose letal 50 aguda”, representando a quantidade de ingrediente ativo de uma substância que é necessária para matar 50% de uma população de animais testados.

Diante dessa reclassificação, conforme levantamento de Friedrich et al. (2021, p. 82), dos 702 produtos que eram antes classificados como “extremamente tóxicos”, 243 (34,6%) passaram para a categoria 5 (“improvável de causar dano agudo”) e 277 (39,4%) passaram à categoria 4 (“pouco tóxico”). Segundo Grigori (2019a), na classificação anterior, 24 produtos à base de Glifosato (o mais comercializado de todos) eram considerados “extremamente tóxicos”, ao passo que, na atual classificação, nenhum é. Noventa e três produtos formulados à base de Glifosato tiveram sua classificação de toxicidade reduzida.

Essas normas foram submetidas a consulta pública *on line* por um período, em março de 2018, com a apresentação de minutas de resolução de caráter técnico para que o público pudesse apresentar suas manifestações. Porém, esse tipo de procedimento realizado pelas agências reguladoras brasileiras, por diversas dificuldades à efetiva participação, não tem sido feito como uma estratégia para a promoção da transparência no processo de tomada de decisão (Barros, 2021).

Outro exemplo de norma infralegal que alterou o cenário jurídico do uso de agrotóxicos é a Orientação de Serviço (OS) n. 49 do Diretor da Anvisa, de 29 de junho de 2018. De início, é preciso destacar o peculiar instrumento da OS, que é uma norma que não é sequer publicada no Diário Oficial da União, mas apenas no Boletim de Serviço disponibilizado na rede interna da Anvisa (Silva, 2019, p. 63)¹².

A OS n. 49/2018, apesar de mera “orientação de serviço” – ou seja, um regramento que nada poderia inovar em relação às normas da Anvisa e mesmo da Lei –, estabelece que agrotóxicos “não registrados no país” sejam analisados por “procedimento de análise por analogia” (art. 6º), quando o produto tem registro na agência ambiental estado-unidense e pela autoridade reguladora europeia, permitindo até mesmo relativização dos critérios quando o contexto for “mais adequado às normativas brasileiras” (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, 2018, art. 8º, §3º).

Por meio de uma OS, então, já era possível realizar uma análise por analogia de agrotóxicos que são aprovados em países estrangeiros. No nível legislativo, uma proposta semelhante foi aprovada na Câmara dos Deputados, tratando do registro temporário de produtos que estejam registrados em pelo menos três países-membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que adotem o Código Internacional de Conduta sobre a Distribuição e o Uso de Pesticidas da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) (Nishimori, 2022, art. 3º, §6º).

Contudo, esse dispositivo não foi aprovado no Senado e, portanto, não foi incluído na Lei n. 14.785/2023. Isso sugere que as normativas infralegais, como a mencionada OS n. 49/2018, são expedientes efetivos na criação de permissões que dificilmente transporiam o debate democrático do parlamento.

Outro documento, produzido unipessoalmente pelo Secretário de Defesa Agropecuária do Mapa, é a Portaria n. 43, de 21 de fevereiro de 2020. Esse ato tem fundamento em um decreto presidencial (n. 10.178, de 18 de dezembro de 2019) que determinou que cada órgão deveria estabelecer um prazo máximo para

¹² O conhecimento público dessa orientação ocorreu em razão de apuração jornalística investigativa. Cf. (Martins, 2018).

os atos públicos de liberação de atividades econômicas, findo o qual haveria a aprovação tácita dessas atividades. Em decorrência, a Portaria n. 43/2020 fixou uma lista de 86 atos de liberação e seus respectivos prazos. No item 68, foi previsto o “registro de agrotóxicos e afins” com o prazo de 60 dias (Brasil, 2020c). Assim, por esse ato unipessoal, ficou estabelecida a aprovação tácita dos registros de agrotóxicos, bastando que os órgãos de saúde, meio ambiente e agricultura não manifestassem em 60 dias para que o produto fosse aprovado.

A Portaria recebeu rápida reação, com o ajuizamento da ADPF de n. 656, pelo partido Rede Sustentabilidade, perante o STF. Após levada a julgamento colegiado em março de 2020 sem conclusão do julgamento, por pedido de vista do Min. Roberto Barroso, o relator Min. Ricardo Lewandowski concedeu liminar, em 1º de abril, para suspender a eficácia da Portaria quanto à aprovação tácita de agrotóxicos. Em sessão virtual, a liminar foi confirmada pelo Plenário em junho de 2020, em votação unânime (Brasil, 2020d).

Alguns meses depois da decisão do STF, a Portaria acabou por ser substituída pela de n. 196, de 08 de janeiro de 2021, que não repetiu a previsão do registro tácito de agrotóxicos (Brasil, 2021).

Como mencionado acima, uma das fragilidades da regulamentação do uso de agrotóxicos no Brasil é ausência de previsão legal acerca da pulverização aérea. Essa fragilidade permite que a matéria possa ser tratada por atos administrativos menos transparentes e menos suscetíveis ao debate democrático. É o que ocorreu com a Instrução Normativa n. 13, de 8 de abril de 2020, assinada pelo Secretário de Defesa Agropecuária, que dispôs “sobre a aplicação de fungicidas e óleo mineral com uso de aeronaves agrícolas na cultura da banana”. A Instrução revoga outras normas que estabeleciam uma distância mínima de 500 metros de povoações e pontos de captação de água, e passa a estabelecer que essa distância poderá ser de apenas 250 metros de povoações (Brasil, 2020a).

Alguns atos ainda mais particulares e específicos, emanados do Poder Público, por vezes parecem conflitar diretamente a legislação. Se a Lei n. 7.802/1989 previa expressamente a proibição de registro de agrotóxicos que revelem características teratogênicas, a Anvisa, em procedimento de reavaliação do ingrediente ativo Abamectina em agrotóxicos, manteve seu uso, mesmo revisando sua classificação toxicológica e admitindo que “suspeita-se que prejudique o feto (malformações congênitas)” (Brasil, 2020b, art. 3º, I).

Por fim, o já mencionado aumento no número de registro de agrotóxicos também ocorre por meio de um conjunto de atos jurídico-administrativos, cujas informações essenciais são publicadas no Diário Oficial da União, por determinação do Decreto n. 4.074/2002 (Brasil, 2002, arts. 14, II). Contudo, os processos de registro tramitam em sigilo, sob o argumento da proteção de propriedade intelectual¹³, não se encontrando acessíveis ao público as decisões e os fundamentos que motivam aqueles atos de registro. No já mencionado julgamento da ADPF 910, o STF procurou ampliar o acesso à informação de registro de agrotóxicos, ao aplicar interpretação conforme ao inciso XV do art. 2º do Decreto n. 4.074/2002 “para que a publicidade aos resumos de pedidos e concessões de registro seja

¹³ Isso foi verificado pelo autor, mediante pedidos fundamentados na Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011) diretamente ao Mapa.

realizada por meio do acesso livre, sem a exigência de cadastro para consulta dessas informações” (Brasil, 2023c).

Esse cenário jurídico, aqui exposto de maneira exemplificativa, demonstra que o Direito aplicável ao uso de agrotóxicos sofreu alterações que passam ao largo do debate democrático e do processo legislativo. Por inúmeros atos do próprio Poder Executivo, emanados de seus diversos órgãos, às vezes sem qualquer publicidade, ou com publicidade muito limitada, a regulamentação do uso desses produtos passa por uma fragilização, mantendo distância dos debates e contestações.

2 A PERVERSÃO DO DIREITO APLICÁVEL AO USO DE AGROTÓXICOS

O panorama traçado na primeira parte permite erigir alguns questionamentos sobre a efetividade e função do Direito no cenário delineado, caracterizado por conflitos entre interesses sociais, ambientais e econômicos que se refletem na produção de normas jurídicas.

A complexidade desse cenário permite variadas perspectivas que não caberiam no limitado espaço deste artigo. O objetivo aqui é mobilizar uma categoria que se entende possa fornecer uma chave de compreensão para essa complexidade, ainda que não a esgote. Sob certos pressupostos, a categoria da “perversão do Direito” é de utilidade para isso.

2.1 A CATEGORIA DA PERVERSÃO DO DIREITO

Diante de uma crescente complexidade da sociedade, da sua rápida transformação, de uma globalização que erige normatividades para além do controle dos Estados, e de uma crise da democracia, José Rodrigo Rodriguez (2009) constata um cenário que alguns autores caracterizam como de “crise do direito” e outros como “estado de exceção” permanente, isto é, em que sequer existe um Estado de Direito. Diante disso o autor pergunta-se: “faz sentido apostar no direito nos dias de hoje?”

Rodriguez busca responder a esse questionamento a partir do autor Franz Neumann, jurista alemão ligado ao movimento da Teoria Crítica, que buscava atualizar Marx. Segundo a leitura de Rodriguez, Neumann caracteriza o Estado de Direito pela possibilidade de controle do poder que não admite a utilização do direito como mero instrumento de poder. Assumido esse pressuposto, o Estado de Direito, ao impor balizas ao poder, faz com que este tenda a fugir do direito, isto é, busque “evitar o controle social para ser capaz de agir unilateralmente” (Rodriguez, 2009, Apresentação).

Neumann, sempre na leitura de Rodriguez (2009), estudou o nazismo, apontando que ali o Estado de Direito foi destruído. Ao mesmo tempo, Rodriguez destaca que, assim como o capitalismo desenvolveu-se no Estado nazista, não há relação necessária entre Estado de Direito e capitalismo, nem tampouco entre direito formal e capitalismo – este persevera e alcança a almejada segurança jurídica mesmo mediante normas abertas e padrões não formais de direito –, ou entre Estado de Direito e direito formal.

Rodriguez, então, rechaça a caracterização de um estado de exceção permanente, pois entende que os chamados projetos de exceção são manifestação da fuga do direito que o poder sempre procura em um Estado de Direito. Também não há que se falar em “crise do direito” da contemporaneidade, a qual geralmente é sustentada sob um viés formalista do direito, quando na realidade é inerente ao Direito um certo grau de indeterminação e incerteza e, mesmo assim, este consegue fornecer uma certa segurança pela qual é almejado (Rodriguez, 2009, Apresentação).

É ante essas premissas (entre outras que o espaço deste não permite desenvolver) que o autor desenvolve a ideia de “perversão do direito”, como o uso deste para conferir uma “aparência jurídica a espaços de puro arbítrio nos quais seria possível agir sem o controle da sociedade civil, em função apenas dos interesses dos poderosos” (Rodriguez, 2016a, p. 103). Trata-se de “desenhos regulatórios ou decisões formais que se apresentam como lícitas na aparência, mas cujo efeito é neutralizar a soberania popular, imunizando determinados processos decisórios ou instituições da influência dos diversos agentes sociais em conflito” (Rodriguez, 2016b, p. 266).

Rodriguez (2016a) classifica a perversão do direito em três figuras: a fuga do direito, a legalidade discriminatória e a zona de autarquia.

A fuga do direito surge diante dos processos de acolhimento de novas demandas pelo Estado de Direito: ao acolher e incluir essas novas demandas, surgem conflitos com aqueles que já estavam previamente incluídos, tornando necessária a rearticulação da justificação do direito. Rodriguez (2016a, p. 104) cita como exemplos a criação de regimes privados transnacionais, a *lex mercatoria* e outros fenômenos da globalização, em que entes altamente poderosos da esfera internacional atuam para reprivatizar o direito e neutralizar o poder da sociedade.

A legalidade discriminatória, que inicialmente o autor denominava falsa legalidade (Rodriguez, 2016b, p. 266), consiste na “produção de normas aparentemente universais, mas que são efetivamente postas a serviço de interesses parciais” (Rodriguez, 2016a, p. 104). Como exemplo, o autor refere-se ao caso, mencionado por Neumann, de perseguição a funcionários públicos por meio de inquérito administrativo no maccartismo norte-americano. Por mais que seja legal que os Estados exerçam controle sobre seus servidores e demitam aqueles desleais, isso não autoriza a demissão pela mera suspeita de deslealdade (entendida esta como uma posição política, como o comunismo) sem direito à defesa. Outro exemplo é a legislação antiterror, que é formulada de maneira universal, mas sob a expectativa de que não alcançará certas pessoas “de bem”; ou, no mesmo sentido, leis que visam relativizar garantias fundamentais como o *habeas corpus* para tornar a investigação e processo criminal mais céleres. São espaços de arbítrio que ocorrem no interior do Estado de Direito, muitas vezes com a concordância dos cidadãos e cidadãs, já que não esperam que essas leis lhes atingirão (Rodriguez, 2016a).

Por fim, a perversão do direito também pode se manifestar por meio de “zonas de autarquia”. Rodriguez destaca aqui que o Estado de Direito não se faz apenas por normas gerais e abstratas, mas por atos de aplicação dessas normas aos casos concretos que interpretam os textos normativos. Nesse ponto, o autor adota uma teoria do direito que invoca a pesquisa empírica para seu conhecimento,

com a identificação dos fundamentos das decisões concretas tomadas pelas autoridades competentes. É zona de autarquia “um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer [...], num espaço vazio de justificação” (Rodriguez, 2016a, p. 106). Na zona de autarquia, apesar da aparência de direito, é ausente a justificação racional, o que inviabiliza o controle da argumentação pela sociedade. Os espaços de indeterminação do direito são oportunidades para a criação dessas zonas de autarquia (Rodriguez, 2016a).

Além de elaborar a categoria da perversão do direito e procurar classificá-la, José Rodrigo Rodriguez busca indicar metodologias para a identificação de sua ocorrência, defendendo sua função crítica. Para identificar os casos de perversão do direito é preciso investigar os sentidos e os efeitos das normas jurídicas, o que justifica a necessidade de uma pesquisa empírica sobre esses fatores. Essa identificação passa pela atenção aos “procedimentos dos poderosos”, o que implica a mobilização de “conhecimentos técnicos sobre o funcionamento da racionalidade institucional”, o que é papel mais afeito aos juristas, mas não somente (Rodriguez, 2016a).

O estudo desses casos de perversão do direito, conforme Rodriguez, contribui para o estudo da crise democrática, já que esta não ocorre apenas em questões macroscópicas, como as eleições e partidos políticos, mas também nas minúcias das instituições do Estado de Direito (Rodriguez, 2016b).

O autor apresenta alguns exemplos de pesquisas empíricas que, adotando de alguma forma aquelas categorias, foram capazes de identificar alguns mecanismos de perversão do direito (Rodriguez, 2016b). É o exemplo do funcionamento da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) na liberação comercial de organismos geneticamente modificados. No exame específico de processos decisórios daquela Comissão, identificou-se uma possível zona de autarquia, já que, mesmo com a participação de representantes da sociedade civil, estes raramente conseguem exigir algum posicionamento, pois o órgão é majoritariamente composto de profissionais que seguem uma mesma linha técnica que privilegia a performance agrônômica, de modo que 100% (cem por cento) dos pedidos de liberação são aprovados, sem aparente debate (Barcelos, 2016, apud Rodriguez, 2016b). Outro caso de perversão foi identificado no estudo do regime jurídico da Fédération Internationale de Football Association – FIFA, que apesar de ser uma associação civil, produz uma ordem jurídica transnacional que impõe suas vontades a outras associações futebolísticas, clubes esportivos e torcedores, mitigando até a soberania dos Estados (Faria, 2016, apud Rodriguez, 2016b).

Percebe-se que a chave conceitual da perversão do direito, de José Rodrigo Rodriguez, sob o pressuposto de uma crença no Estado do Direito, com um referencial teórico de Franz Neumann, é útil para descrever processos menos óbvios e escancarados de fragilização democrática e que, mesmo sob aparência de legalidade, terminam por erodir os sistemas de controle do poder.

2.2 A PERVERSÃO DO DIREITO E O USO DE AGROTÓXICOS

As linhas gerais expostas acerca da categoria da perversão do direito são suficientes para passar a analisar o cenário da regulação do uso de agrotóxicos.

Apontar-se-ão alguns exemplos de como aquele cenário traz diversas situações em que, apesar da aparência jurídica e da aparente conformidade com o direito e, principalmente, com a Lei de Agrotóxicos, por meio de atos administrativos diversos, ou mesmo ausência desses atos, o Estado brasileiro perverte o direito, criando zonas de autarquia, legalidades discriminatórias e processos de fuga do direito¹⁴.

Como visto, a Lei de Agrotóxicos de 1989 trazia hipóteses de vedação ao registro de agrotóxicos por meio de alguns conceitos suficientemente abertos a interpretação, ou mesmo sujeitos a debate em outros campos científicos. Por exemplo, a discussão sobre se uma substância é teratogênica, ou carcinogênica, ou mutagênica pode ser sujeita a debates nas ciências médicas, assim como a definição de uma substância que “cause danos ao meio ambiente”, além de depender de outras ciências naturais, pode necessitar de uma discussão jurídica sobre o termo “dano”, por exemplo.

Acrescente-se a essas complexidades a questão sobre a distribuição do ônus de comprovação dessas situações de proibição do registro – e na discussão da prova, todas as discussões epistemológicas sobre a causalidade e a dificuldade de determinação de uma causa única como condição suficiente para a ocorrência de doenças, ou danos ao meio ambiente.

Ainda sobre as obscuridades que podem resultar do próprio texto legal, a hipótese de os produtos serem “mais perigosos para o homem do que os testes de laboratório, com animais, tenham podido demonstrar” aparenta trazer maior complexidade ainda, pois pressupõe aqui uma hipótese de rejeição do registro pela inferência de que o produto é mais perigoso que testes “tenham podido demonstrar” (Brasil, 1989, art. 3º, §6º, “e”), ou seja, que testes não foram capazes de demonstrar, mas por alguma razão se pode suspeitar que sejam mais perigosos. Aparentemente, há uma alusão implícita ao chamado princípio da precaução¹⁵, pelo qual a falta de plena certeza científica de um risco não deve ser usada como razão para não se tomar medidas contra esse risco.

São essas indeterminações do texto legal que abrem margem para zonas de autarquia, como sustenta Rodriguez (2016a). No caso, a indeterminação dos conceitos e, muito mais, a impossibilidade de conhecê-los completamente – se considerada uma epistemologia que afaste a possibilidade de verdades objetivas absolutas –, ou mesmo a indeterminação sobre o ônus de prova acerca dessas questões são campo vasto para a perversão do direito na regulação do registro de agrotóxicos.

A respeito do ônus da prova, é crítica recorrente do sistema de regulação a de que o problema nas hipóteses de proibição do registro é que o ônus da prova recai sobre a agência reguladora (Franco; Pelaez, 2016, p. 223). Assim, um dispositivo legal que aparentemente garantiria a segurança dos produtos

¹⁴ Ressalve-se que a pesquisa empírica que é sugerida por José Rodriguez como necessária à caracterização dessas situações é apenas iniciada com o presente estudo. Cada um dos pontos adiante elencado poderia ser objeto de uma ampla e exauriente pesquisa empírica para a confirmação daquilo que é aqui apresentado apenas como hipótese.

¹⁵ Sobre o princípio da precaução no viés do Direito Internacional, mencionando inúmeros tratados que o preveem, cf. Sands, 2004.

agrotóxicos acaba por criar, por meio de indeterminações diversas, uma zona de autarquia para que a indústria de agrotóxicos dificilmente possa ter seus pedidos de registro rejeitados.

Também se configura como uma zona de autarquia a modificação feita pela Lei n. 14.785/2023 no *standard* de proibição dos registros de agrotóxicos, agora para um conceito ainda mais vago de “risco inaceitável”, ao qual se aplicam com maior ênfase as considerações acima feitas a respeito dos critérios da Lei anterior.

Outra fragilidade apontada no marco legal é a ausência de um prazo de validade dos registros, que permanecem vigentes por tempo indeterminado, diminuindo as possibilidades de efetiva reavaliação dos produtos. Trata-se de outra zona de autarquia, que permite que, uma vez obtido o registro, os avanços e descobertas científicas posteriores não ensejem a reavaliação do registro com a mesma facilidade com que foi deferido.

Outro ponto de indeterminação é a ausência de regulamentação acerca da pulverização aérea dos agrotóxicos. Isso viabiliza a livre regulamentação por atos administrativos de alta precariedade e baixa participação democrática para sua aprovação, facilitando a influência das empresas multibilionárias interessadas na flexibilização de quaisquer restrições de uso. Nesse sentido, é exemplo a Instrução Normativa n. 13/2020 da Secretaria de Defesa Agropecuária (SDA), que diminuiu a distância mínima de pulverização aérea de povoações em certos casos, sem precisar de qualquer debate democrático ou participação popular. Nesse ponto, a categoria da fuga do direito é explicativa, pois a falta de uma disposição legal cria um espaço de mobilidade para os interesses privados das multinacionais que dominam o mercado de agrotóxicos, tornando menos custoso para estas a alteração da regulamentação a seu benefício.

O mercado multibilionário e concentrado descrito na primeira parte facilita o processo de fuga do direito, que é caracterizado pela privatização dos meios democráticos e a neutralização do poder da sociedade em favor desses entes altamente poderosos, como diz Rodriguez. Nesse sentido, por exemplo, Gurgel, Guedes e Friedrich (2021) descrevem o processo de interferência da indústria de agrotóxicos a partir de constituição de “forças tarefa” (*task forces*), isto é, grupos que atuam junto às agências reguladoras nos processos regulatórios, especialmente identificados naqueles de reavaliação das substâncias já registradas. A influência desses grupos é verificada nas próprias decisões de reavaliação que, em geral, acolhem os argumentos das empresas interessadas.

A fuga do direito também é verificada na situação da mencionada OS n. 49/2018, em que, sem sequer necessitar de publicação no Diário Oficial, um ato unilateral do Diretor da Anvisa passou a detalhar procedimentos que autorizam um registro “por analogia” de agrotóxicos registrados em outros países. Por meio desse ato administrativo, então, o registro passou, por vias indiretas, a receber um tratamento transnacional, de maneira consonante com os privados interesses das multinacionais proprietárias intelectuais dos agrotóxicos. Nesse caso, há ainda o contrafactual: quando proposta semelhante foi submetida ao Congresso Nacional, acabou por ser rejeitada.

No mesmo sentido, Pelaez, Terra e Silva (2010) descrevem, sob uma abordagem institucionalista e analisando a trajetória do marco regulatório dos agrotóxicos, uma evolução de concentração da indústria de agrotóxicos, a crescente concentração do mercado e os movimentos efetuados para a aprovação dos Decretos n. 4.074/2002 e 5.981/2006. O estudo contraria a hipótese de que os efeitos de uma regulamentação mais rigorosa no registro dos agrotóxicos favoreceriam uma estrutura oligopolizada do mercado, pois verificam que aqueles efeitos tendem a ser marginais sobre um oligopólio concentrado. Conforme os autores, “os referidos argumentos, em prol de uma legislação menos rigorosa, revela[m] a defesa de interesses privados e de curto prazo no sentido da manutenção do *status quo* de uma parcela reduzida da sociedade” (Pelaez; Terra; Silva, 2010, p. 44).

Assim, aquele estudo corrobora empiricamente um exemplo de como se opera a perversão do direito na regulamentação dos agrotóxicos, não só pela fuga do direito (manifestada pela privatização dos interesses por meio da defesa da dita “simplificação” regulatória), mas também pela legalidade discriminatória, posto que a aprovação de novos marcos regulatórios, aparentemente universais (supostamente em benefício de empresas menores e da menor concentração do mercado), na realidade servem a interesses parciais (uma legislação mais ágil e simplificada para atender aos maiores beneficiados por um registro facilitado, aquelas poucas empresas dominantes do mercado). Nesse sentido, é exemplo da aprovação, na vigente Lei n. 14.785/2023, de um registro facilitado para as chamadas culturas com suporte fitossanitário insuficiente (Brasil, 2023a, art. 16), que pode beneficiar mais os grupos organizados da indústria do que o público-alvo formalmente pretendido com a medida.

Outro exemplo de legalidade discriminatória pode ser vislumbrado na recente alteração da classificação toxicológica dos agrotóxicos. A Resolução Colegiada da Anvisa, de início, é submetida a uma forma de consulta popular. Além disso, é aprovada sob o argumento de que era necessária uma padronização internacional dessa classificação, o que confere a devida aparência de universalidade da normativa. Porém, se verificados os efeitos concretos da alteração (como exposto na primeira parte), observa-se que a nova classificação atribuiu uma menor toxicidade a mais de um terço dos produtos que eram “extremamente tóxicos” e grande parte dos produtos à base de Glifosato – o ingrediente ativo de agrotóxico mais consumido no mundo – teve sua classificação toxicológica reduzida. Ou seja, a aparência de universalidade beneficia interesses parciais, o que é feito à custa do direito à informação daqueles que são expostos a essas substâncias.

Os esforços da indústria de agrotóxicos para criar uma espécie de registro tácito de seus produtos, a partir de certo prazo sem apreciação – que foram minados por decisão do STF – são significativo exemplo da tentativa de criação de uma zona de autarquia. A partir do estabelecimento de um prazo muito menor do que a média de duração dos processos de registro, criou-se, na prática, um espaço de arbitrariedade em que a indústria poderia transpor o processo de registro sem precisar convencer os órgãos regulatórios, o que lhe autorizaria a apresentar ao mercado seus produtos antes mesmo de examinada a segurança da substância. Também aqui, é possível realizar o exercício contrafactual: um registro tácito desse

tipo foi aprovado na Câmara dos Deputados (Nishimori, 2022, art. 3º, §9º), mas foi rejeitado no Senado (Brasil, 2023a), demonstrando que o debate democrático dificultou essa perversão do direito.

As decisões tomadas em procedimento de reavaliação de registro de agrotóxicos, além de dificultadas pelas forças-tarefa criadas pela indústria, mesmo quando levam a uma reavaliação, tendem a ser amenizadas por exceções, em que a perversão do direito pode ser vislumbrada em todas as suas formas. Emblemático é o caso acima mencionado da reavaliação da Abamectina, em que a reavaliação não proibiu o produto, mesmo assumindo a suspeita de que possa causar malformações congênitas, determinando apenas que essa informação passasse a constar de seu rótulo.

Outra situação é a da reavaliação do Carbendazim, cujo ingrediente ativo foi finalmente proibido em agosto de 2022. Contudo, mesmo reconhecido potencial carcinogênico, mutagênico e teratogênico da substância, a Anvisa entendeu que deveria haver uma proibição gradual da produção (permitida por mais 3 meses após a proibição), da comercialização (permitida por mais 6 meses) e exportação (permitida por mais 12 meses) e até mesmo a importação foi autorizada, quando licenciada antes da suspensão do registro (Brasil, 2022, art. 4º).

É possível identificar nessa decisão uma fuga do direito, já que a resolução da Anvisa favorece entes poderosos da esfera internacional (a concentrada indústria de agrotóxicos) e neutraliza o poder da sociedade de questionar essa decisão em um debate mais aberto, criando um espaço de arbitrariedade na permissão de uso de um produto proibido. Há uma legalidade discriminatória, pois há a aparência de que a lei (que proíbe registro de produtos cancerígenos, teratogênicos e mutagênicos) foi concretamente cumprida, mas ao mesmo tempo foi autorizada exploração comercial do produto proibido a fim de atender os interesses privados da indústria. E, por fim, há uma zona de autarquia, em que uma decisão foi tomada, sem participação democrática, despida de qualquer racionalidade (à exceção da racionalidade econômica da indústria que produz e lucra com o produto cancerígeno), ainda que sob a aparência de legalidade.

Enfim, o expressivo aumento no número de registro de agrotóxicos que tem ocorrido nos últimos anos, é realizado por processos que tramitam em sigilo, sob o argumento de proteção de propriedade intelectual. Isso acaba por criar outra zona de autarquia, em que é impossível submeter ao controle público as decisões tomadas nesses processos. Essa publicidade sofreu tentativa de ainda maior restrição pelo Decreto n. 10.833/2021, no que o STF precisou conferir interpretação conforme, no julgamento da ADPF n. 910, para garantir a ampla publicidade dos pedidos de registros.

Os casos explorados são esquematizados na seguinte tabela:

Tabela 2. Esquematização dos casos de perversão do direito na regulação de agrotóxicos no Brasil

Caso de regulação sobre agrotóxicos (ordem cronológica)	Espécie de perversão do direito
---	---------------------------------

Abertura conceitual dos casos de proibição de registros de agrotóxicos (Lei 7.802/1989 e Lei 14.785/2023)	Zonas de autarquia
Ausência de prazo de validade do registro/ abertura quanto à reavaliação	Zonas de autarquia
Inefetividade da previsão de um receituário agrônomo	-
Diversos atos de registro de agrotóxicos sob sigilo	Zona de autarquia
Orientação de serviço n. 49/2018 (registro por analogia)	Fuga do direito (proposta semelhante foi rejeitada em debate no Congresso Nacional)
Instrução Normativa SDA n. 40/2018 (autoriza mistura em tanque)	-
Portaria n. 43/2020 (registro tácito após prazo sem apreciação)	Zona de autarquia (proposta semelhante foi rejeitada em debate no Congresso Nacional)
Instrução Normativa SDA n. 13/2020 (pulverização aérea)	Fuga do direito
RDC n. 442/2020 da Anvisa (reavaliação da Abamectina com modificação de rótulo)	Zona de autarquia
RDC n. 739/2022 da Anvisa (reavaliação do Carbendazim com prazos de transição)	Fuga do direito, legalidade discriminatória e zona de autarquia
Registro de culturas com suporte fitossanitário insuficiente (art. 16, Lei n. 14.785/2023)	Legalidade discriminatória

Fonte: Elaborado pelo autor (2024).

Esses exemplos, não exaustivos, demonstram que o campo da regulação dos agrotóxicos pode ser mais profundamente compreendido com a categoria da perversão do direito.

CONCLUSÃO

Há um cenário de prejuízos sociais causados pelo uso dos agrotóxicos bastante documentado e um cenário econômico dominado por algumas empresas estrangeiras, que movimentam interesses multibilionários.

Sob o aspecto jurídico, ainda que de maneira exemplificativa, demonstrou-se que o Direito aplicável ao uso de agrotóxicos sofre alterações que passam ao largo do debate democrático e do processo legislativo, às vezes sem qualquer publicidade, ou com publicidade muito limitada.

O estudo feito corroborou parcialmente a hipótese de que a regulação dos agrotóxicos insere-se no quadro teórico da perversão do direito. Nesse sentido, o panorama apresentado pode ser explicado em parte pela chave conceitual de José Rodrigo Rodriguez. Sob o pressuposto de uma crença no Estado do Direito sob um referencial de Neumann – e portanto, sem problematizar os limites do sistema político e econômico predominante no Ocidente –, essa categoria é útil para descrever processos menos óbvios e escancarados de fragilização democrática

que, mesmo sob aparência de legalidade, terminam por erodir os sistemas de controle do poder.

Foram apontados diversos exemplos de alterações na regulação do uso de agrotóxicos que incorrem em fuga do direito, legalidade discriminatória e zonas de autarquia, subespécies da perversão do direito. É possível afirmar que esse campo é prolífero em mecanismos jurídicos que aprofundam uma crise democrática, na medida em que, não obstante o uso de agrotóxicos tenha múltiplos e diretos impactos sociais e ambientais, os afetados, por meio da perversão do direito, são eficazmente distanciados dos processos decisórios.

Todavia, a hipótese não foi totalmente confirmada, pois a categoria da perversão do direito não parece ser suficiente para explicar todos os casos explorados, a exemplo da situação da inefetividade da previsão de um receituário agrônomo, ou o intrincado jogo de atos regulatórios que passa a flexibilizar a mistura em tanque de agrotóxicos. Para essas situações pode ser recomendável outras chaves teóricas, mais afeitas a um aspecto sociológico do direito.

Ademais, a pesquisa feita é introdutória e apresenta diversos exemplos de situações jurídicas que podem ser examinadas com maior profundidade, inclusive com pesquisa empírica e interdisciplinar, com exame documental das fundamentações envolvidas nos processos decisórios, a fim de elucidar as minúcias que caracterizam os processos de perversão do direito, de modo a criticá-los e propor soluções.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. *Cartilha sobre Agrotóxicos*. Brasília: Anvisa, 2011. (Série Trilhas do Campo). Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/agrotoxicos/cartilha-sobre-agrotoxicos-serie-trilhas-do-campo.pdf/view>. Acesso em: 31 maio 2024.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. Orientação de Serviço nº 49/DIARE/ANVISA, de 29 de junho de 2018. Dispõe sobre o detalhamento dos procedimentos de análise dos processos de avaliação toxicológica para fins de registro de produto técnico com ingrediente ativo de agrotóxico e afins ainda não registrado no país, no âmbito da Gerência-Geral de Toxicologia-GGTOX. *Boletim de Serviço*, v. 28, p. 4–6, 6 jul. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. *Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos - PARA: Relatório dos resultados das análises de amostras monitoradas nos ciclos 2018-2019 e 2022*. Brasília: Anvisa, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/agrotoxicos/programa-de-analise-de-residuos-em-alimentos/arquivos/relatorio-2018-2019-2022>. Acesso em: 31 maio 2024.

BARROS, S. Modelos de consultas públicas online: expectativas e experiências. In: MEYER, E. P. N.; POLIDO, F. B. P.; TRIVELLATO, M. C. S. (org.). *Direito, democracia e internet: perspectivas constitucionais e comparadas*. Belo Horizonte, MG: Initia Via, 2021. (Sociedade, Direito e Justiça). p. 166–197.

BOEDEKER, W. *et al.* The global distribution of acute unintentional pesticide poisoning: estimations based on a systematic review. *BMC Public Health*, [S. l.], v. 20, n. 1, p. 1.875, 2020.

BOMBARDI, L. M. *Agrotóxicos e colonialismo químico*. São Paulo: Elefante, 2023.

BOMBARDI, L. M. *Geography of Asymmetry: the vicious cycle of pesticides and colonialism in the commercial relationship between Mercosur and the European Union – OCAA*. Brussels: The Left, 2021. Disponível em: <https://ocaa.org.br/publicacao/geography-of-asymmetrythe-vicious-cycle-of-pesticides-and-colonialism-in-the-commercial-relationship-between-mercotur-and-the-european-union/>. Acesso em: 8 jan. 2024.

BRASIL. *Decreto n. 4.074, de 4 de janeiro de 2002*. Regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Brasília, 4 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4074.htm. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. *Lei n. 7.802, de 11 de julho de 1989*. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Brasília, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7802.htm. Acesso em: 31 maio 2024.

BRASIL. *Lei n. 14.785, de 27 de dezembro de 2023*. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem, a rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e das embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, de produtos de controle ambiental, de seus produtos técnicos e afins; revoga as Leis nºs 7.802, de 11 de julho de 1989, e 9.974, de 6 de junho de 2000, e partes de anexos das Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 9.782, de 26 de janeiro de 1999. 27 dez. 2023a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14785.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Insumos Agropecuários. Insumos Agrícolas. *Agrotóxicos: Legislação*, Brasília, 2023b. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/insumos-agropecuarios/insumos-agricolas/agrotoxicos/legislacao>. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Secretaria de Defesa Agropecuária. Instrução Normativa nº 13, de 08 de abril de 2020. Dispõe sobre a aplicação de fungicidas e óleo mineral com uso de aeronaves agrícolas na cultura da banana. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, v. 69, p. 11, 9 abr. 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-13-de-8-de-abril-de-2020-251908947>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Secretaria de Defesa Agropecuária. Portaria nº 196, de 08 de janeiro de 2021. Estabelece os níveis de classificação de risco de atividades econômicas dependentes de atos públicos de liberação sob a responsabilidade da Secretaria de Defesa Agropecuária, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, assim como os prazos para sua aprovação tácita. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, v. 6, p. 5, 11 jan. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-196-de-8-de-janeiro-de-2021-298352982>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Agricultura. Secretaria de Defesa Agropecuária. Instrução Normativa nº 40, de 11 de outubro de 2018. *Diário Oficial da União*, Seção 1, v. 198, p. 3, 15 out. 2018a.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 294, de 29 de julho de 2019. Dispõe sobre os critérios para avaliação e classificação toxicológica, priorização da análise e comparação da ação toxicológica de agrotóxicos, componentes, afins e preservativos de madeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, v. 146, 31 jul. 2019a.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 295, de 29 de julho de 2019. Dispõe sobre os critérios para avaliação do risco dietético decorrente da exposição humana a resíduos de agrotóxicos, no âmbito da Anvisa, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, v. 146, 31 jul. 2019b.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 296, de 29 de julho de 2019. Dispõe sobre as informações toxicológicas para rótulos e bulas de agrotóxicos, afins e preservativos de madeira. *Diário Oficial da União*, Brasília, v. 146, 31 jul. 2019c.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 442, de 2 de dezembro de 2020. Dispõe sobre a manutenção do ingrediente ativo Abamectina em produtos agrotóxicos no País, determina medidas de mitigação de riscos à saúde e alterações no registro decorrentes da sua reavaliação toxicológica. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, v. 235, p. 372, 9 dez. 2020b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-rdc-n-442-de-2-de-dezembro-de-2020-293190834>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 739, de 08 de agosto de 2022. Dispõe sobre a proibição do ingrediente ativo Carbendazim em produtos agrotóxicos no país e sobre as medidas transitórias de mitigação de riscos. *Diário Oficial da União*, Seção 1- Extra-A, Brasília, v. 149-A, p. 1, 8 ago. 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-rdc-n-739-de-8-de-agosto-de-2022-420977134>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Terceira Diretoria. Gerência-Geral de Toxicologia. Resolução-RE nº 2.080, de 31 de julho de 2019. *Diário Oficial da União*, Seção 1, v. 147, p. 94, 1 ago. 2019d. Disponível em: <https://in.gov.br/web/dou/-/resolucao-re-n-2080-de-31-de-julho-de-2019-208203097>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária. Departamento Técnico-normativo. *Portaria n. 03*, 16 jan. 1992. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs1/1992/prt0003_16_01_1992.html. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Secretaria de Defesa Agropecuária. Portaria nº 43, de 21 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial Da União*, Seção 1, v. 39, p. 4, 27 fev. 2020c.

BRASIL. *Registros concedidos até 31 de dezembro de 2023*. Brasília: Ministério da Agricultura e Pecuária, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/insumos-agropecuarios/insumos-agricolas/agrotoxicos/informacoes-tecnicas>. Acesso em: 9 jan. 2024.

BRASIL. *Relatório Nacional de Vigilância em Saúde de Populações Expostas a Agrotóxicos*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018b. Coleção Agrotóxicos na Ótica do Sistema Único de Saúde.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 910. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Rel. Min. Carmen Lúcia. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 6 jul. 2023c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769239334>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 656. Requerente: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, v. 217, 22 jun. 2020d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753655549>. Acesso em: 20 jun. 2024.

CARRASCO, L. M. C. M. *et al.* A influência da exposição a Agrotóxicos para o desenvolvimento da depressão: uma revisão sistemática. *Research, Society and Development*, [S. l.], v. 10, n. 15, p. e502101523166, 2021.

CARSON, R. *Silent Spring*. New York: Mariner Books, 2002. (40th anniversary edition).

CODONHO, M. L. P. C. F. *Desafios para a concretização da agricultura sustentável no Brasil: uma contribuição do direito para a regulação do uso dos agrotóxicos*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2014. (Direito Ambiental para o Século XXI). v. 2

COSTA, P. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, P.; ZOLO, D. (org.). *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 198–95.

FRANCO, C. D. R.; PELAEZ, V. A (des)construção da agenda política de controle dos agrotóxicos no Brasil. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 230–213, 2016.

FRIEDRICH, K. *et al.* (org.). *Dossiê contra o Pacote do Veneno e em defesa da Vida!* Porto Alegre: Rede Unida, 2021.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ. *Sistema Nacional de Informações tóxico-farmacológicas: dados de intoxicação*. Rio de Janeiro, maio 2020. Disponível em: https://sinitox.icict.fiocruz.br/sites/sinitox.icict.fiocruz.br/files//Brasil6_1.pdf. Acesso em: 28 maio 2024.

GABERELL, L.; HOINKES, C. *Lucros altamente perigosos: como a Syngenta ganha bilhões vendendo agrotóxicos nocivos*. Cáceres (MT): FASE, Public Eye, Campanha permanente contra os agrotóxicos e pela vida, 2019. Disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/2020-04/2019_PublicEye_Lucros_altamente_perigosos_Report.pdf. Acesso em: 31 maio 2024.

GRIGORI, P. Agrotóxico ligado a casos de câncer deixa de ser considerado 'extremamente tóxico' pela Anvisa. *Repórter Brasil*, São Paulo, 31 out. 2019a. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/10/2019/agrotoxico-ligado-a-casos-de-cancer-deixa-de-ser-considerado-extremamente-toxico-pela-anvisa/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

GRIGORI, P. Aprovação de agrotóxicos no governo Bolsonaro beneficia empresas estrangeiras. *Repórter Brasil*, São Paulo, 14 maio 2019b. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/05/2019/aprovacoes-de-agrotoxicos-no-governo-bolsonaro-beneficiam-empresas-estrangeiras/>. Acesso em: 31 maio 2024.

GURGEL, A. M.; GUEDES, C. A.; FRIEDRICH, K. Flexibilização da regulação de agrotóxicos enquanto oportunidade para a (necro)política brasileira: avanços do agronegócio e retrocessos para a saúde e o ambiente. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Curitiba, v. 57, 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/made/article/view/79158>. Acesso em: 19 jun. 2024.

HESS, S. C.; NODARI, R. O.; LOPES-FERREIRA, M. Agrotóxicos: críticas à regulação que permite o envenenamento do país. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Curitiba, v. 57, 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/made/article/view/76169>. Acesso em: 29 maio 2024.

TERATOGENICO. In: HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S.; FRANCO, F. M. de M. (org.). *Dicionário eletrônico Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS RENOVÁVEIS - IBAMA. *Painéis de informações de agrotóxicos*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/ibama/pt-br/assuntos/quimicos-e-biologicos/agrotoxicos/paineis-de-informacoes-de-agrotoxicos/paineis-de-informacoes-de-agrotoxicos>. Acesso em: 6 jun. 2024.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION - ILO; UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND - UNICEF (org.). *Child Labour [Elektronische Ressource]: Global estimates 2020, Trends and the road forward*. New York: ILO, UNICEF, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipecc/documents/publication/wcms_797515.pdf. Acesso em: 29 maio 2024.

JOÃO, P. *Relatório da Subcomissão sobre o Uso dos Agrotóxicos e suas consequências a Saúde, no âmbito da Comissão de Seguridade Social e Família - CSSF (03/2011)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529803>. Acesso em: 31 maio 2024.

LONDRES, F. *Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rede Brasileira de Justiça Ambiental, Articulação Nacional de Agroecologia, 2012.

MARQUES, J. M. G.; SILVA, M. V. da. Estimativa de ingestão crônica de resíduos de agrotóxicos por meio da dieta. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 55, p. 36, 2021.

MARTINS, R. M. Anvisa antecipa PL do Veneno e libera agrotóxicos aprovados nos EUA e Europa. *Intercept Brasil*, [S. l.], 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2018/08/01/anvisa-pl-do-veneno-agrotoxicos/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

MATTOS NETO, A. J. de; COSTA, E. de C. M. da. Agrotóxicos e projeto de lei n. 6.299/2002: retrocesso agroambiental. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte (MG), v. 17, n. 38, p. 189–217, 2020.

MENCK, V. F.; COSSELLA, K. G.; OLIVEIRA, J. M. de. Resíduos de agrotóxicos no leite humano e seus impactos na saúde materno-infantil: resultados de estudos brasileiros. *Segurança Alimentar e Nutricional*, Campinas (SP), v. 22, n. 1, p. 608, 2015.

NASRALA NETO, E.; LACAZ, F. A. de C.; PIGNATI, W. A. Vigilância em saúde e agronegócio: os impactos dos agrotóxicos na saúde e no ambiente. Perigo à vista!. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 4709–4718, 2014.

NISHIMORI, L. *Redação final do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 6.299-b de 2002 do Senado Federal*. Brasília, 9 fev. 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2159084&filename=Tramitacao-PL+6299/2002. Acesso em: 19 jun. 2024.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD – OPS; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD – OMS. *Prevención del suicidio: un imperativo global*. Washington, DC: OPS, 2014.

PANIS, C. *et al.* Evidence on Human Exposure to Pesticides and the Occurrence of Health Hazards in the Brazilian Population: A Systematic Review. *Frontiers in Public Health*, Lausanne, Switzerland, v. 9, 2022a. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpubh.2021.787438>. Acesso em: 18 jul. 2022.

PANIS, C. *et al.* Widespread pesticide contamination of drinking water and impact on cancer risk in Brazil. *Environment International*, [s. l.], v. 165, p. 107321, 2022b.

PASCHOAL, A. D. *Praga, praguicida e a crise ambiental: problemas e soluções*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1979.

PASCHOAL, A. D. *Pragas, agrotóxicos e a crise ambiente: problemas e soluções*. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

PELAEZ, V.; TERRA, F. H. B.; SILVA, L. R. da. A regulamentação dos agrotóxicos no Brasil: entre o poder de mercado e a defesa da saúde e do meio ambiente. *Revista de Economia*, Curitiba, v. 36, n. 1, 2010. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/economia/article/view/20523>. Acesso em: 21 jun. 2024.

PIGNATI, W. A.; MACHADO, J. M. H.; CABRAL, J. F. Acidente rural ampliado: o caso das “chuvas” de agrotóxicos sobre a cidade de Lucas do Rio Verde - MT. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 105–114, 2007.

PIMENTEL, D. Amounts of pesticides reaching target pests: Environmental impacts and ethics. *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 17–29, 1995.

RODRIGUES, P.; CASTRO, A. P. Diretora discute com colegas e abandona reunião da Anvisa após suspensão de uso de agrotóxico. *G1*, Brasília, 21 jun. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2022/06/21/diretora-discute-com-colegas-e-abandona-reuniao-da-anvisa-apos-suspensao-de-uso-de-agrotoxico.ghtml>. Acesso em: 31 maio 2024.

RODRIGUEZ, J. R. Figuras de la perversión del derecho: para un modelo crítico de investigación jurídica empírica. *Prolegómenos*, Bogotá, v. 19, n. 37, p. 99–108, 2016a.

RODRIGUEZ, J. R. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Direito em debate).

RODRIGUEZ, J. R. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 261–294, 2016b.

SANDS, P. O princípio da precaução. In: VARELLA, M. D.; PLATIAU, A. F. B. (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2004. (Coleção Direito Ambiental em Debate). p. 29–46.

SANTANA, V. S.; MOURA, M. C. P.; NOGUEIRA, F. F. e. Mortalidade por intoxicação ocupacional relacionada a agrotóxicos, 2000-2009, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 47, p. 598–606, 2013.

SHAND, H.; WETTER, K. J. *Plate Tectonics: Mapping Corporate Power in Big Food (Corporate concentration by sector and industry rankings by 2018 revenue)*. [S. l.]: ETC Group, 2019. Disponível em: https://etcgroup.org/sites/www.etcgroup.org/files/files/etc_platetectonics_a4_nov2019_web.pdf. Acesso em: 31 maio 2024.

SILVA, L. R. da. *Vazios institucionais na regulação de agrotóxicos*. 2019. 177 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) - Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

SIQUEIRA, C.; PIOVESAN, E. Governistas dizem que mudança em agrotóxicos vai modernizar agricultura. *Portal da Câmara dos Deputados*, Brasília, 9 fev. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/849514-governistas-dizem-que-mudanca-em-agrotoxicos-vai-modernizar-agricultura-acompanhe/>. Acesso em: 19 jun. 2024.

SOUZA, L. C. de; BELAIDI, R. Agrotóxicos e biodiversidade: terminologia, causas e impactos. *Revista de Direito Agrário e Agroambiental*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 168–187, 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION; UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (org.). *Public health impact of pesticides used in agriculture*. Geneva: World Health Organization, 1990.

**TUTELA E
EFETIVIDADE
DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

**PROTECTION AND
EFFECTIVENESS
OF CITIZENSHIP
RIGHTS**

ENTRE A FOME E O SILÊNCIO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ATINENTE AO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

João Marcel Evaristo Guerra*

RESUMO

Em 1991, com a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Brasil reconheceu a alimentação enquanto direito. Este reconhecimento foi corroborado pela edição da lei federal n. 11.346/2006 e pela promulgação da Emenda Constitucional n. 64/2010, que incluiu o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) no rol de Direitos Sociais explícitos da Constituição Federal. Apesar da normatização do DHAA, na prática, em 2022, o Brasil contava com 125,2 milhões de pessoas em insegurança alimentar, incluídas neste grupo, as mais de 33 milhões de pessoas em situação de fome, a modalidade mais grave de insegurança alimentar. Com a envergadura normativa dos diplomas citados e a crise famélica observada no país, aventou-se a hipótese de que haveria uma grande quantidade de demandas envolvendo o DHAA no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – órgão jurisdicional responsável pela uniformização interpretativa da legislação federal. Aventou-se ainda que o enfoque interpretativo do DHAA na jurisprudência do STJ era primordialmente orientado para o enfrentamento da fome. Pautada em metodologia descritiva, a partir de dados coletados diretamente da jurisprudência do STJ, analisados quali-quantitativamente, a pesquisa objetivou compreender quantas e quais foram as demandas sobre DHAA que alcançaram aquela Corte e como esta se manifestou. Concluiu-se que apenas 04 (quatro) acórdãos tratando explicitamente sobre DHAA foram proferidos pelo STJ ao longo de toda sua existência, sendo que nenhum enfocou o enfrentamento da fome, limitando o DHAA à Adequação Sanitária, isto é, à busca por alimentos livres de substâncias nocivas à saúde.

Palavras-chave: alimentação; direito; jurisprudência.

Data de submissão: 06/06/2024

Data de aprovação: 14/08/2024

* Doutorando em Direito pela Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP/Argentina).

BETWEEN HUNGER AND SILENCE: AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE REGARDING THE HUMAN RIGHT TO ADEQUATE FOOD

João Marcel Evaristo Guerra

ABSTRACT

In 1991, with the ratification of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Brazil recognized food as a right. This recognition was corroborated by the publication of Federal Law 11346/2006 and the promulgation of Constitutional Amendment 64/2010, which included the Human Right to Adequate Food (HRAF) in the list of explicit Social Rights of the Federal Constitution. Despite the standardization of the HRAF, in practice, in 2022, Brazil had 125.2 million people in food insecurity, included in this group, the more than 33 million people in a situation of hunger, the most serious type of food insecurity. With the normative scope of the aforementioned texts and the hunger crisis observed in the country, the hypothesis was raised that there would be a large number of demands involving the HRAF within the scope of the Superior Court of Justice – the jurisdictional body responsible for the interpretative standardization of the federal legislation. It was also suggested that the HRAF interpretative approach in the Superior Court of Justice jurisprudence was primarily guided by the fight against hunger. Based on a descriptive methodology, based on data collected directly from the jurisprudence of that court, analyzed qualitatively and quantitatively, the research aimed to know how many and what demands about HRAF reached that Court and how it manifested itself. It was concluded that only 04 (four) rulings explicitly dealing with HRAF were handed down by Superior Court of Justice throughout its existence, with none focusing on combating hunger, limiting HRAF to Sanitary Adequacy, that is, the search for food free from substances harmful to health.

Keywords: food; right; jurisprudence.

Date of submission: 06/06/2024

Date of approval: 14/08/2024

INTRODUÇÃO

Entre novembro de 2021 e abril de 2022, a Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (PENSSAN, 2022) compulsou uma amostra de 12.745 domicílios urbanos e rurais, dispostos em todos os estados brasileiros, coletando informações sobre as atuais condições alimentares da população. Compilados e interpretados os dados no II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, constatou-se que apenas 41,3% dos domicílios encontravam-se em situação de segurança alimentar. Em 28%, registrou-se situação de insegurança alimentar leve, caracterizada pela incerteza quanto ao acesso aos alimentos e comprometimento da qualidade da alimentação. Restrição quantitativa de alimentos foi verificada em 30,1% dos domicílios, dos quais 15,5% encontravam-se vivenciando um quadro de fome, qualificada como a situação mais grave de insegurança alimentar. Em termos populacionais, constatou-se a existência de 125,2 milhões de pessoas residentes em domicílios brasileiros enfrentando algum tipo de insegurança alimentar, incluído neste grupo os de mais de 33 milhões em situação de fome (PENSSAN, 2022, p.18).

Um quantitativo tão grande de pessoas com dificuldade no acesso a alimentos compõe, por si só, um quadro estarrecedor de violação estrutural e sistêmica do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA). Contudo, o cenário torna-se ainda mais problemático quando se concebe que o referido quantitativo encontra-se localizado no Brasil, um país que consagra o DHAA em diversos diplomas normativos, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ratificado em 1991 (Brasil, 1991); a lei federal n. 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional – LOSAN) (Brasil, 2006) e a Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010 (Brasil, 2010), que introduziu o DHAA no rol de Direitos Sociais previstos explicitamente na Constituição Federal (Brasil, 1988).

Desponta, nesse sentido, um cenário de incongruência, isto é, a ampla normatização do DHAA nos planos constitucional, supralegal e legal dentro do ordenamento jurídico brasileiro e simultaneamente a ocorrência de violação massiva do DHAA, com vítimas de uma crise famélica espalhadas por todo o território nacional. Assim, reconhecida a não concretização ou a concretização deficitária de um Direito Fundamental social, a ser implementado por meio de políticas públicas a cargo do Estado, o que seria esperado era que esta violação fosse objeto constante de demandas submetidas à apreciação do Poder Judiciário, uma vez que o mesmo ordenamento consagra no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, segundo o qual não será excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer tipo de lesão ou ameaça de lesão a direito (Brasil, 1988).

Assim, considerando a possível existência de um número significativo de demandas submetidas ao Poder Judiciário com pleitos atinentes à efetivação do DHAA, a primeira hipótese aventada pela pesquisa era de que muitas delas alcançavam o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão jurisdicional responsável por apreciar causas oriundas de todo o território nacional, em todas as searas jurisdicionais não-especializadas (Jayme; Leroy; Silveira, 2016). A segunda hipótese aventada era de que, analisando as demandas submetidas a sua apreciação, o STJ

efetuasse com frequência o controle judicial das políticas públicas de concretização do DHAA inexistentes ou deficitárias, balizando seus julgamentos pela busca da superação da crise famélica já descrita.

Diante disso, a presente pesquisa tem por objetivos: a) investigar, dentro do banco de jurisprudência digital do STJ, quantos são os acórdãos que mencionam expressamente o termo Direito Humano à Alimentação Adequada; b) investigar, dentro da amostra de acórdãos estabelecida no item a, quais são as demandas submetidas à apreciação daquela corte envolvendo o DHAA, analisando-se a ação originária, as partes envolvidas, o instrumento processual dentro do qual a corte proferiu sua decisão, o ministro ou a ministra responsável pela relatoria, a data em que o acórdão foi proferido e a orientação que o STJ deu à expressão Direito Humano à Alimentação Adequada e c) investigar, dentro da amostra de acórdãos estabelecida no item a, se o STJ já procedeu o controle judicial das políticas públicas de concretização do DHAA.

A pesquisa foi realizada entre janeiro e abril de 2024, contando com um desenho metodológico pautado na utilização do banco de jurisprudência digital instalado no sítio eletrônico do STJ, que funcionou como ferramenta de busca. Foi pesquisado o termo exato Direito Humano à Alimentação Adequada, com vistas a alcançar todas as decisões colegiadas proferidas pelo tribunal, ao longo de seus 35 anos de existência, contendo explicitamente aquela locução, em consonância com a terminologia adotada pelo Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999), que interpretou o artigo 11 do PIDESC (Brasil, 1991), que, por sua vez, estabeleceu a alimentação enquanto direito.

Para fins de análise, foi realizada a leitura detalhada do inteiro teor dos acórdãos resultantes da busca e admitidos segundo o critério da pesquisa, bem como de outros documentos constantes do bojo dos processos judiciais que culminaram nos provimentos selecionados para a amostra.

Assim, este estudo possui uma metodologia a) descritiva, pois busca descrever características dos acórdãos do STJ que mencionam explicitamente o termo Direito Humano à Alimentação Adequada, envolvendo o uso da observação sistêmica como técnica padronizada de coleta de dados; b) documental, pois se vale do exame de documentos públicos para desenvolver e suportar os objetivos propostos pelo estudo e c) telematizada, uma vez que os documentos examinados são peças de processos judiciais localizados no banco de jurisprudência digital do sítio eletrônico do STJ.

Além disso, deve ser registrado que a amostra da pesquisa foi analisada numa abordagem quali-quantitativa, uma vez que, além da análise quantitativa, isto é, do número de acórdãos proferidos pelo STJ que explicitamente mencionaram o termo Direito Humano à Alimentação Adequada, procedeu-se análise qualitativa, isto é, investigou-se as ações originárias que culminaram naqueles acórdãos, as partes envolvidas, o instrumento processual dentro do qual a corte proferiu sua decisão colegiada, a data em que o respectivo acórdão foi proferido e a orientação dada pela Corte Superior ao DHAA.

Considerando que o objeto da pesquisa é a análise de um recorte da jurisprudência do STJ, o referencial teórico com base no qual a amostra é compulsada é composto pelo Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999), principal instrumento de

interpretação autêntica da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) acerca do DHAA, bem como artigos científicos publicados em periódicos brasileiros e estrangeiros que versam sobre o mesmo tema.

O artigo estrutura-se em uma introdução, três seções e uma conclusão. A primeira seção analisa os diplomas estruturantes de DHAA no Brasil, perfazendo uma revisão do bloco normativo acerca deste direito, destacando-se os principais instrumentos vigentes que versam sobre a matéria no ordenamento jurídico nacional. A segunda seção contempla o Superior Tribunal de Justiça, destacando sua história, sua previsão constitucional, sua composição e suas competências. A terceira seção analisa todos os acórdãos do STJ que mencionam explicitamente o termo Direito Humano à Alimentação Adequada e investiga se, com base na análise da amostra, as políticas públicas de concretização do DHAA e enfrentamento da insegurança alimentar e nutricional chegaram a ser objeto de controle judicial por aquela corte.

Finalmente, cumpre destacar a pertinência da presente pesquisa, uma vez que, ao dispor sobre uma possível crise famélica num ordenamento jurídico que ostenta um arcabouço normativo sólido sobre o DHAA, este estudo investiga uma possível postura de alijamento tanto da sociedade quanto do Poder Judiciário no que tange à contemporânea e massiva violação do direito de estar protegido contra a fome, insculpido no artigo 11 do PIDESC (Brasil, 1991) e de titularidade universal.

1 O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO BRASIL

Como mencionado supra, o bloco normativo acerca do DHAA no Brasil é substancial, com origens remetendo ao início dos anos 1990, destacando-se entre os três principais diplomas estruturantes desta matéria no ordenamento jurídico pátrio, os seguintes: a) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (Brasil, 1991); b) a lei ordinária federal n. 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional – LOSAN) (Brasil, 2006) e c) a Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010.

Por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991 (Brasil, 1991), o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 (ONU, 1966). O artigo 11 deste tratado internacional multilateral de Direitos Humanos consagra a alimentação enquanto consectário do direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, devendo o Estado signatário adotar medidas concretas para assegurar a consecução desse direito (ONU, 1966).

O mesmo diploma reconhece a garantia de toda pessoa de estar protegida contra a fome, competindo aos signatários a adoção, individualmente e mediante cooperação internacional, das medidas, inclusive por meio de programas concretos, com vistas a melhoria dos métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios (ONU, 1966).

Não revestido do rito previsto atualmente no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal (Brasil, 1988) – segundo o qual, tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos aprovados, em cada Casa do Congresso

Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, passam a equivaler a emendas constitucionais – o PIDESC ingressou no ordenamento jurídico nacional com status de supralegalidade, isto é, restou ratificado com status legal inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação infraconstitucional (Borges; Jacobucci, 2021).

Quase 15 anos após a ratificação do PIDESC, entrou em vigor a lei ordinária federal n. 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional – LOSAN) (Brasil, 2006), um diploma normativo que contemplou definições, princípios, diretrizes, objetivos e a composição do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), instrumento por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, passou a formular e a implementar políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o DHAA (Brasil, 2006).

A LOSAN estabeleceu em seu artigo 2º um conceito de Alimentação Adequada, segundo o qual, trata-se do direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade humana e “indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população” (Brasil, 2006).

O mesmo diploma normativo destacou que a adoção das políticas e ações de concretização do DHAA deve levar em consideração as “dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais” (Brasil, 2006) do Brasil e dos titulares deste direito, de modo que constituiu ainda diversos deveres ao Poder Público, como por exemplo os de respeito, proteção, promoção, provimento, informação, monitoramento, fiscalização e avaliação da efetivação do DHAA, bem como o de “garantir os mecanismos para a exigibilidade” deste Direito Fundamental social (Brasil, 2006).

O artigo 3º da LOSAN (Brasil, 2006) apresentou um conceito de Segurança Alimentar e Nutricional, consistente na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o “acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis” (Brasil, 2006).

Outro aspecto inovador da LOSAN foi a criação do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), “integrado pelo conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e por instituições privadas, com ou sem fins lucrativos, afetas à Segurança Alimentar e Nutricional”, responsável pela consecução do DHAA (Brasil, 2006).

As ações do SISAN deverão reger-se pelos seguintes princípios: a) a universalidade e a equidade no acesso à alimentação adequada, livre de discriminações; b) a preservação da autonomia e o respeito à dignidade das pessoas; c) a participação social na formulação, execução, monitoramento e no controle das políticas e dos planos de segurança alimentar e nutricional em todas as esferas estatais e d) a transparência dos programas, das ações e dos recursos públicos e privados e dos critérios para a regular concessão (Brasil, 2006).

No tocante às diretrizes do SISAN, podem ser mencionadas as seguintes: a) a promoção da intersetorialidade das políticas, programas e ações governamentais e não-governamentais; b) a descentralização das ações e articulação, em regime de colaboração, entre as esferas de governo; c) o monitoramento da situação alimentar e nutricional, visando subsidiar o ciclo de gestão das políticas para a área nas diferentes esferas de governo; d) a conjugação de medidas diretas e imediatas de garantia de acesso à alimentação adequada, com ações que ampliem a capacidade de subsistência autônoma da população; e) a articulação entre orçamento e gestão e f) o estímulo ao desenvolvimento de pesquisas e à capacitação de recursos humanos (Brasil, 2006).

No que tange aos objetivos, o SISAN tem por meta a) a formulação e a implementação das políticas e dos planos de segurança alimentar e nutricional; b) o estímulo à integração dos esforços entre o poder público e sociedade civil e c) a promoção do acompanhamento, do monitoramento e da avaliação da segurança alimentar e nutricional no país (Brasil, 2006).

Um ponto bastante interessante da LOSAN é a estratégia desta legislação, não distribuindo compulsórias atribuições e despesas aos já sobrecarregados entes federativos brasileiros, mas, fomentando – na União, nos Estados, no Distrito Federal, nos Municípios e até mesmo em instituições privadas – a articulação, o acompanhamento e o monitoramento colaborativo, materializado em cooperação de implementação e na convergência de ações inerentes à Política e ao Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Brasil, 2006).

Apesar da ratificação com status supralegal do PIDESC e da edição da LOSAN, no plano infraconstitucional, o texto original da Constituição Federal de 1988 – que garantiu uma série de Direitos Fundamentais sociais – ainda não revestiu à alimentação a condição de Direito Fundamental explícito. O reconhecimento expresso no texto constitucional só veio a acontecer com a promulgação da Emenda n. 64, de 4 de fevereiro de 2010 (Brasil, 2010), que alterou o teor do artigo 6º (Brasil, 1988). Nesse sentido, a constitucionalização do DHAA enquanto Direito Fundamental social explícito é recente, verificado tão somente em 2010, 21 anos depois da promulgação da Carta Magna, 19 anos após a ratificação do PIDESC e 4 anos depois da edição da LOSAN (Guerra; Rocha, 2023).

No que tange ao PIDESC, cumpre destacar que a menção do direito à alimentação no âmbito deste Tratado Internacional de Direitos Humanos ensejou uma série de divergências na doutrina e na legislação interna dos Estados que manifestaram adesão àquele diploma. As ponderações dissonantes incidiam quanto à interpretação e à aplicação e, principalmente, quanto ao conceito deste Direito Fundamental social.

No intuito de cessar o prolongamento dos debates, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas editou em 1999 o Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999), principal instrumento interpretativo do direito à alimentação, estabelecido no artigo 11 do PIDESC (ONU, 1966).

Nos termos do Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999), o direito à alimentação deve ser compreendido enquanto Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) e realiza-se “quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia

de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à Alimentação Adequada ou aos meios para sua obtenção” (ONU, 1999). Nesse contexto, o DHAA não deverá ser interpretado em um sentido restritivo, isto é, equacionado em termos de um pacote mínimo de proteínas, vitaminas e minerais, calorias e outros nutrientes específicos. Ao contrário disso, a concepção deste direito desafia um sistema complexo qualificado pela observância obrigatória, cumulativa e com igual relevância de 6 princípios estruturantes, listados a seguir.

O Princípio da Disponibilidade Universal do alimento encontra-se insculpido no parágrafo 4º do Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999) e traduz a noção da alimentação enquanto direito de todos. Os instrumentos normativos estruturantes e as políticas públicas de segurança alimentar e nutricional neles estruturados deverão ser orientados para a erradicação da pobreza e a realização deste direito em um nível de titularidade universal, de modo que a oferta alimentar deva se dar em quantidades e qualidades suficientes à satisfação das necessidades dietéticas de todos os seres humanos. Em igual sentido, nos termos do parágrafo 18, o acesso ao alimento deve se dar livre de quaisquer discriminações fundadas em nacionalidade, sexo, cor, raça, idioma, religião, opinião política, condições de nascimento ou qualquer outra condição social que objetive prejuízo ou anulação na fruição ou no exercício do DHAA (ONU, 1999). Como pontuado, os destinatários do alimento são todos os seres humanos, compreendidos na acepção mais ampla possível. Este princípio garante a possibilidade geral de se alimentar diretamente a partir da terra ou de outros recursos naturais, ou através de sistemas eficazes de distribuição, processamento e comercialização, capazes de encaminhar os alimentos do local de produção até todas as pessoas, para o suprimento de uma dieta saudável.

O Princípio da Estabilidade do alimento encontra-se insculpido no parágrafo 19 do Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999) e estabelece que o direito à alimentação deve ser de fruição continuada. Assim, o fornecimento alimentar deve ser rotineiro e pautado num ideal de frequência, isto é, deve ser garantido às pessoas de maneira estável ao longo do tempo. Considerando que a alimentação se trata de uma necessidade fisiológica, que se renova a cada refeição, o fornecimento isolado não supre o direito que pressupõe regularidade e cujas prestações são de periodicidade diária e sucessiva.

O Princípio da Acessibilidade do alimento é previsto no parágrafo 13 do Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999) e possui natureza dúplice, devendo ser considerado tanto no aspecto econômico como no físico. A acessibilidade econômica implica que os custos financeiros, pessoais e familiares, associados à aquisição de alimento para uma determinada dieta não podem comprometer ou ameaçar a satisfação de outras necessidades básicas, como moradia, lazer, segurança e transporte (ONU, 1999). Por seu turno, a acessibilidade física significa que uma alimentação adequada deve ser especialmente acessível aos indivíduos vulneráveis, incluindo crianças e adolescentes, pessoas idosas, deficientes físicos e mentais, doentes terminais e pessoas com problemas médicos persistentes, vítimas de desastres naturais, pessoas vivendo em áreas de alto risco geográfico e indígenas. Os agrupamentos vulneráveis desafiam no poder público a adoção de especial atenção e, em certos casos, a priorização com relação à acessibilidade ao alimento, por meio de ações afirmativas.

O Princípio da Sustentabilidade do alimento aloja-se no parágrafo 7º do Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999) e preceitua que a gestão dos recursos naturais pertinentes à alimentação deve ser feita de forma a assegurar alimentos em quantidades suficientes não só para as gerações presentes, mas também para as gerações futuras. Afinal, levando em consideração que as gerações do porvir também necessitarão de alimentação, as atenções quanto à preservação deste direito sob a ótica de uma exigibilidade futura devem iniciar-se no presente. A sustentabilidade prevista no comentário geral 12 incorpora a noção intergeracional de disponibilidade e acessibilidade em longo prazo (ONU, 1999).

O Princípio da Adequação Sanitária do alimento encontra-se insculpido no parágrafo 10 do Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999) e é particularmente significativo, na medida em que ele serve para salientar vários fatores que devem ser considerados para determinar se os alimentos ou dietas específicas que estão disponíveis podem ser considerados os mais apropriados, isto é, se encontram-se livres da contaminação por adulteração ou más condições higiênicas e por manuseio inadequado nas diferentes etapas da cadeia alimentar. Assim, a alimentação disponível, além de periódica, suficiente e nutritiva, deve ser destituída de substâncias nocivas à saúde humana. A nocividade a ser considerada, tanto numa acepção preventiva quanto repressiva, pode advir de agentes contaminantes naturais ou artificiais.

Finalmente, o Princípio da Aceitabilidade Cultural do alimento abriga-se no parágrafo 11 do Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999) e desafia uma compreensão individual e uma transindividual. Transindividualmente, a alimentação deve ser condizente com os componentes identitários e culturais da população, garantindo-se ainda que a coletividade consumidora esteja suficientemente informada quanto a natureza do suprimento de alimentos disponíveis. Individualmente, nos limites da razoabilidade, não se pode compelir o titular do direito a aceitar alimentação diversa daquela pertinente à cultura do agrupamento humano no qual o indivíduo se insere ou destituída de informações suficientes quanto o que é consumido. Neste enfoque, não se mostra possível a disponibilização de alimento desarrazoadamente exógeno aos costumes e à cultura do indivíduo ou desguarnecido total ou parcialmente de elementos informativos, capazes de interferir na sua voluntariedade.

2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A CORTE CIDADÃ

A criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela Constituição Federal de 1988 representou uma expressiva inovação estrutural dentro do Poder Judiciário brasileiro, uma vez que o funcionamento da Corte Cidadã passou a suprir os dois objetivos primordiais que justificaram a sua instalação, quais sejam: a) descongestionar, ainda que parcialmente, o Superior Tribunal Federal e b) possibilitar a absorção de parte das funções anteriormente atribuídas ao Tribunal Federal de Recursos (Sadek, 2004).

Trata-se de um órgão jurisdicional colegiado federal, localizado numa topografia recursal superior aos Tribunais Regionais Federais, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e aos Tribunais de Justiça dos Estados, isto é, com “atribuições de guardar a legislação federal e de julgar em recurso especial as causas decididas em única e última instância” pelos tribunais supracitados (Sadek, 2004, p. 83).

Na Constituição Federal (Brasil, 1988), o STJ é matéria tratada nos artigos 104 e 105, sendo que no primeiro é explorada a composição e no segundo são dispostas as competências deste órgão jurisdicional superior.

No tópico da composição, o STJ é composto por um mínimo de 33 ministros nomeados pelo Presidente da República brasileira, dentre brasileiros com idade superior a 35 e inferior a 70 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Este corpo de ministros deverá ser selecionado da seguinte forma: a) um terço dentre juízes provenientes dos Tribunais Regionais Federais, indicados em lista tríplice a ser elaborada pelo próprio STJ; b) um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice igualmente elaborada pelo próprio STJ e) um terço, alternados em partes iguais, dentre membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, com mais de 10 anos de carreira e advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos respectivos órgãos de classe (Brasil, 1988).

As competências do STJ, estabelecidas no artigo 105, dividem-se em 3 espécies: a) competência originária; b) competência recursal ordinária e c) competência recursal especial.

Dentre as competências originárias, podem ser mencionados, por exemplo: a) o processamento e julgamento de Governadores dos Estados e do Distrito Federal nos crimes comuns; b) o processamento e julgamento, nos crimes comuns e de responsabilidade, dos desembargadores dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, dos membros dos Conselhos, Tribunais de Contas municipais, estaduais e distritais e membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; c) o processamento e julgamento de mandado de segurança e de habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; d) o processamento e julgamento dos conflitos de competência entre tribunais, entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos, ressalvados os casos da competência do Supremo Tribunal Federal; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus próprios julgados; f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal e i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias (Brasil, 1988).

Dentro da competência recursal ordinária, compete ao STJ julgar, em Recurso Ordinário: a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou

pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (Brasil, 1988).

Dentro da competência recursal especial, compete ao STJ julgar, em Recurso Especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (Brasil, 1988).

É por meio do Recurso Especial que muitas demandas que versam diretamente sobre a legislação federal originadas em varas de primeira instância das Justiças estaduais e federal não especializadas (não integrantes dos quadros das Justiça Eleitoral, Trabalhista e Militar) alcançam o STJ. A relativa facilidade de levar tais causas à apreciação daquele tribunal acabou por sobrecarregar a Corte Cidadã, fazendo com que demandas de menor relevância chegassem àquele órgão jurisdicional superior, ocupando a pauta de julgamentos e impedindo que seus ministros se debrucem com o devido afinco às questões de maior importância jurídica para o jurisdicionado.

Com vistas a sanar esta questão problemática de congestionamento, a Corte Superior editou em 1990, a súmula n. 7 que estabelece que a pretensão de simples reexame de prova não é apta a ensejar o recurso especial (STJ, 1990). Em outras palavras, o que propõe a súmula é que, ao apreciar o recurso desta natureza, o STJ não se dispõe a analisar matéria de fato, mas exclusivamente questões de direito, de modo que restou inviabilizado “o reexame de matéria probatória, centrando-se a avaliação judicial na interpretação de dispositivos de lei federal” (Antunes, 2009, p. 174).

A finalidade restritiva descongestionante da súmula n. 7 do STJ acabou por influenciar também a promulgação da Emenda Constitucional n. 125, de 2022, que estabeleceu o requisito da relevância como pressuposto de admissibilidade do Recurso Especial (Brasil, 2022a). Esta medida objetivou impor ainda mais filtros a fim selecionar quais questões de direito realmente fazem jus à apreciação pelo STJ, com vistas à desobstrução da pauta de julgamentos, levando em consideração o necessário impacto jurídico e social das demandas das quais deve se ocupar o corpo de ministros daquele tribunal superior (Brasil, 1988).

Assim, após a citada reforma constitucional, no Recurso Especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo STJ, só podendo o órgão jurisdicional recusar-se a conhecê-lo com base nesse motivo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão responsável para o julgamento (Brasil, 1988).

Ainda em termos constitucionais, relevância será verificada, dentre outros casos, nos de ações penais; ações de improbidade administrativa; ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários-mínimos; ações que possam

acarretar inelegibilidade e nas hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do próprio STJ (Brasil, 1988).

Na prática forense, é comum denominar o STJ de Tribunal da Cidadania ou Corte Cidadã. Três são as versões para a criação do epíteto. A primeira faz menção à origem histórica e se embasa no fato de o tribunal ter sido criado pela Carta Magna de 1988 – a Constituição Cidadã – dividindo com esta tal predicado. A segunda versão alude à composição: formado por membros procedentes da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia, o pleno do STJ deve ser um órgão plural, republicado e, sobretudo, protetivo dos direitos e garantias atinentes à cidadania. A terceira e última versão alude ao fato de que muitas demandas de amplo interesse social alcançam o STJ, convertendo-o em verdadeiro guardião não apenas da legislação federal, mas também das cidadãs e dos cidadãos brasileiros.

3 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO STJ CONTENDO EXPRESSAMENTE O TERMO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

O DHAA adquiriu status constitucional expreso apenas em 2010. Antes disso era objeto de Tratado Internacional sobre Direitos Humanos, ratificado em 1991, com status de supralegalidade (PIDESC) e era matéria minudenciada diretamente na lei ordinária federal n. 11.346, de 15 de setembro de 2006 (LOSAN). Diante deste quadro, aventou-se a hipótese de que, especialmente entre as décadas de 1990 e 2010, um número considerável de demandas atinentes ao DHAA teria alcançado o STJ, tendo em vista a crise de insegurança alimentar e nutricional a que historicamente esteve submetida parte da população brasileira.

Contudo, pesquisando o termo Direito Humano à Alimentação Adequada no banco de jurisprudência digital localizado no sítio eletrônico do STJ, foram constatados apenas 4 acórdãos utilizando em seu inteiro teor expressamente a nomenclatura prevista no Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999). Trata-se de um quantitativo demasiadamente pequeno tanto quando considerada a gravidade da crise famélica aludida quanto se considerado o acervo de demandas judiciais submetidas ao STJ e o número de provimentos jurisdicionais publicados anualmente pela Corte Cidadã.

Em termos comparativos, o número de 4 acórdãos, distribuídos ao longo dos 35 anos de existência do STJ, deve ser considerado particularmente ínfimo quando se tem em mente que, somente em 2022, este tribunal efetuou 577.707 julgamentos, dos quais 114.742 eram acórdãos (decisões colegiadas) (STJ, 2022).

Isto posto, cai por terra a primeira hipótese, aventada no início da pesquisa. De acordo com a amostra selecionada, em raríssimas 4 oportunidades o STJ posicionou-se explicitamente a respeito do DHAA. Indutivamente, esta informação autoriza o raciocínio de que também foi reduzido o quantitativo de demandas envolvendo o DHAA que alcançou o STJ, ainda que este seja o órgão jurisdicional competente por garantir a uniformização interpretativa da legislação federal e última instância do Judiciário brasileiro própria para as causas infraconstitucionais.

Cabe ainda comprovar a verdade ou a falsidade da segunda hipótese, qual seja, a de que o STJ efetuasse o controle judicial das políticas públicas de concretização do DHAA, orientado numa perspectiva de enfrentamento da

insegurança alimentar e nutricional, no sentido de incerteza quanto ao acesso aos alimentos e comprometimento da qualidade da alimentação.

Para confirmar ou negar esta possibilidade, passa-se adiante a analisar quais foram as demandas submetidas à apreciação da Corte Cidadã envolvendo o DHAA, investigando-se a ação originária, as partes envolvidas, o instrumento processual dentro do qual a corte proferiu sua decisão, o ministro ou a ministra responsável pela relatoria, a data em que o acórdão foi proferido e a orientação que o STJ deu à expressão Direito Humano à Alimentação Adequada.

O acórdão mais recente contendo expressamente o termo Direito Humano à Alimentação Adequada foi proferido em 24 de maio de 2022. A decisão se deu em um Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.788.290 - MS (2018/0340500-7) (Brasil, 2022b), com a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. O recurso é decorrente de uma ação civil pública de iniciativa da Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Planos de Saúde (ABRACON) proposta em face de Indústria de Torrone Nossa Senhora de Montevergine Ltda. A ação originária tratava da obrigação da sociedade empresária processada de informar quanto à presença de glúten em seus produtos alimentícios (Brasil, 2022b).

A decisão do STJ neste caso debruçou-se muito mais sobre a legitimidade da ABRACON para atuar no polo ativo do feito do que sobre o DHAA propriamente dito. No pouco em que se manifestou materialmente sobre o segundo tópico, a Corte Cidadã reduziu o DHAA ao princípio da Adequação Sanitária do alimento.

De todos os 6 princípios conformadores da acepção integral do DHAA – a saber: Disponibilidade Universal, Estabilidade, Acessibilidade, Sustentabilidade, Aceitabilidade Cultural e Adequação Sanitária do alimento, tratados no Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999) – a decisão do STJ enfocou somente este último, consubstanciado no dever de que o alimento se encontre livre de substâncias nocivas à saúde humana.

Aprofundando-se no contexto da decisão, a nocividade decorreria da presença do glúten nos gêneros alimentícios produzidos e comercializados pela parte ré na ação originária, posteriormente agravante no agravo interno apreciado pelo STJ. Ao dedicar-se à indústria e ao comércio de alimentos, a sociedade empresária assumiria a obrigação de informar quanto à existência de glúten na composição de seus produtos, levando em consideração principalmente a existência da doença celíaca, uma enfermidade autoimune verificada em indivíduos geneticamente predispostos e desencadeada pela ingestão de cereais que contêm aquela substância em sua composição (Araújo et al., 2010).

Fora do DHAA, o acórdão debruçou-se, por exemplo, sobre a dispensabilidade do requisito temporal mínimo de um ano de constituição prévia da associação, considerando o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico tutelado e sobre a flexibilidade da pertinência temática entre o objeto da ação e os fins institucionais da associação, o que a legitimaria para propositura da ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, sendo dispensável inclusive a autorização dos associados, em típico caso de substituição processual (Brasil, 2022b).

Em 25 de agosto de 2021 foi proferido o acórdão no Recurso Especial n. 1.899.304 - SP (2020/0260682-7) (Brasil, 2021), de relatoria da Ministra Nancy

Andrighi, também contendo expressamente o termo Direito Humano à Alimentação Adequada. A demanda exordial foi veiculada numa ação de indenização por danos morais e materiais de iniciativa do senhor Carlos André Silva Feitosa, assistido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em face de Camil Alimentos S/A e de Supermercado Veran Ltda., respectivamente recorrente e recorridos quando o caso chegou ao STJ (Brasil, 2021).

Neste acórdão, novamente, o DHAA é relegado a um segundo plano, uma vez que a principal análise da Corte Cidadã se dedicou à caracterização do dano moral indenizável, diante do debate se este era devido ou não na hipótese de o consumidor não chegar a ingerir o alimento contaminado pelos corpos estranhos, embora houvesse procedido sua regular aquisição (Brasil, 2021).

Embora o acórdão replique o conceito de Segurança Alimentar e Nutricional disposto na LOSAN, mais uma vez, o DHAA é reduzido ao princípio da Adequação Sanitária do alimento, prevalecendo uma preocupação do Tribunal para com o dever de oferta de alimentos livres de substâncias nocivas à saúde. No caso, violado o referido dever com a presença de fungos e insetos no interior do alimento e reconhecida a capacidade dos agentes contaminantes de potencialmente expor a risco a saúde do indivíduo que o consuma, na interpretação do STJ, restaria configurado o direito à indenização pelo dano extrapatrimonial, ainda que não ocorresse a efetiva deglutição do alimento contaminado (Brasil, 2021).

Em 03 de dezembro de 2019, foi proferido o acórdão no Recurso Especial n. 1.799.346 - SP (2017/0206978-0) (Brasil, 2019), de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, também contendo expressamente o termo Direito Humano à Alimentação Adequada. A demanda exordial foi veiculada numa ação civil pública de iniciativa do Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Super Holding Gimenes Ltda., respectivamente recorrido e recorrente quando o caso chegou ao STJ, motivado pela venda de produtos alimentícios com prazo de validade expirado, deteriorados e com sobreposição de etiquetas capazes de levar o consumidor a engano quanto à data de perecimento. Constava do pleito inicial o pagamento de compensação por danos morais coletivos (Brasil, 2019).

Embora a ementa do acórdão mencione explicitamente que a proteção da alimentação é tema tratado tanto no plano internacional quanto no plano interno, pontuando que a garantia do DHAA é objeto de política pública do Estado, materializada na instituição do SISAN (Brasil, 2019), o tópico principal da decisão colegiada é a fixação do dano moral coletivo, decorrente de condutas ilícitas praticados no bojo de relações consumerista mantidas pela rede de supermercados.

Repetindo o que foi visto nos dois primeiros acórdãos analisados, este terceiro também reduz o DHAA exclusivamente ao princípio da Adequação Sanitária do alimento. No caso, a nocividade decorreria da oferta ao consumo de alimentos deteriorados e com prazo de validade vencido, capazes de expor a risco a saúde do indivíduo que os consuma (Brasil, 2019). Mais uma vez, são sumariamente ignorados os demais 5 princípios da concepção integral do DHAA.

Finalmente, em 26 de setembro de 2017, foi proferido o acórdão no Recurso Especial n. 1.357.618 - DF (2012/0259843-5) (Brasil, 2017), de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. Esta decisão colegiada guarda uma relevância histórica, pois foi a primeira vez que o STJ utilizou expressamente num de seus

acórdãos o termo Direito Humano à Alimentação Adequada, previsto na LOSAN e no Comentário Geral n. 12, da ONU.

Cabe aqui a inferência de que o lapso temporal entre o início da vigência da LOSAN e a primeira vez em que a Corte Cidadã utilizou explicitamente a terminologia legal constante da principal legislação infraconstitucional sobre o tema foi de pouco mais de 10 anos. Trata-se de um prazo desarrazoadamente longo para um Direito Fundamental tão relevante socialmente e tão essencial à vida humana.

A demanda original nesta oportunidade foi veiculada em ação civil pública de iniciativa da Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Planos de Saúde (ABRACON) em face de Subway Systems do Brasil Ltda, respectivamente recorrente e recorrido quando o caso alcança o STJ. Nos mesmos termos do caso apreciado pela Corte Cidadã em 2022, a ação originária do acórdão de 2017 possuía a mesma entidade no polo ativo e também tratava da obrigação da sociedade empresária sediada no polo passivo de informar quanto a presença de glúten em seus produtos alimentícios (Brasil, 2017).

Nos moldes dos demais acórdãos já analisados neste estudo, de todos os 6 princípios componentes da concepção integral do DHAA, previstos no Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999), aquele que orientou a decisão do STJ em 2017 foi o da Adequação Sanitária do alimento, isto é, compulsando o caso, constata-se que a Corte Cidadã privilegiou em seu julgamento o enfoque de que o alimento deve estar sempre livre de substâncias nocivas à saúde.

Mais uma vez, a nocividade do alimento decorreria da presença do glúten nos gêneros alimentícios produzidos e comercializados pela parte ré, que deve assumir a obrigação de informar quanto à existência daquela substância na composição de seus produtos, levando em consideração principalmente a existência de pacientes celíacos.

Novamente, neste acórdão, o DHAA é relegado ao um plano menor, sendo analisados tópicos como, por exemplo, a dispensabilidade do requisito temporal mínimo de um ano de pré-constituição da associação e a flexibilidade da pertinência temática entre o objeto da ação e os fins institucionais da associação (Brasil, 2017).

A decisão debruçou-se muito mais sobre a legitimidade da ABRACON para atuar no polo ativo do feito do que sobre o DHAA propriamente dito (Brasil, 2017). No pouco em que se manifestou sobre o DHAA, percebe-se a onipresente prevalência da Adequação Sanitária sobre os demais 5 princípios estruturantes do DHAA, um Direito Fundamental bastante complexo, mas cuja compreensão restou reduzida em todas as decisões colegiadas do STJ constantes da amostra da presente pesquisa.

Realizada uma análise percentual da jurisprudência do STJ que expressamente mencionou o termo Direito Humano à Alimentação Adequada, constatou-se o seguinte: a) 50% dos acórdãos foram de relatoria da Ministra Nancy Andrighi e 50% de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão; b) 100% dos acórdãos foram proferidos a partir do ano de 2017, vale dizer, mais de 10 anos depois do início da vigência da LOSAN, de 15 de setembro de 2006; c) 75% dos acórdãos foram proferidos no âmbito de Recurso Especial e 25% se deram no âmbito de Agravo Interno; d) 75% dos acórdãos decorreram originariamente de ações civis públicas;

e) 50% dos acórdãos decorreram de ações civis públicas originalmente iniciadas pela Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Planos de Saúde (ABRACON); f) 25% dos acórdãos decorreram de ação civil pública originalmente iniciada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo; g) em 100% dos casos em que a ABRACON atuou, a ação civil pública originária discutia a obrigação de sociedades empresárias produtoras ou comercializadoras de alimentos de informar quanto a presença de glúten; h) 25% dos acórdãos decorreram de ação indenizatória originariamente apresentada por pessoa física, assistida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo; i) 100% dos acórdãos explícitos do STJ acerca do DHAA, constantes da amostra, foram proferidos dentro de ações que – desde a iniciativa, vale dizer, por opção dos próprios autores das ações – reduziram este complexo direito ao princípio da Adequação Sanitária do alimento, numa acepção socialmente indesejável que ignora os outros 5 princípios da concepção integral do DHAA, quais sejam, a Disponibilidade Universal, a Estabilidade, a Acessibilidade, a Sustentabilidade e a Aceitabilidade Cultural do alimento e j) dentre os acórdãos da amostra, não se verificou em nenhuma oportunidade (0%) o controle judicial realizado pelo STJ acerca da política pública antifamélica e de enfrentamento da insegurança alimentar e nutricional, consubstanciada na incerteza quanto ao acesso aos alimentos e comprometimento da qualidade da alimentação.

Sobre este último tópico, cumpre destacar que é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o Poder Judiciário deve – em caso de omissão estatal injustificada na realização dos Direitos Fundamentais sociais, o que inclui o DHAA – determinar a implementação de políticas públicas progressivas e razoáveis para assegurar que indivíduos e agrupamentos humanos vulneráveis possam usufruir do direito não efetivado (Barboza; Kozicki, 2012). Contudo, o que se verificou na pesquisa é que a Corte Cidadã, ao longo de seus 35 anos de existência, nunca exerceu tal controle em sede de políticas públicas referentes à concretização do DHAA.

Dois são os principais motivos para o silêncio do STJ: a) o princípio da inércia, insculpido no artigo 2º do Código do Processo Civil (Brasil, 2015), que orienta a atuação dos órgãos jurisdicionais brasileiros e é qualificado pela impossibilidade de oferta de provimento judicial diante da ausência de iniciativa de demanda sobre o controle da política pública alimentar e b) a prevalência por parte do jurisdicionado de uma concepção redutora do DHAA, limitando-o ao princípio da Adequação Sanitária e olvidando deliberadamente os demais 5 princípios que compõem a concepção integral deste Direito Fundamental social.

Os motivos supralistados se complementam e são passíveis de uma justificação histórica. Tradicionalmente, o Judiciário se constituiu a partir de um modelo dinâmico adversarial, o que pressupõe, em seu desenvolvimento, o princípio da inércia da jurisdição (Asensi, 2010), segundo o qual o poder-dever do Estado-Juiz de dizer o direito deve ser provocada pelas partes interessadas, não cabendo a Judiciário a iniciativa da ação.

Assim, não pode o STJ selecionar quais demandas sociais considera suficientemente relevantes e em quais deseja atuar. Pelo contrário, é o jurisdicionado quem deve buscar o órgão dotado de poderes jurisdicionais para dele retirar provimento.

Ao longo dos 35 anos de existência do STJ, o número inexpressivo de 4 acórdãos proferidos pelo tribunal autoriza o raciocínio de que, embora se verifique uma crise famélica no Brasil contemporâneo, a sociedade e, principalmente, os indivíduos ou grupos de indivíduos em condição de vulnerabilidade alimentar – sejam diretamente, sejam representados ou substituídos processualmente por entidades associativas, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por demais instituições de natureza pública ou privada a quem a lei confira tal legitimidade – não têm conseguido romper a inércia judicial ao ponto de exigir processualmente que o STJ examine demandas que veiculem a crítica violação ao DHAA a que estão submetidos, materializada no quadro de incerteza quanto ao acesso aos alimentos e comprometimento da qualidade da alimentação.

Em outras palavras, o jurisdicionado não tem conseguido fazer chegar na Corte Cidadã, possivelmente por meio do instituto do Recurso Especial, os debates acerca da concretização ausente ou deficitária do DHAA e sobre a violação constante da legislação federal infraconstitucional protetiva deste direito. Com isso, a questão social atinente à necessidade de superação da crise famélica que o Brasil atravessa passa ao largo do STJ.

Além do rompimento da inércia, para o exercício do controle judicial das políticas públicas alimentares pelo STJ, a ação deve explicitamente demandar o que a doutrina denomina de judicialização da política, isto é, a provocação a fim de que o Judiciário passe a atuar como agente ativo na implementação de políticas públicas de efetivação de direitos (Asensi, 2010).

Nestes termos, para que haja o controle judicial da política pública antifamélica, o pleito proposto pelo jurisdicionado e submetido à apreciação do STJ deve tratar do DHAA em sua concepção integral, devendo ser observados todos os 6 princípios estruturantes deste direito, com prevalência da Disponibilidade Universal do alimento e não com exclusivo enfoque sobre a Adequação Sanitária, como se verificou nos 4 únicos casos concretos da amostra.

Nos termos do Comentário Geral n. 12 (ONU, 1999), o entendimento do DHAA é interseccional, isto é, contempla estruturalmente 6 princípios, quais sejam: Disponibilidade Universal, Estabilidade, Acessibilidade, Sustentabilidade, Adequação Sanitária e Aceitabilidade Cultural do alimento. Contudo, é inegável que a Disponibilidade Universal é o mais importante quando se trata da concretização do DHAA, pois é condição de existência material para todos os outros, isto é, sem uma oferta alimentar em quantidades e qualidades suficientes ao suprimento de uma dieta saudável, é despidendo falar, por exemplo, em alimento sanitariamente adequado (já que, para haver o alimento sanitariamente adequado deve haver inicialmente o alimento disponível).

Nos acórdãos analisados, o que se percebe é que, nas ações originárias que culminaram com o provimento do STJ – por iniciativa dos próprio autores e não por intencional omissão da Corte Cidadã – as provocações do jurisdicionado não buscaram a judicialização da política, mas a pontual redução do DHAA à Adequação Sanitária em casos concretos isolados, invertendo-se a ordem de relevância dos enfoques, consubstanciada na onipresente prevalência da Adequação Sanitária em detrimento da Disponibilidade Universal.

Adstringindo-se às demandas que lhes foram propostas, o STJ não se manifestou sobre a crise famélica por deliberadamente ignorar uma questão social ou por buscar alijar-se de uma violação massiva e sistêmica de um Direito Fundamental social. Em verdade, o silêncio deste tribunal deve ser melhor compreendido como decorrência legal da ausência de oportunidade de manifestação, em razão da inexistência de provocações nesse sentido formuladas pelo jurisdicionado.

Se agisse de outro modo, isto é, se se manifestasse acerca da judicialização da política pública alimentar em qualquer uma das 4 oportunidades analisadas no presente trabalho, o provimento padeceria de vício consubstanciado em julgamento ultra ou extra petita e, em última análise, em uma decisão ilegal por parte do guardião da legislação federal infraconstitucional.

CONCLUSÃO

Ao longo do artigo, constata-se que os objetivos listados na introdução foram suficientemente alcançados, ao tempo em que as duas hipóteses aventadas não restaram comprovadas. Investigando o banco de jurisprudência digital constante do sítio eletrônico do STJ, verificou-se a existência de apenas 4 acórdãos que mencionaram expressamente o termo Direito Humano à Alimentação Adequada.

Esse número reduzido de acórdãos, componente da amostra objeto do presente estudo, permite a rejeição da primeira hipótese de que uma quantidade significativa de demandas sobre este Direito Fundamental social alcançava o órgão jurisdicional de cúpula competente por garantir a uniformização interpretativa da legislação federal e última instância da Justiça brasileira não especializada para as causas infraconstitucionais, não relacionadas diretamente à Constituição.

Compulsando a amostra, constatou-se que: 2 acórdãos foram de relatoria da Ministra Nancy Andrighi e 2 de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão; os 4 acórdãos foram proferidos a partir do ano de 2017, mais de 10 anos depois do início da vigência da LOSAN; 3 acórdãos foram proferidos em sede de Recursos Especiais e 1 em Agravo Interno nos Embargos de Declaração em Recurso Especial; 2 acórdãos decorrem de ações civis públicas que tinham por autora a Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Planos de Saúde (ABRACON); 1 único acórdão decorreu de ação civil pública que tinha por autor o Ministério Público do Estado de São Paulo; 1 único acórdão decorreu de ação indenizatória originariamente apresentada por pessoa física, assistida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Limitado pela demanda, o STJ em nenhum dos 4 acórdãos compulsados veiculou o DHAA em sua concepção integral (compreendido sob a cumulação dos 6 princípios estruturantes deste direito, quais sejam: os princípios da Disponibilidade Universal, da Estabilidade, da Acessibilidade, da Sustentabilidade, da Adequação Sanitária e Aceitabilidade Cultural do alimento).

Em todas as oportunidades, constatou-se que, partindo do próprio jurisdicionado, o provimento do STJ se pautou na redução indesejável do DHAA ao princípio da Adequação Sanitária, sendo ignorados todos os demais, inclusive o da Disponibilidade Universal do alimento – primordial no enfrentamento da questão famélica que o Brasil atravessa.

No que toca à segunda hipótese – de que o STJ procede ou já procedeu o controle judicial das políticas públicas de concretização do DHAA – a análise dos 4 acórdãos da amostra autoriza a conclusão de que, por ausência de provocação do jurisdicionado sobre questão de direito situada dentro do quadro famélico nacional, a Corte Cidadã jamais realizou tal procedimento, mantendo-se inerte face às políticas públicas ausentes ou deficitárias de concretização do DHAA e de enfrentamento da insegurança alimentar e nutricional, ainda que existam 125,2 milhões de pessoas residentes em domicílios brasileiros enfrentando algum tipo de insegurança alimentar, entre os quais mais de 33 milhões em situação de fome (PENSSAN, 2022).

Nesse sentido, embora o ordenamento jurídico pátrio consagre suficientemente o DHAA em prolíficos instrumentos normativos e permita o controle judicial em face da não implementação a contento de políticas públicas progressivas e razoáveis para consecução de Direitos Fundamentais sociais, a ausência de provocação pelo jurisdicionado num sistema judicial estruturado pelo princípio da inércia da jurisdição associada à concepção redutora do DHAA – invertendo-se a ordem de relevância dos princípios estruturantes, consubstanciada na onipresente prevalência da Adequação Sanitária em detrimento da Disponibilidade Universal – foram as principais agentes contribuintes para o silêncio do STJ no tocante à judicialização da política de enfrentamento da crise famélica.

Assim, cumpre destacar que o silêncio do STJ diante da fome (e das demais modalidades de insegurança alimentar e nutricional, tratadas no presente estudo) deve ser interpretado como inexistência de oportunidade para manifestação jurisdicional em face da ausência de provocação do jurisdicionado e não como a intencional omissão na efetivação um Direito Fundamental social negado a parcela significativa da população brasileira e passível de dedução em juízo. Esta omissão deliberada – desumana e ilegal – certamente não seria o posicionamento esperado do único órgão do Poder Judiciário brasileiro reconhecido pela sociedade como Corte Cidadã.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, J. C. A. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 169-184, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/24378>. Acesso em: 24 abr. 2024.

ARAÚJO, H. M. C.; ARAÚJO, W. M. C.; BOTELHO, R. B. A.; ZANDONADI, R. P. Doença celíaca, hábitos e práticas alimentares e qualidade de vida. *Revista de Nutrição*, Campinas, v. 23, n. 3, p. 467-474, 2010. Disponível em: <https://puccampinas.emnuvens.com.br/nutricao/article/view/9382>. Acesso em: 24 abr. 2024.

ASENSI, F. D. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/kbWKmMKq4PjmT7gx3LRr4Yr/>. Acesso em: 02 maio 2024.

BARBOZA, E. M. Q.; KOZICKI, K. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acesso em: 24 abr. 2024.

BORGES, A. L. M.; JACOBUCCI, F. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos em perspectiva: reflexos das diferentes hierarquias no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 1-20, 2021. DOI: 10.35699/2525-8036.2021.29234. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e29234>. Acesso em: 19 abr. 2024.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 226, de 13 de dezembro de 1991*. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1991. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010*. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 125, de 14 de julho de 2022*. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. (Brasil, 2022a). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc125.htm. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1799346/SP*. Recorrente: Super Holding Gimenes Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3 de dezembro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702069780&dt_publicacao=13/12/2019. Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1899304/SP*. Recorrente: Carlos Andre Silva Feitosa. Recorridos: CAMIL Alimentos s/a e Supermercado Veran Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 25 de agosto de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002606827&dt_publicacao=04/10/2021. Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1788290/MS*. Agravante: Indústria de Torrone Nossa Senhora de Montevergine Ltda. Agravado: Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Planos de Saúde – ABRACON. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 24 de maio de 2022. (Brasil, 2022b). Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803405007&dt_publicacao=01/08/2022. Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 1357618/DF*. Recorrente: Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Planos de Saúde – ABRACON. Recorrido: Subway Systems do Brasil Ltda. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 26 de setembro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202598435&dt_publicacao=24/11/2017. Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. *Diário da Justiça*: Brasília, DF, p. 6.478, 03 jun. 90. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 26 abr. 2024.

GUERRA, J. M. E.; ROCHA, C. C. Dos campos de concentração da seca do Direito Humano à Alimentação Adequada. *Lex Humana*, Petrópolis, v. 16, n. 1, p. 173–193, 2023. Disponível em: <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/2877>. Acesso em: 22 abr. 2024.

JAYME, F. G.; LEROY, G. C.; SILVEIRA, T. D. Reclamação ao STJ de decisões proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis estaduais: quis custodiet ipsos custodes? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 483-461, 2016. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/63632>. Acesso em: 19 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentário Geral n. 12: o direito humano à alimentação adequada (art. 11)*. Roma: FAO, 1999. Disponível em: <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/Comentario-Geral-No-12.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova Iorque: ONU, 1948. Disponível em: https://unric.org/pt/wp-content/uploads/sites/9/2023/10/PT-UDHR-v2023_web.pdf. Acesso em: 1 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Nova Iorque: ONU, 1966. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 1 abr. 2024.

REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM SOBERANIA E SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL (PENSSAN). *II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da COVID-19 no Brasil*. São Paulo: Rede PENSSAN, 2022. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/06/2022/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2024.

SADEK, M. T. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-40142004000200005>. Acesso em: 21 abr. 2024.

QUEM CITA QUEM: O DIALOGISMO DENTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Raoni Macedo Bielschowsky*
Anna Julia Camargos Pennisi**

RESUMO

Em qualquer tipo de formulação enunciativa há discurso, dotado de uma notável carga ideológica e histórica que está para além dos recursos semânticos. Sobretudo na dinâmica argumentativa do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar o uso de diversas modalidades linguísticas para determinada geração de significado, dentre elas as citações, que oferecem uma perspectiva acerca da relação interna entre Ministros em uma espécie de diálogo intrínseco à Corte, de modo textual. A presente pesquisa discute o uso do modal citatório em votos do Supremo Tribunal Federal, com a intenção de explorar como se dá esse diálogo de citações: “quem cita quem?”, “quem cita o quê?”, “como cita?” e “por quê cita?”. Tomando como ponto de partida a análise de discurso Bahktiniana, faz-se uma análise empírica de todas as citações proferidas pelos Ministros em seus votos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade do ano de 2019, em especial relativas às doutrinas e produções dogmáticas de cada Ministro, buscase responder as questões já elaboradas. Dentre os resultados obtidos, destaca-se um levantamento quantitativo e a discussão qualitativa, no período de recorte, de: todas as citações realizadas por Ministros dentro de seus votos; todas as autocitações realizadas por Ministros dentro de seus votos; quais obras doutrinárias foram mais citadas; e quais obras doutrinárias foram mais destacadas.

Palavras-chave: STF; deliberação; citações; ministros doutrinadores; dialogismo; argumentação jurídica.

Data de submissão: 18/05/2024

Data de aprovação: 21/08/2024

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Atualmente é professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, membro do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG (PPGD/UFMG).

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia com financiamento da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

WHO QUOTES WHOM: DIALOGISM WITHIN THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Raoni Macedo Bielschowsky
Anna Julia Camargos Pennisi

ABSTRACT

In any type of enunciative formulation, there is discourse endowed with a remarkable ideological and historical load that goes beyond semantic resources. Especially in the argumentative dynamics of the Supremo Tribunal Federal (Brazilian Supreme Court), it is possible to find the use of various linguistic modalities for meaning formulation, such as citations, which offer a perspective on the internal dialogue between Justices in a kind of intrinsic dialogue to the Court, in a textual manner. This research discusses the use of citation modalities in the rulings of the Brazilian Supreme Court, with the intention of exploring how this dialogue of citations occurs: “who cites whom?”, “who cites what?”, “how do they cite?” and “why do they cite?”. Taking as a starting point the Bakhtinian discourse theory, we conducted an empirical analysis of all the citations made by the Justices in their votes on Ações Diretas de Inconstitucionalidade (“Direct Actions for de Declaration of Unconstitutionality”, regular Judicial Review action) during 2019, especially the quotations relating to the doctrines of each Justice, in order to answer the questions already formulated. Among the results obtained, a quantitative survey and qualitative discussion are highlighted, within the selected period, of: all the citations made by Justices within their votes; all self-citations made by Justices within their votes; which doctrinal works were most cited; and which doctrinal works were most highlighted.

Keywords: Brazilian Supreme Court; deliberation; justice’s doctrines; quotations; dialogism; argumentative dynamics.

Date of submission: 18/05/2024

Date of approval: 21/08/2024

INTRODUÇÃO

A dinâmica argumentativa aplicada em julgados assume diversos contornos conforme os instrumentos discursivos aplicados. Para uma modulação linguística é possível o uso de citações, expressões idiomáticas, inversões, alterações de ordem de sujeito, gradações, dentre outras modalidades aplicáveis na comunicação de uma ideia por meio de um enunciado. Considerando que as exatas palavras proferidas por um enunciador se revestem de um juízo de valor intrínseco e por sua própria historicidade, é relevante verificar as escolhas semânticas realizadas por julgadores para proferir seus votos e decisões, por quais motivos e quais as implicações diretas dessa representação.

Essa dimensão é especialmente interessante quando olhamos para discursos proferidos em arenas coletivas, como as observadas em Tribunais. Nesse sentido, olhar essas questões a partir da perspectiva de decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal, possibilita a verificação de inúmeras questões e relações que podem ser estabelecidas. Dentre elas, há um ponto, ainda pouco explorado, que é o da interação dos onze julgadores da corte e os diálogos potencialmente estabelecidos entre eles por meio de citações que fazem uns dos outros em seus votos.

Mais que isso, dada a diversidade dos perfis dos magistrados, com trajetórias diferentes; vindos de carreiras diferentes; com posturas, internas e externas ao tribunal, diversas; e participações públicas díspares, alguns com atuação no mundo acadêmico, outros com interações políticas mais evidentes; é interessante observar como se dá esse “diálogo de citações”, “quem cita quem”, “quem cita o que”, “como cita” e “por que cita”.

Assim sendo, tomando como ponto de partida a relevância linguística das citações e a politicidade de seu uso, o presente artigo apresenta o resultado de pesquisa que realizou o levantamento do uso de citações, como elemento do discurso, em votos proferidos por Ministros do Supremo Tribunal Federal referenciando outros Ministros da mesma Corte. Como recorte de amostragem, tomou-se para análise as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) julgadas no ano de 2019, quando o tribunal era composto (em ordem de antiguidade) pelos Ministros: Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes. Ao todo foram 338 ações, coletadas através do programa de busca do portal eletrônico do próprio tribunal e realizada uma pesquisa quali e quantitativa das citações.

Neste trabalho, estamos tomando como citação todas as situações em que um dos julgadores evocou diretamente ou indiretamente passagem ou ideia de outrem, portanto, quando há a expressa indicação, no registro do voto, de que há a reprodução das passagens *ipsis literis* (citações diretas) ou de ideias de outro autor e/ou julgador (citações indiretas), no caso, aqui, especificamente de um colega de corte. Com isso, fez-se a apuração de quem são os ministros mais citados; em que circunstâncias; a que tipos de referências; e por que o são; assim como de quais são os ministros que fazem mais menções a trabalhos teóricos e dogmáticos publicados por outros ministros da própria corte.

Primeiro se fará uma breve introdução acerca da citação como elemento discursivo, para, na sequência, apresentar os resultados sobre as citações que ministros fazem de trabalhos teórico-acadêmico produzidos colegas da corte.

O objetivo, portanto, foi o de realizar um mapeamento inicial do volume, contexto e maneira de citação de um ministro por outro, a fim de trazer mais um elemento para a compreensão da vivência da corte, especialmente, dos (possíveis) diálogos estabelecidos entre os ministros do STF. Com isso, é possível ter algumas indicações sobre se há ministros especialmente mais influentes que outros, ministros que buscam maior diálogo com os colegas ou ministros que têm maior peso como “doutrinadores” nos votos proferidos pelo pleno do tribunal.

Olhar para essa dimensão torna-se ainda mais interessante, na medida em que a deliberação no STF ocorre em um modelo per seriatim, no qual o diálogo mais direto e explícito entre os julgadores tende a ser, no mínimo, arrefecido. Bem como pelo fato de que por essa, e outras circunstâncias, muitas vezes a corte tem sido tratada com um “arquipélago de onze ilhas”, na metáfora cunhada pelo ex-Ministro Sepúlveda Pertence, ou, ainda, por um “tribunal de solistas”, como se refere Conrado Hubner Mendes (2012).

1 POR QUE CITAM?

Para verificar de modo adequado o impacto da citação na compreensão do discurso, é necessário revisitar alguns aspectos essenciais acerca das facetas do processo de leitura. De um modo geral, para Maria Helena Martins (1994), ler é conceber um processo sensorial, emocional e racional de aproximação de um sujeito a um objeto proferido que não é precisamente estático, pois também está revestido de caracteres pessoais. Assim, o processo de apreensão de um enunciado – escrito, verbal ou simbólico – é uma interação direta entre um indivíduo com sua historicidade e com aquilo que está transcrito no momento da acepção, que, inclusive, pode mudar conforme o contexto que vige na seara intrínseca do interlocutor. No entanto, não é apenas ao sujeito que apreende a fala que o objeto reverbera.

A isto que se tratou por “objeto”, na teoria do discurso se dá o nome de enunciado, pois se pressupõe exprimido por alguém no momento da elaboração de uma comunicação. Aquilo que é proferido se reveste, além da história do sujeito que o receberá, do contexto daquele que emite. Para Bakhtin, todo o discurso é orientado e pressupõe, necessariamente, uma resposta, e não tem um fim em si mesmo (Di Fanti, 2003). O processo discursivo é, portanto, dialógico, o que torna a concepção clássica da linguagem ultrapassada, ao assumir uma vertente mais material que conscienciosa. A responsividade se dá pela possibilidade de aproximação ou divergência do que é dito, jamais sendo hermética e isolando a atividade sensorial do enunciador e do leitor, este tomado em sentido amplo.

1.1 ALGO DA TEORIA DO DISCURSO

De modo específico, Bakhtin é precursor deste estudo, por meio da Teoria Enunciativo-Discursiva que considera a linguagem como uma atividade instituída em um processo concreto no qual o signo – a referida atitude responsiva – se

instaura de modo ideológico. O enunciado, neste sentido, apresenta um valor de cunho social ao que se firma em relação a uma cadeia concreta de significados, antecipando um discurso ideológico ainda não dito, mas esperado, dentro da reação ao que foi proferido. Não há estaticidade, de modo que a linguagem está sempre em movimento, num aspecto de tensão, concretizado pela pulsão de que haverá um retorno em relação ao que se profere.

Verifica-se, portanto, uma constante tensão entre as vozes sociais que formulam o elo enunciativo que compõe o discurso. Em um estado de heterogeneidade, em que diversos discursos são incluídos dentro de um mesmo veículo enunciativo, é possível verificar o fenômeno da intertextualidade. Como indica Lysardo-Dias (2007), o intertexto é o cruzamento de textos na constituição de qualquer obra, sobretudo por meio de citações, quando se absorve e transformam outras produções conforme se empregam novos trechos. Se o enunciado concreto, diferentemente das demais orações meramente gramaticais, nasce, cresce e morre dentro do discurso, a polifonia o coloca em certa peremptoriedade, modificando seus sentidos na medida em que se replica em diversos contextos, mantendo a tensão mencionada.

Desde essa perspectiva sociolinguística, é possível analisar um dos recursos discursivos amplamente aplicado na composição de julgados: a citação.

A citação é modalidade clássica da argumentação moderna e consiste no uso de afirmações anteriormente proferidas por outros agentes, para a fixação e validação de autoridade em afirmações próprias. Ela é amplamente utilizada, seja na linguagem cotidiana, na academia ou no âmbito da argumentação jurídica e constituição de fundamentos para eventuais aplicações do Direito na atividade forense. Pela própria interdiscursividade, a citação é aplicada de modo a dar movimento e inserir um juízo de confirmação a uma ideologia que compõe o tema daquilo a ser exposto.

De um modo geral, Foucault (2014) atribui ao recurso da citação o poder de limitação da reprodução infinita de um enunciado, isolando-o em um certo contexto social caracterizado pela familiaridade dos signos empregados, pelos tabus ou pela própria identificação particular com o enunciador do texto citado. Também é uma demonstração de legitimação de/por autoridade, através da aplicação contínua daqueles mais célebres que “concordam” com o pré-exposto. Citando constantemente, o autor se exime de eventuais dissonâncias, porque há um outro envolvido que é posto como responsável pelo que foi discorrido anteriormente. É assim que, de modo geral, a replicação direta ou indireta de um enunciado dentro de outro faz com que ambos se tornem um só, promovendo um sentido único e uma incorporação de fontes para melhor consolidação.

Portanto, é importante compreender que a citação é uma parte do discurso que permite a concatenação de vozes com diversos objetivos, intrínsecos e extrínsecos. Em verdade, conforme Bakhtin, um simples enunciado será sempre revestido pela historicidade dos diversos sujeitos que promovem as enunciações, bem como pela daqueles que as recebem, que são citados e que replicam a citação anteriormente proferida (Di Fantí, 2003). Assim, não é apenas uma via única, mas um emaranhado de sentenças que se combinam e formam diversos entendimentos, percebidos por todos da interlocução.

Nessa toada, as citações são mais uma vertente do interdiscurso que, extrinsecamente ou não, adicionam camadas às citações e permitem que os sujeitos utilizem a voz do outro para uma série de sentidos pretendidos, como: a autoridade, o apresentar de fontes que fortaleçam o discurso ou o representar das concordâncias ideológicas em relação aos enunciadores do texto primário. Deste modo, citar não é simplesmente incluir, dentro de uma lógica textual, a fala de um terceiro. Vai além, e cria um vínculo dialógico extenso que não pode, jamais, ser desconsiderado no momento da enunciação.

1.2 CITAÇÕES, RELAÇÕES, INFLUÊNCIAS E POLITICIDADE: MINISTROS CITANDO MINISTROS

Falando mais detidamente das interações no campo jurídico, mais especialmente no recorte aqui pretendido, é possível dizer que quando um julgador de um corte cita outro (um colega) em seu voto, em regra sua externalização de confiança ou concordância com o citado pode ser identificada de pronto. Igualmente, revela a eventual necessidade de “tomar emprestado” a voz de outros para que sejam identificadas as narrativas que lhe perfazem o objetivo ideológico. Uma citação não é um mero emprego de palavras já utilizadas por outrem para repetir uma ideia de forma hermética, mas uma ferramenta de argumento de autoridade e fortalecimento de uma ideologia linguística por meio do interdiscurso e da intertextualidade.

Isso se ressalta, ainda, pelo fato de que as citações de uns magistrados a outros se dão, das duas uma, ou no caso do manuseio de textos de outros julgados (jurisprudência) ou de textos dogmáticos/doutrinários produzidos por juízes quando se apresentam em papel diverso do de julgadores: o de professores/pesquisadores/doutrinadores. Diferentemente das fontes do tipo legislação em sentido amplo, incluindo aqui a própria Constituição, que são obrigatórias (diretas, primárias), jurisprudência e doutrina podem ser tomadas como fontes formais opcionais (indiretas, secundárias) (Shecaira; Struchner, 2016). Portanto, ainda que em gradações diferentes, o julgador que não pode ignorar a aplicação da legislação válida, sob risco de violação de dever jurídico, não é obrigado a seguir jurisprudência – de grau intermediário de obrigatoriedade – ou, menos ainda, a doutrina.

Isso, por um lado, reforça a circunstância do argumento de autoridade e validação diante da comunidade, quando do uso de fontes opcionais; por outro, compreender, então, o uso e recorrência de citação de ministros do STF pela própria corte, através da citação a colegas ou, mesmo, como se verá, de autocitações, pode ajudar a compreender parte das relações, influências, dinâmicas e predominâncias no tribunal.

Nesse sentido, por exemplo, há importante tradição estadunidense de historicamente nomear períodos de suas cortes a partir dos *Chief Justice* em atuação: *Marshall court*, *Warren court*, *Rehnquist court*, etc. No caso brasileiro, até pelo sistema de rotatividade na cadeira da presidência do STF, uma nomeação dessa forma não faria sentido. Contudo, eventualmente é possível pensar em períodos que são marcados pela especial influência de algum ministro em específico. É o

que evidenciam, por exemplo, Ferreira e Fernandes (2013), ao analisarem o que chamam de cortes Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Medes.

É bem verdade, também, que mesmo a influência desses nomes em determinados períodos da vida do STF não necessariamente significou algo como uma hegemonia ou, mesmo, predominância de suas posturas em todos os temas. Por exemplo, é possível dizer que durante a coincidência da atuação de Moreira Alves e Sepúlveda Pertence no STF, entre 1989 e 2003, este teve particular influência sobre matérias penais, enquanto o primeiro, que foi decano por longos anos de sua atuação, teve particular voz em questões cíveis, ainda que não apenas nestas (Kaufmann, 2019).

De toda sorte, é interessante compreender essas dinâmicas, relações, influências, bem como algo da politicidade da corte. Assim, olhar para as menções e os silêncios; perceber quem cita quem; ou, ainda, quem nunca cita/dialoga com alguém em específico; quem tendencialmente se vale de autorreferências (citar a si mesmo); compreender em que circunstâncias isso é feito, se a menção é a outros votos ou, ainda, a trabalhos acadêmicos e/ou doutrinas é bastante significativo. Tudo isso contribui para compreender um pouco mais da atividade da suprema corte brasileira.

2 QUEM CITA QUEM? RECORTE E AMOSTRAGEM, ADIS JULGADAS EM 2019

Como mencionado, o *corpus* de análise da pesquisa foi a coleta e verificação de 338 decisões, entre acórdãos e decisões monocráticas, relativas às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) julgadas ou publicadas no ano de 2019 pelo Supremo Tribunal Federal. O levantamento se realizou a partir do acesso ao portal de pesquisa de Jurisprudência da Corte, disponível pela *Internet*.¹ Após a seleção de todos os textos, que incluiu decisões proferidas também em razão de Agravo Regimental (AGr) e Medida Cautelar (MC) no curso dessas ações, foi feito um mapeamento cruzado de referências, identificando os autores enunciativos das citações e classificando-as conforme o volume e a natureza.

O tabelamento desses dados possibilitou traçar de modo mais fino a maior interação dos resultados. Feita a seleção do corpo, com o objetivo de delinear a quantidade de citações e descobrir o volume de utilização desse recurso linguístico pelas ministras e ministros, foi realizada a coleta simples de citações por meio da análise individual de cada ADI. Foram desconsideradas as citações de obras de autores ou autoras que não compõe o quadro da corte, mantendo o referencial dentro do grupo composto pelos próprios componentes do STF, de forma cruzada.

Em seguida, foi realizado um mapeamento das referências utilizadas por cada citante, mediante caracterização específica, que permitiu que fosse construído um perfil de cada ministro. Nesse sentido, as citações foram divididas entre “de fontes doutrinárias”, “de outros votos”, “citação direta” e “citação indireta”. A seguir, será exposto, em linhas objetivas, o resultado do levantamento realizado.

¹<https://portal.stf.jus.br/>

Quanto ao volume geral de citações, dentre os onze Ministros, aquele que mais vezes recorreu ao recurso das citações a textos de ministros da corte foi o Min. Alexandre de Moraes, em 47 dos 338 votos analisados. Em seguida, o Min. Luiz Fux utilizou 31 citações. Os Ministros Edson Fachin e Carmen Lúcia citaram 20 vezes, cada. Além deles, o Min. Gilmar Mendes realizou 18 citações, Min. Rosa Weber se valeu de citações por 14 vezes e o Min. Luiz Roberto Barroso evocou 10 citações. Ao mesmo tempo, os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski citaram, cada um, 5 vezes. Por fim, em menor incidência, o Min. Celso de Mello realizou apenas uma citação.

Tabela 1 – Representação visual da quantidade de citações por Ministros

Ministro(a)	Quantidade de citações
Min. Alexandre de Moraes	48
Min. Luiz Fux	31
Min. Carmen Lúcia	20
Min. Edson Fachin	20
Min. Gilmar Mendes	18
Min. Rosa Weber	14
Min. Luís Roberto Barroso	10
Min. Marco Aurélio	5
Min. Ricardo Lewandowski	5
Min. Dias Toffoli	4
Min. Celso de Mello	1

Fonte: Elaboração dos autores (2024)

Ainda quanto ao quadro geral, foi possível levantar quais os sujeitos que compuseram os textos originais utilizados, isto é, quem foram os mais citados. Nesse sentido, somando citações a doutrinas e a votos, o Ministro mais citado foi Gilmar Mendes, com 48 no total, seguido pelo Min. Celso de Mello, com 44, e o Min. Alexandre de Moraes com 32 menções. Por se tratar de um montante que engloba tanto menções a votos como a textos doutrinários, seria de se esperar uma lógica segundo a qual julgadores mais antigos na Corte fossem mais citados ou, pelo menos, estivessem dentre os mais citados. Porém, essa lógica não se confirma completamente. Dentre os Ministros que atuaram na corte em 2019, Marco Aurelio, que tomou posse em 1990, era o segundo mais antigo, atrás apenas de Celso de Mello, na corte desde 1989. O Min. Marco Aurélio, no entanto, foi citado apenas 24 vezes, sendo, portanto, apenas o sexto mais citado.

Tabela 2 – Representação visual da quantidade de citações a Ministros

Ministro(a)	Quantidade de vezes que foi citado
Min. Gilmar Mendes	48
Min. Celso de Melo	44

Min. Alexandre de Moraes	32
Min. Luís Roberto Barroso	29
Min. Dias Toffoli	24
Min. Marco Aurélio	24
Min. Luiz Fux	16
Min. Carmen Lúcia	13
Min. Ricardo Lewandowski	11
Min. Rosa Weber	9
Min. Edson Fachin	7

Fonte: Elaboração dos autores (2024)

Nas próximas seções detalharemos os dados acerca das citações a trabalhos doutrinários produzidos por Ministros. O tratamento das citações a votos, isto é, material jurisprudencial, extrapola o objetivo central deste trabalho, de modo que será deixado a ser feito em outra comunicação, autônoma, ainda por se construir.

3 “MINISTROS DOUTRINADORES”: ANÁLISE DAS CITAÇÕES DE FONTES DOUTRINÁRIAS DE AUTORIA DE OUTROS MINISTROS

A aceitação do status da doutrina como fonte formal do direito não é unânime. Teorias do direito mais tradicionais por vezes questionam essa sua caracterização, sobretudo sob a alegação de que a doutrina não seria diretamente emanada por nenhuma fonte do poder estatal e/ou, ainda, por ela não ter de fato um caráter vinculativo de observação obrigatória, isto é, não ter imperatividade (Reale, 2003; Ascenção, 2005).

Por outro lado, aqueles que a qualificam dentre as fontes formais do direito o fazem considerando sua validação desde uma perspectiva histórica (Mata Machado, 1995) ou, ainda, porque identificam a doutrina como um “elemento imprescindível para o conhecimento e a aplicação do direito” (Dimoulis, 2016, p. 185), mesmo que reconhecendo sua não vinculatividade. Nesse sentido, é possível apontar a doutrina, pelo menos, como uma fonte indireta, opcional ou secundária, cujo valor argumentativo é evidente, ainda que sua utilização não seja obrigatória (Shecaira; Struchiner, 2016).

Independentemente das discussões acerca das funções da doutrina,² fato é que textos dogmáticos e doutrinários são amplamente utilizados como elementos de construção e validação de argumentos jurídicos, inclusive em decisões. Nesse aspecto, é possível apontar para uma curiosa circunstância, bastante comum no Brasil, ainda que não exclusivamente de nosso cenário, que é a da existência de personagens do campo jurídico que desempenham, ao mesmo tempo, o papel de julgadores e de doutrinadores. Casos em que, de algum modo, é possível dizer haver confusão entre o “soberano-decisor” e o “analista-crítico”. Há uma série de

² Cf. Rodrigues Júnior, 2010.

apontamentos possíveis a esse contexto, mas que o tratamento detido demandaria um trabalho específico que não este.

Fato é que essa circunstância também se faz representada na figura de alguns dos membros do Supremo Tribunal Federal. As formações e atuações acadêmicas dos ministros são das mais diversas, alguns não desempenham atividades acadêmicas de maior projeção, outros possuem título de mestre, de doutor, livre-docentes e, mesmo, são ou foram docentes em importantes instituições nacionais.³ Além disso, alguns dos ministros, ao mesmo tempo em que atuam como magistrados, também são conhecidos e reconhecidos por trabalhos “teóricos” e/ou “dogmáticos”, publicados em livros, periódicos e coletâneas. Mais que isso, alguns dos membros da corte são verdadeiros campeões de vendas de famosos Manuais/Cursos de Direito Constitucional, *bestsellers* que comumente têm sido identificados como obras de “doutrina”, de modo que poderiam ser tratados, de certo modo, como verdadeiros *ministros doutrinadores*.

Para efeitos da presente abordagem, não nos detemos em analisar essas publicações em si, mas como elas foram utilizadas e citadas na corte, seja em citações entre os ministros, seja em “autocitações”, nas ADIs julgadas pelo STF em 2019.

Em relação ao objeto das citações, foi feita uma divisão específica de citações de votos e julgados e citações a fontes doutrinárias. A partir disso, foi possível verificar que o Ministro mais citado, nesse recorte, também foi Gilmar Mendes, em que são citantes os colegas: Min. Dias Toffoli (1 vez), Min. Rosa Weber (2 vezes), Min. Luiz Fux (6 vezes), Min. Edson Fachin (9 vezes) e Min. Carmen Lúcia (4 vezes). O Min. Gilmar Mendes cita a própria “doutrina” em cinco ocasiões. Suas obras mais citadas foram, respectivamente, seu “Curso de Direito Constitucional” nas edições de 2011, 2015, 2016, 2017 e 2018, todas elas em coautoria com Paulo Branco; “Jurisdição Constitucional” (Mendes, 1993), “Comentários à Constituição do Brasil” (Mendes, 2013), e “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais” (Mendes, 2002). Quando se trata das citações feitas pelo próprio Min. Gilmar Mendes a doutrinas, ele apenas faz menção às próprias obras durante seus votos,

³ De acordo com as informações constantes na plataforma Lattes do CNPq (<https://lattes.cnpq.br/>), que são preenchidas pelos próprios usuários donos dos currículos – portanto, “autodeclarações” – dentre os ministros que atuaram em 2019 no STF, foram docentes em grandes universidades Brasileiras: Gilmar Mendes (UnB, 1995-2014, aposentado como Professor Adjunto, e IDP 1998-atal); Roberto Lewandoski (USP, 1982-2023, inclusive como Professor Titular de Teoria Geral do Estado); Luís Roberto Barroso (UERJ, 1982-atal, inclusive como Professor Titular de Direito Constitucional); Carmen Lúcia (PUC Minas, 1983-atal); Luiz Fux (UERJ, 1977-atal, inclusive como Professor Titular de Processo Civil); Edson Fachin (UFPR, 1999-2015, inclusive como Professor Titular de Direito Civil, e PUC/PR); Alexandre de Moraes (USP, 2003-atal, como Professor Associado com Livre-Docência, tendo se tornado Professor Titular em 2024). Em todos esses casos, os ministros possuem currículo atualizado pelo menos até 2023, à exceção do perfil da Min. Cármen Lúcia, cuja última atualização, até o momento de submissão deste artigo, foi em 2005. Curiosamente todos esses Ministros fizeram suas graduações em Direito nas instituições nas quais se tornaram professores, a exceção de Ricardo Lewandowski, que se formou na Faculdade de Direito de São Bernardo, autarquia municipal da qual também foi professor entre 1979-1993 (o Professor-Ministro também tem graduação em Ciência Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo). Quanto aos graus doutorais, igualmente todos foram obtidos nas faculdades nas quais os referidos ministros tornaram-se docentes, neste caso as exceções são Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Edson Fachin que se doutoraram: Gilmar Mendes na Universidade de Münster, Alemanha; Cármen Lúcia, na USP; e Fachin na PUC/SP. Não possuem currículo na plataforma lattes: Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Dias Toffoli e Rosa Weber, que são graduados em Direito, respectivamente, pela USP, UFRJ, USP e UFRGS.

sem recorrer a qualquer trabalho de qualquer de seus colegas de corte, em nenhuma ocasião. Quatro citações realizadas pelo Min. Gilmar Mendes são da obra “Curso de Direito Constitucional”, em duas edições diferentes (Mendes; Branco, 2016; Mendes; Branco, 2017), e apenas uma vez à obra “Jurisdição Constitucional” (Mendes, 1993).⁴

Tabela 3 – Representação visual da relação de Ministro citante x obra citada de Gilmar Mendes

Ministro(a) citante	Obra citada de autoria de Gilmar Mendes
Min. Gilmar Mendes	Curso de Direito Constitucional (2016)
	Jurisdição Constitucional (1993)
Min. Edson Fachin	Curso de Direito Constitucional (2017)
	Curso de Direito Constitucional (2015)
Min. Luiz Fux	Comentários à Constituição do Brasil (2013)
	Curso de Direito Constitucional (2015)
Min. Carmen Lúcia	Curso de Direito Constitucional (2016)
	Comentários à Constituição do Brasil (2013)
Min. Rosa Weber	Curso de Direito Constitucional (2015)
	Curso de Direito Constitucional (2011)
Min. Dia Toffoli	Curso de Direito Constitucional (2016)
	Curso de Direito Constitucional (2018)
	Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais (2002)
	Curso de Direito Constitucional (2017)

Fonte: Elaboração dos autores (2024)

O Min. Alexandre de Moraes, por sua vez, tem sua doutrina citada ao menos 19 vezes. Além das autocitações, que são dezesseis, há uma citação feita pelo Min. Celso de Melo à “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional” (Moraes, 2003) e duas citações realizadas pelo Min. Luiz Fux, uma para cada uma das obras “Direito Constitucional Administrativo” (Moraes, 2007) e “Constituição Federal Comentada” (Moraes, 2018). Todas as demais citações feitas de textos do Min. Alexandre de Moraes foram proferidas por ele mesmo, em seus votos, e dizem respeito a uma mesma edição do manual “Direito Constitucional” (Moraes, 2017) e, num dos casos, ao texto “Integração na área de Segurança Pública” (Moraes, 2018b), curiosamente, publicado em obra organizada pelo Min. Dias Toffoli.

O Min. Luís Roberto Barroso é citado, ao todo, sete vezes. Elas foram realizadas pelo: Min. Edson Fachin (2 vezes), Min. Rosa Weber (1 vez) e Min. Luiz Fux (4 vezes). Dentre suas obras citadas, aquela que possui maior incidência é “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, (Barroso, 2014), seguida

⁴ Aqui, registra-se que de um modo geral os votos não apresentam as informações sobre as referências de forma sistematizada ou ajustada a algum padrão de normalização. Em todos os casos, buscamos relacionar e adequar as informações aos padrões de normalização acadêmica.

por “Interpretação e Aplicação da Constituição”, (Barroso, 2003) e de capítulo publicado na obra “Tratado de Direito Financeiro”, de coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Mendes e Carlos Valdes do Nascimento (Barroso, 2013). Não se encontrou autocitação feita pelo próprio ministro. Na verdade, de um modo geral o Min. Roberto Barroso não recorreu a citações doutrinárias, nem a si, tampouco a trabalhos de qualquer colega.

A Min. Carmen Lúcia também é citada sete vezes, sendo cinco autocitações e duas citações realizadas pelo Min. Luiz Fux. Nesse caso, a obra mais citada é “Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos”, (Rocha, 1999), seis vezes, além de “Princípio Constitucional da Igualdade”, (Rocha, 1990), citada uma vez. Além da própria doutrina, a Ministra cita, também, a doutrina “Curso de Direito Constitucional” do Min. Gilmar Mendes quatro vezes.

O Ministro Ricardo Lewandowski é citado apenas uma vez pelo Min. Luiz Fux, pelo artigo “Considerações sobre o Federalismo Brasileiro” (Lewandowski, 2013). Em contrapartida, ele, em nenhum momento, faz citações. Da mesma forma, o Ministro Dias Toffoli não tem qualquer trabalho citado e só faz uma citação, ao manual do Min. Gilmar Mendes (2016).

Chama a atenção o uso de autocitações, nas quais os Ministros se utilizam de obras de sua própria autoria para redigir aspectos do voto proferido. Neste sentido, aquele que se vale mais vezes desse expediente é o Min. Alexandre de Moraes, com especial ênfase ao uso de seu “Direito Constitucional”, em diversas edições.

Tabela 4 – Representação visual da quantidade de vezes em que um Ministro se autocita

Ministro(a) citante	Quantidade de autocitações
Min. Alexandre de Moraes	16
Min. Carmen Lúcia	5
Min. Gilmar Mendes	5

Fonte: Elaboração dos autores (2024)

Além dos dados objetivos levantados acerca de quem cita e quem é citado, foi possível realizar um esboço das circunstâncias de cada uma das citações apresentadas. Em um primeiro momento, de todas as ADI analisadas nas quais foram identificadas citações, foram extraídas as temáticas principais que permeiam a ementa de cada julgado. São temáticas relativas a: Direito Administrativo, Competência Legislativa, Direitos Fundamentais, Direitos Sociais, Forma Federativa, Impedimento e Suspeição, Imunidades Formais, Órgãos Essenciais à Justiça, Separação dos Poderes, Previdência Social, Princípios Constitucionais Formais, Direito do Trabalho e Direito Tributário. Abaixo, estão elencadas as matérias abordadas com maior frequência, quais as obras utilizadas para fundamentar as decisões e qual o Ministro mais citado.

Tabela 5 – Representação visual da quantidade de abordagens, obras e Ministros doutrinadores por matéria

Matéria	Quantidade de abordagens	Obras utilizadas	Ministro mais citado
Competência	16	Direito Constitucional (Moraes, 2017) Constituição Federal Comentada (Moraes, 2018) Curso de Direito Constitucional (Mendes; Branco, 2015; Mendes; Branco, 2016) Integração na área de Segurança Pública (Moraes, 2018b)	Min. Gilmar Mendes, citado 9 vezes, 7 delas pela obra: Curso de Direito Constitucional (Mendes; Branco, 2015; Mendes; Branco, 2016),
Direito Administrativo	11	Direito Constitucional (Moraes, 2017) Direito Constitucional Administrativo (Moraes, 2007) O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro (Barroso, 2014) O Sistema Constitucional Orçamentário (Barroso; Mendonça, 2013) Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos (Rocha, 1999)	Min. Carmen Lúcia, citada 6 vezes, pela obra: Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos (Rocha, 1999)
Federação	9	Curso de Direito Constitucional (Mendes, 2015) Constituição do Brasil Interpretada (Moraes, 2013) Serviço de Transporte Ferroviário e Federação (Barroso, 2007)	Min. Gilmar Mendes, citado 6 vezes, 5 delas pela obra: Curso de Direito Constitucional (Mendes; Branco, 2015; Mendes; Branco, 2016)

Imunidades Formais	3	Interpretação e Aplicação da Constituição (Barroso, 2003) Curso de Direito Constitucional (Mendes; Branco, 2017)	Min. Barroso, 2 vezes, na obra: Interpretação e Aplicação da Constituição (Barroso, 2003)
Direitos Sociais	2	Princípio Constitucional da Igualdade (Rocha, 1990) Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais (Mendes; Coelho; Branco, 2002)	Uma citação cada

Fonte: Elaboração dos autores (2024)

Diante da amostragem, a matéria de “Competência” foi abordada 16 vezes, por via de citação. Os Ministros “citantes”, neste caso, se valeram das obras “Direito Constitucional” (Moraes, 2017), “Constituição Federal Comentada” (Moraes, 2018), “O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (Mendes, 2000), “Curso de Direito Constitucional” (Mendes, 2015), “Integração na área de Segurança Pública” (Moraes, 2018b). O Ministro mais citado neste tópico foi Gilmar Mendes, nove vezes. Neste sentido, a obra a qual os ministros mais recorreram foi seu “Curso de Direito Constitucional” (Mendes; Branco, 2015; Mendes; Branco, 2016). Utilizaram estas citações os Ministros “citantes” Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Edson Fachin, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

O tema de Direito Administrativo foi abordado 11 vezes. Para o tópico, os Ministros “citantes” se utilizam das obras “Direito Constitucional” (Moraes, 2017), “Direito Constitucional Administrativo” (Moraes, 2007), “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro” (Barroso, 2014), “O Sistema Constitucional Orçamentário” (Barroso, 2013), “Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos” (Rocha, 1999), sendo esta a obra mais citada, em seis ocasiões. Abordam este tema mediante citações a doutrina de colegas os Ministros: Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. A Ministra Carmen Lúcia é a mais citada nesta temática, seguida do Min. Alexandre de Moraes e o Min. Luís Roberto Barroso.

A temática Federação é debatida através de citações nove vezes. Se utilizaram de citações, para este tema, os Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Há duas autocitações do Min. Alexandre de Moraes às suas obras “Constituição do Brasil Interpretada” (Moraes, 2013) e “Direito Constitucional” (Moraes, 2016). O Min. Luiz Fux cita o Min. Barroso, em referência à obra “Serviço de Transporte Ferroviário e Federação” (Barroso, 2007).

Da mesma forma, há três casos de citações referentes ao tema de Imunidades Formais. Neste sentido, o Min. Edson Fachin se utiliza, duas vezes, da obra “Interpretação e Aplicação da Constituição”, de Luís Roberto Barroso (2003). Enquanto o Min. Dias Toffoli se utiliza uma vez da obra “Curso de Direito

Constitucional”, de Gilmar Mendes (Mendes; Branco, 2017), para se referir a esta temática.

Quanto à matéria Direitos Sociais, ela foi abordada através de citações duas vezes, pelas Ministras Carmen Lucia e Rosa Weber. Além da autocitação da Min. Carmen Lúcia, ao “Princípio Constitucional da Igualdade” (Rocha, 1990), há citação feita ao Min. Gilmar Mendes em obra em coautoria “Hermenêutica Constitucional de Direitos Fundamentais” (Mendes; Coelho, Branco, 2002)”, pela Min. Rosa Weber.

Quanto ao tema dos “Órgãos Essenciais à Justiça”, são os Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Edson Fachin e Luiz Fux que se utilizam de doutrinas para formular a argumentação. Citado três vezes, o Min. Gilmar Mendes tem referidas as obras “Curso de Direito Constitucional” (Mendes; Branco, 2015), por Carmen Lúcia e Fux, e seu verbete ao art. 94, na obra “Comentários à Constituição do Brasil (Mendes; Streck, 2013), por Fachin. O Min. Alexandre de Moraes promove citação da própria doutrina, “Direito Constitucional” (2017), assim como a Min. Carmen Lúcia utiliza sua obra “Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos” (2000). Por fim, além da mencionada menção ao trabalho de Gilmar mendes, o Min. Luiz Fux cita a produção acadêmica do Min. Ricardo Lewandowski (2013) “Considerações sobre o Federalismo Brasileiro” e a obra do Min. Luís Roberto Barroso (2014) “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”.

A temática Direito do Trabalho é tratada através de citação por duas vezes pelo Min. Alexandre de Moraes. As duas abordagens são realizadas em autocitação a “Direito Constitucional” (Moraes, 2017). De mesmo modo, a matéria tributária é abordada por citações apenas por este Ministro, também pela obra “Direito Constitucional” (Moraes, 2017).

Os temas Direitos Fundamentais, Fazenda Pública, Impedimento e Suspeição, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Separação dos Poderes e Previdência Social são abordados por citações, apenas uma vez cada. Direitos fundamentais e Fazenda Pública são, em unanimidade, abordados pelo Min. Gilmar Mendes a partir da citação de sua própria obra, “Curso de Direito Constitucional” (Mendes; Branco, 2017). A temática de Impedimento e Suspeição é abordada pelo Min. Alexandre de Moraes em autocitação à obra “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional” (Moraes, 2011). Acerca de Poder Legislativo, a Min. Rosa Weber se utiliza da obra “Curso de Direito Constitucional”, de Gilmar Mendes (Mendes; Branco, 2018). O tema Poder Judiciário é abordado pelo min. Gilmar Mendes, citando a própria obra “Jurisdição Constitucional” (Mendes, 1999). A Separação dos Poderes é tratada pela Min. Carmen Lúcia por citação à obra “Curso de Direito Constitucional”, de Gilmar Mendes (Mendes; Branco, 2011). O assunto da Previdência Social é argumentado com citação pelo Min. Fux, por meio da obra “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro” (Barroso, 2014).

Acerca da reciprocidade entre as citações, de modo bastante curioso, não há exata bilateralidade entre elas. Por exemplo, a Min. Carmen Lúcia cita o Min. Gilmar Mendes, que apenas utiliza a sua própria doutrina. O Min. Celso de Mello cita o Min. Alexandre de Moraes, mas este, como já exposto, não o cita, como já exposto. O Min. Edson Fachin cita os Min. Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, mas estes não “retornam” a citação em momento algum. O mesmo ocorre em

relação às citações feitas pelo Min. Luiz Fux aos Ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que não o citam. A Min. Rosa Weber cita os Ministros Luís Roberto Barroso e o Ministro Gilmar Mendes, mas nenhum deles a cita.

No entanto, o resultado acima não descaracteriza eventual diálogo. Isso porque, ainda que não exista uma interlocução direta, o discurso reverbera e promove os seus efeitos dialógicos, ainda que aparentemente isolados. Mesmo pela citação comum de diversos ministros em relação ao mesmo objeto, é cabível identificar a reverberação da utilização de um autor em detrimento de outros para determinadas matérias, o que se faz extremamente relevante para traçar um perfil comunicativo entre os Ministros.

CONCLUSÃO

A utilização de citações doutrinárias, como dito, é recurso argumentativo corrente na atividade do campo jurídico, seja com o intuito teórico-dogmático, seja no seu uso como fonte do direito. Em muitas circunstâncias, é possível dizer que seu manuseio pode ser mais ou menos coerente, mais ou menos aleatório, mais ou menos performático, alternando entre a tentativa de demonstração de erudição e a efetiva utilização para demonstração das razões justificadoras da decisão. Assim, embora seja fonte de caráter não obrigatório, a referência a uma obra ou texto teórico-dogmático de uma autora ou autor, imprime ou, pelo menos, aspira aceitabilidade, respeito e fundamentação às decisões jurisdicionais.

Quando há a confusão entre “soberano-decisor” e “crítico-analista”, essa camada toma outras dimensões. A menção a um doutrinador que também ocupa cargo dentre os poderes constituídos, especialmente para o desempenho da atividade jurisdicional – uma vez que os órgãos do judiciário não têm sua legitimidade sustentada pela via do voto popular – acaba por reforçar o lugar simbólico de autoridade de fala daquele julgador.

Mais ainda, quando essa citação é feita por um colega de corte, isso também pode representar certa deferência e reconhecimento de alguma ascendência do julgador citado sobre os demais juízes. Assim, ministros mais citados por colegas, talvez possam ser tendencialmente identificados como figuras de relativa maior influência na corte e no campo.

Não por acaso, no levantamento realizado, os ministros mais citados por colegas foram Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso. Gilmar Mendes, na Corte desde 2002, decano desde 2021, muito atuante e presente perante a opinião pública e meios de comunicação; Alexandre de Moraes, com importante atuação durante as eleições de 2022, quando na presidência do TSE, bem como no combate às fake news e na defesa das instituições do Estado de Direito, particularmente na condução do controverso Inquérito 4.781/DF – no que, de um modo geral, tem tido amplo apoio e suporte dos colegas de corte; e Luís Roberto Barroso, Presidente da Corte desde 2023, também bastante atuante perante a opinião pública; para além de autores de best sellers jurídicos, e docentes de importantes instituições (UnB, USP e UERJ, respectivamente), muitas vezes são aqueles que mais têm se destacado no debate público dos últimos anos. Isso tem ocorrido com os três ministros, por vezes, se apresentando como vozes coincidentes

(Fernandes, 2020; Guillino, 2023), mas, também, com eles se apresentando como os personagens centrais das maiores tensões públicas entre membros do tribunal (Teixeira; Chaib, 2024; Bilenky, 2024; Poder 360, 2024). Isso pode apontar para uma eventual disputa por maior protagonismo e influência na corte, o que, a bem da verdade, nos parece natural da dinâmica de qualquer corpo colegiado.

Por outro lado, o alto índice de autocitações pode ser lido a partir de duas dimensões, que não se anulam. A primeira delas diz respeito ao fato de que os votos no Supremo não são fruto, apenas, do trabalho individual de um ministro, mas de todo o gabinete e equipe por ele geridos e comandados. Os números da suprema corte brasileira são hiperbólicos e, mesmo com todas as reformas processuais implementadas nas últimas décadas, especialmente desde a EC 45/2004, a entrada anual de novas ações nos gabinetes é contada na casa dos milhares⁵. Assim, é compreensível que a equipe de assessores busque construir as razões decisórias dos votos expressando da forma mais fiel e coerente possível as premissas e raciocínio jurídico do ministro que, em última instância, assume a responsabilidade pelo julgado.

Reconhecer isso, no entanto, não impede a conclusão de que, olhando para os quadros de citações de uns ministros pelos outros – em especial, de trabalhos acadêmicos de ministros doutrinadores ou, pelo menos, de ministros enquanto doutrinadores, por outros ministros – há um baixíssimo índice de diálogo teórico-jurídico entre eles, ao menos desde esse elemento e recorte de análise.

Mais que isso, é possível afirmar que o quadro geral que demonstra haver mais autocitações que citações propriamente ditas, isto é, os ministros citarem mais trabalhos próprios que de outros colegas, reforça a leitura de que a corte seria um “arquipélago de onze ilhas” ou um “tribunal de solistas”, ainda que essas leituras envolvam outros componentes relevantes, como tomada de decisões monocráticas, o modelo de deliberação etc.

Mais uma dimensão para essa análise diz respeito à verificação dos diálogos que são estabelecidos entre os ministros a partir de citações a outros votos ou julgados proferidos por colegas. Isto é, para o debate feito não a partir de fontes teórico-dogmáticas, doutrina, mas a partir de fontes jurisprudências. Essa análise, no entanto, é objeto de comunicação diversa, com o escopo diferente desta, ainda por se construir.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, J. O. *Introdução à ciência do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6 ed. Saraiva, 2014.

⁵De acordo com o relatório Supremo em Ação – 2018 (CNJ, 2018), em 2018 a média de entrada de novas ações recebidas por gabinetes de ministros do STF foi de nada menos que 9.293.

BARROSO, L. R. Serviço de Transporte Ferroviário e Federação: instituições de padrões ambientais e de segurança. *Revista de Direito do Estado*, a. 2, n. 8, out./dez. 2007.

BARROSO, L. R.; MENDONÇA, E. *O sistema constitucional orçamentário: Tratado de Direito Financeiro*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2013.

BILENKY, T. STF tem volta da tensão após consenso em torno de Alexandre de Moraes. *TAB UOL*, São Paulo, 25 de abril de 2024. Veja mais em <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2024/04/25/stf-tem-tempestade-apos-consenso-em-torno-de-alexandre-de-moraes.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 25/04/2024.

CNJ. *Relatório Supremo em Ação – 2018*. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf> >. Acesso em dez. 2023.

DI FANTI, M. G. C. A linguagem em Bakhtin: pontos e pespontos. *Veredas: Revista de Estudos Linguísticos*, v. 7, n. 1 e 2, pp. 95-111, jan./dez. 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/veredas/article/view/25268>

DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 7 ed. São Paulo: RT, 2016.

FERNANDES, M. Moraes, Gilmar e Barroso se tornaram a tropa de choque digital do STF. *Poder 360*. 17 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opiniao/moraes-gilmar-e-barroso-se-tornaram-a-tropa-de-choque-digital-do-stf/>. Acesso em: 15/04/2024.

FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas Cortes Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, pp. 046-023, jan./jun. 2013.

GUILLINO, D. Barroso, Gilmar e Moraes criticam Senado após aprovação de PEC que limita poder da Corte: 'STF não admite intimidações', diz decano. *Globo.com*, Brasília, 23 de novembro de 2023, Política. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2023/11/23/apos-senado-aprovar-pec-barroso-diz-que-stf-nao-ve-razao-para-mudanca-de-regras-na-corte.ghtml>. Acesso em: 15/04/2024.

KAUFMANN, R. A Grande Dicotomia: o STF entre as Visões de Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. *Consultor Jurídico*, 24.08.2019, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-24/grande-dicotomia-stf-entre-moreira-alves-sepulveda-pertence>>. Acesso em: 05/10/2022

LEWANDOWSKI, E. R. Considerações sobre o federalismo brasileiro. *Revista Justiça e Cidadania*, n. 157, 2013.

LYSARDO-DIAS, D. *O discurso publicitário: dialogismo e heterogeneidade*. Disponível em: <<http://reposcom.portcom.intercom.org.br/bitstream/1904/16849/1/R2852-1.pdf>> Acesso em: 05/10/2022

MARTINS, I. G.; MENDES, G. F.; NASCIMENTO, C. V. (eds.). *Tratado de direito financeiro*. Editora Saraiva, 2013.

MARTINS, M. H. *O que é leitura*. 19 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

MATA MACHADO, E. G. *Elementos para um Teoria do Direito*. 4 ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1995.a

MENDES, C. H. O Projeto de uma Corte Deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; et al (Orgs.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores Fundação Getulio Vargas, Direito GV, 2012, p. 53–74.

MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MENDES, G. F., BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, G. F., BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, G. F., BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, G. F., BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, G. F., BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, G. F., BRANCO, P. G. G. ; COELHO, I. M. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, G. F.; STRECK, L. L. Comentário ao art. 94. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1.328

MORAES, A. et al. *Constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, A. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, A. *Direito constitucional*. 32 ed. São Paulo: Atlas. 2016.

MORAES, A. *Direito constitucional*. 33 ed. São Paulo: Atlas. 2017.

MORAES, A. *Direito constitucional*. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, A. *Direito Constitucional Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, A. Integração na área da segurança pública: o grande desafio constitucional. In TOFFOLI, José Antônio Dias. *30 Anos da Constituição Brasileira-Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.

PODER 360. Barroso e Moraes têm diálogo ríspido em sessão do STF. *Poder 360*, 28 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/barroso-e-moraes-tem-dialogo-rispido-em-sessao-do-stf-assista/>. Acesso em: 25/04/2024.

REALE, M. *Lições preliminares do direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, C. L. A. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROCHA, C. L. A. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. Editora Saraiva, 1999.

RODRIGUES JÚNIOR, O. L. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, pp. 65-106, Jan/2010.

SHECAIRA, F. P.; STRUCHINER, N. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio/Contraponto, 2016.

SHECAIRA, F. *Legal Scholarship as a Source of Law*. Springer, Heidelberg, 2013.

TEIXEIRA, M.; CHAIB, J. Barroso se indispõe com Moraes e Gilmar e corre risco de se isolar no STF. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 de abril de 2024. Folhajus. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/04/barroso-se-indispoe-com-moraes-e-gilmar-e-corre-risco-de-se-isolar-no-stf.shtml>. Acesso em: 25/04/2024.

CONFLITOS FUNDIÁRIOS E A DESAPROPRIAÇÃO: UMA ANÁLISE DO CASO BUBAS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Thiago Pelegrinelli Engelage*
Eder Demarco Ribeiro**

RESUMO

O estudo investiga as transformações históricas e sociais que moldaram a concepção e exercício do direito de propriedade, focalizando sua função social e a intervenção estatal quando esta não é cumprida. O objetivo é analisar as bases que legitimam a atuação do Estado em casos de propriedades que não atendem a sua função social. Diante da persistência de uma visão privatista da propriedade e da relutância do Poder Judiciário em adotar uma abordagem mais inclusiva, o estudo propõe uma reflexão crítica sobre o tema. Utilizando como instrumentos metodológicos a revisão bibliográfica e a análise de caso, o estudo se apoia em conceitos fundamentais para compreender a função social da propriedade, culminando na análise do caso Bubas, ocorrido em Foz do Iguaçu. Entende-se que, além de ser um direito individual, a propriedade deve ser vista como um instrumento para o desenvolvimento social e a garantia de direitos sociais, sendo o princípio da função social essencial nesse processo. Os resultados destacam a persistência de uma compreensão arraigada da propriedade como um direito eminentemente privado ao longo da história, dificultando sua evolução para um instrumento de justiça social. Observa-se um progresso significativo na maneira como o direito de propriedade é tratado judicialmente, especialmente quando confrontado com outros direitos fundamentais, como o direito à habitação. O estudo revela a complexidade e os desafios envolvidos na reconciliação dos direitos individuais de propriedade com as demandas coletivas da sociedade, destacando a importância de uma abordagem mais inclusiva e sensível por parte do Judiciário e do Estado.

Palavras-chave: propriedade; função social; desapropriação; Estado; direitos sociais.

Data de submissão: 02/06/2024

Data de aprovação: 01/09/2024

* Doutorado em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (2023). Professor no Curso de Direito de Francisco Beltrão da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE.

** Graduação em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

LAND CONFLICTS AND EXPROPRIATION: AN ANALYSIS OF THE BUBAS CASE AND THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY

Thiago Pelegrinelli Engelage
Eder Demarco Ribeiro

ABSTRACT

The study investigates the historical and social transformations that have shaped the conception and exercise of property rights, focusing on their social function and state intervention when this is not fulfilled. The aim is to analyze the grounds that legitimize the State's action in cases where properties do not meet their social function. Given the persistence of a privatist view of property and the reluctance of the Judiciary to adopt a more inclusive approach, the study proposes a critical reflection on the topic. Using bibliographic review and case analysis as methodological tools, the study relies on fundamental concepts to understand the social function of property, culminating in the analysis of the Bubas case, which occurred in Foz do Iguaçu. It is understood that, besides being an individual right, property should be seen as a tool for social development and the guarantee of social rights, with the principle of social function being essential in this process. The results highlight the persistence of a deeply rooted understanding of property as an essentially private right throughout history, hindering its evolution into an instrument of social justice. There is significant progress in the way property rights are treated judicially, especially when confronted with other fundamental rights, such as the right to housing. The study reveals the complexity and challenges involved in reconciling individual property rights with society's collective demands, emphasizing the importance of a more inclusive and sensitive approach by the Judiciary and the State.

Keywords: property; social function; expropriation; State; social rights.

Date of submission: 02/06/2024

Date of approval: 01/09/2024

INTRODUÇÃO

A ideia de propriedade, diante das frequentes mudanças sociais, passou por inúmeras concepções ao longo dos séculos. Além disso, há um grande número de propriedades sem utilização, uma parte delas motivada pela especulação econômico-imobiliária, enquanto outra parte se encontra em situação de abandono. Esse problema ocorre tanto nas propriedades rurais quanto nas propriedades urbanas, nas pequenas e nas grandes cidades e, quando ocorre, essa propriedade deixa de cumprir sua função social.

Com as contínuas transformações no constitucionalismo ao longo do século XX, no sentido de atribuir maior relevo jurídico aos mandamentos principiológicos, e o advento, no Brasil, da Constituição Federal de 1988, houve uma elevação da ideia de função social dos direitos, em especial no que tange à propriedade, uma vez que constou no texto constitucional o princípio como direito fundamental que limita o direito à propriedade.

Diante da grande demanda de pessoas por terra, seja nas cidades para constituírem suas moradias, seja nos campos como instrumento de manutenção do direito à vida e ao trabalho, com os espaços cada dia mais escassos, o princípio da função social da propriedade é assunto de grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

Em virtude da manutenção social de uma visão privatista da propriedade e, em certa medida, do Poder Judiciário ainda referendar o posicionamento exclusivista, pretende-se, com o presente estudo, analisar as bases aptas a fundamentar a efetiva intervenção do Estado nos casos em que a propriedade não cumpre sua função social.

Ainda, busca-se apresentar o posicionamento do Poder Judiciário através do estudo de decisões proferidas no processo 0001128-90.2013.8.16.0030, conhecido popularmente na cidade de Foz do Iguaçu, Estado do Paraná, como caso Bupas – em referência ao sobrenome dos proprietários do imóvel e autores da ação de reintegração de posse.

Partiu-se da hipótese de que a falta de atenção ao mandamento constitucional da observância da função social da propriedade leva à manutenção de um estado de coisas em que direitos fundamentais como trabalho, moradia e dignidade da pessoa humana permanecem em situação de negligência. Por vezes, as dificuldades inerentes à não alteração da orientação jurídica referente ao contexto de observância da função social da propriedade demandam um debate sobre o papel normativo do princípio em questão, na garantia de distribuição social do direito à propriedade, cuja valoração requer do Judiciário um posicionamento condizente com o texto constitucional.

Nesse sentido, a pesquisa tem como objetivo geral analisar a evolução da compreensão do direito à propriedade, desde uma compreensão privatista do instituto, até o texto Constitucional de 1988, no qual ficou consignado o princípio da função social da propriedade, uma importante limitação no que tange ao abuso do direito à propriedade. A consecução do objetivo se dará por meio de análise histórica e jurídica do direito à propriedade; da explicitação do princípio da função social do direito à propriedade como forma de garantia do cumprimento de direitos

fundamentais; bem como pela análise do entendimento do Poder Judiciário, a partir de estudo de caso, sobre o tema.

Para o traçado do problema em busca da evidência da necessidade de mudança na compreensão do direito à propriedade, o estudo seguirá o caminho do método hipotético dedutivo e se apoiará no método hermenêutico como uma abordagem de procedimento. Este último guiará a pesquisa, pois enfoca a compreensão da realidade social, reconhecendo a conexão entre intérprete e direito por meio da linguagem. Para tanto, será instrumentalizada por meio da revisão bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e documentos eletrônicos, bem como por meio de estudo de caso.

Num primeiro momento, faz-se uma análise do direito à propriedade, levando em consideração os desdobramentos históricos que ajudaram a construí-lo na forma que hoje nos é apresentado, além de vislumbrá-lo na ótica jurídica contemporânea.

Depois, dedica-se a pesquisa em apresentar e discutir as características do princípio da função social da propriedade, derivadas do conceito de função social dos direitos, vislumbrando de forma histórica, sociológica e jurídica como esse princípio foi aplicado no direito brasileiro.

Por fim, serão abordadas as formas de intervenção do Estado na propriedade, analisando o instituto da desapropriação nos casos em que a propriedade não atenda a sua função social. Será feita, ainda, uma análise do processo 0001128-90.2013.8.16.0030, que tramitou na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu, Estado do Paraná, visto que o processo culminou em decisões que tocam no princípio da função social da propriedade, bem como tendo em conta a grande repercussão do processo.

1 O DIREITO À PROPRIEDADE EM SEUS DESDOBRAMENTOS HISTÓRICOS

Não é de hoje o desejo patrimonialista das pessoas. Há muito tempo, o ser humano já buscava conquistar aquilo que entendia ser necessário para promover conforto e segurança para si e para sua família. Porém, do que adiantariam conquistas sem que houvesse formas de protegê-las, visto que, assim como ele possuía objetivos, outros também os possuíam? Dessa forma, quanto maiores os objetivos e conquistas, maiores as dificuldades em proteger as propriedades angariadas.

Diante dessa situação, com o passar dos anos e com as contínuas transformações sociais, os homens foram desenvolvendo mecanismos capazes de proteger seus bens daqueles que injustamente pudessem vir a atentar contra os frutos de suas conquistas. Porém, as formas desenvolvidas para garantir a proteção não são estáticas e, em cada período, foram moldadas conforme as concepções da época.

No direito romano, a propriedade era entendida como o centro de todo o sistema jurídico e econômico e, por isso, tida como um direito absoluto, caracterizado pelo poder do proprietário de usar, fruir e abusar da coisa. Para José Cretella Júnior:

No direito romano, a propriedade principia por ser um direito absoluto e exclusivo, que permite a alguém – o proprietário – utilizar a coisa como bem entender, inclusive de destruí-la, em virtude do *jus abutendi*. Não interessa ao romano dos primitivos tempos o que possa acontecer com a coisa, nem os danos que sua destruição possa ocasionar ao vizinho ou à coletividade. A propriedade tem um sentido personalíssimo, individualista (Cretella Júnior, 1995, p.119).

Assim, segundo Cretella Júnior, no direito romano, a propriedade tinha caráter absoluto, perpétuo e *erga omnes*. Porém, ele também observa que, nesse período, o direito à propriedade, de forma lenta, mas progressiva, sofreu alterações, passando a ter um caráter mais humanizado, no qual o proprietário passa a ter, além de direitos, também deveres e obrigações morais:

Com o decorrer do tempo, modificou-se a primitiva e rígida noção de propriedade do direito romano, principalmente sob o influxo das ideias trazidas pelo cristianismo. Desse modo, a noção materialista da propriedade humaniza-se sob influência cristã. A propriedade é vista como um bem que acarreta para o titular direitos, mas também deveres, obrigações morais (Cretella Júnior, 1995 p. 120).

Tem-se, então, que o direito à propriedade, no período em que perdurou o direito romano, teve concepções diferentes e, por isso, foi dividido em três institutos, sendo eles: a propriedade quiritária, a propriedade pretoriana e, por fim, unidos em um único instituto, o conceito Justiniano. Segundo o autor, a propriedade

[...] sofreu inúmeras transformações no longo do período em que vigorou o Direito romano, a partir da antiga concepção, poder ilimitado e soberano, profundamente individualista, até a concepção justinianéia, arejada por um novo e altruísta sentido social (Cretella Júnior, 1995, p. 153).

De acordo com Cretella Júnior (1995, p. 123), a propriedade quiritária era uma instituição específica do direito civil dos cidadãos romanos, protegida por uma ação civil relacionada à coisa. Regida pelas formalidades rigorosas do *jus civili* ou direito quiritário, essa forma de propriedade recebe seu nome dos Quirites, um grupo étnico sabino que se integrara à população romana nos primeiros períodos.

Ainda, conforme Cretella Júnior (1995, p. 124), a propriedade pretoriana ou bonitária difere da propriedade quiritária ao admitir que a posse de um bem possa ser exercida por uma pessoa, enquanto outra possui seu domínio. Introduzida junto ao direito pretoriano, essa forma de propriedade suavizou o conceito estrito estabelecido pelo *jus civili*. Neste caso, a propriedade podia ser adquirida por qualquer um, mesmo estrangeiro, e o modo de aquisição não precisava mais ser solene e formal.

A propriedade justiniana surgiu com a abolição da diversidade de propriedade feita pelo Imperador Justiniano, que unificou o instituto. Entendia-se que não havia mais distinção material entre os institutos da propriedade quirítária e bonitária, unindo-os formalmente sob o *dominium*. José Carlos Moreira Alves explica que:

No período pós-clássico, essas diferentes espécies de propriedade vão desaparecendo até que, no tempo de Justiniano, só vamos encontrar – como no direito moderno – uma única, disciplinada por normas que, no período clássico, se aplicavam a uma ou outra das diversas espécies. Assim, a propriedade, no direito Justiniano, era transferida pela *traditio* (no direito clássico, isso ocorria com relação à propriedade pretoriana); estava sempre sujeita ao pagamento de impostos (no período clássico, só a propriedade provincial o estava); e sobre ela pesava uma série de limitações impostas por necessidade da administração pública (o que, no direito clássico, se dava com referência à propriedade provincial) (Alves, 2010, p. 297).

Entre os séculos V e IX, ocorreram severas modificações no direito à propriedade até o advento da queda do Império Romano. Com a decadência do Império Romano e as invasões bárbaras, surge o período feudal, no qual o direito à propriedade, antes único e absoluto, sofre uma divisão, dando origem ao domínio útil e ao domínio eminente.

Na Idade Média, com o feudalismo, criou-se um novo modelo de direito à propriedade, no qual havia sobreposição de direitos, com o direito ao domínio direto ou eminente sobre a propriedade, exercido pelo senhor feudal, e o domínio útil, inerente aos vassalos.

No feudalismo, os donos de terras, em troca de proteção contra os invasores, transferiam o domínio útil aos vassalos em troca de obrigações financeiras e militares. Dessa forma, o feudalismo é caracterizado pela forma não exclusiva de propriedade. Segundo Álvaro Villaça Azevedo:

Na Idade Média, criou-se novo modelo de direito de propriedade, com superposição de domínios. Havia o domínio direto (*dominium directum*) ou eminente, pertencente ao senhor feudal, de um lado, e o domínio útil (*dominium utile*), pertencente ao vassalo. Verdadeiro sistema de escravidão, em que os suseranos impunham seu poder aos vassalos, com criação de obrigações financeiras e militares destes àqueles (Azevedo, 2014, p. 41).

Na Idade Média, existiam cinco tipos de propriedade, sendo elas: propriedade comunal, propriedade alodial, propriedade beneficiária, propriedade consensual e propriedade servil. A propriedade comunal constituía-se em uma propriedade comum que poderia ser usada por todos os membros do feudo. Por sua vez, a propriedade alodial era muito parecida com a concepção de propriedade que existe hoje, caracterizada pela possibilidade de alienação por parte daquele que era proprietário e que fazia a terra produzir.

Também, a propriedade beneficiária era aquela que reis ou nobres concediam para ser explorada por plebeus. Quem cultivava a terra recebia o domínio direto ou útil, sem direito de alienação. Além disso, a propriedade consensual era atribuída a quem trabalhasse a terra e a fizesse produzir, mediante o pagamento de um cânon a alguém. A propriedade servil, por sua vez, era reservada aos servos enquanto estivessem ligados à gleba, exemplificando a dualidade de sujeitos na concepção medieval da propriedade.

A propriedade no período feudal não concentrava todos os direitos em uma única pessoa – o proprietário –, dividindo os direitos entre os senhores feudais e os servos, garantindo assim que tanto o direito dos proprietários quanto o direito dos servos fossem protegidos. Contudo, ressalta-se que embora houvesse uma ligação do servo à propriedade, com alguns direitos reconhecidos, esse não era senhor do solo. Destaca-se, nesse sentido, o posicionamento de Venosa, pelo qual:

Na Idade Média, a propriedade perde o caráter unitário e exclusivista. Com as diferentes culturas bárbaras, modificam-se os conceitos jurídicos. O território, mais do que nada, passa a ser sinônimo de poder. A ideia de propriedade está ligada à de soberania nacional. Os vassallos serviam ao senhor. Não eram senhores do solo (Venosa, 2017, p. 172).

As estruturas do sistema feudal perduraram até meados do século XVI, havendo um retorno à concepção romana, ao conceito de propriedade que concentra o direito de usar, fruir e dispor do bem, centralizando o poder do homem sobre o bem.

Com a Revolução Francesa, deu-se início ao período do direito moderno, o qual trazia uma concepção individualista, que, segundo Norberto Bobbio, significa que primeiro vem o indivíduo, e depois vem o Estado, visto que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado. Assim, essa concepção, que era derivada da exaltação das liberdades individuais e da mínima intervenção do Estado na organização social, garantiu uma concepção de propriedade absoluta.

Segundo Alexandre de Moraes:

A revolução Francesa e prevalecimento das ideias liberais trouxeram o afastamento da intervenção do Estado na economia, com a consagração das ideias de Adam Smith (1776), em especial: o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão; o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro e o dever de praticar e manter determinadas políticas públicas quando necessárias, porém a ninguém interessasse individualmente (Moraes, 2017, p. 859).

Assim, no período moderno, com o prevalecimento das ideias liberais, ocorreu o afastamento das políticas de intervenção estatal na esfera dos direitos do cidadão e uma maior proteção contra qualquer forma de injustiça e opressão.

Já no período contemporâneo, a questão do direito à propriedade é marcada pela mudança da ideia de não intervenção do Estado e da visão individualista da

sociedade e, conseqüentemente, da ideia de propriedade individualista, construída na Idade Moderna. Explica Alexandre de Moraes que:

No século XIX, o manifesto comunista de Karl Marx passou a embasar teoricamente o movimento dos trabalhadores, e, juntamente, com os reflexos do cartismo na Inglaterra e à Comuna de 1871, na França, passam a minar as até então sólidas bases do Estado Liberal (Moraes, 2017, p. 859).

Com o início das lutas dos movimentos sindicais, os quais buscavam a garantia dos direitos sociais como saúde, educação e previdência social, ocorreu uma evolução dos direitos nesse sentido, dando uma maior amplitude às garantias sociais e, por consequência, realizando modificações na concepção do direito à propriedade.

Diante dessas modificações sofridas pelo direito à propriedade, novas concepções e interpretações surgiram.

Para Maria Helena Diniz, a propriedade é inerente à natureza do homem, sendo assim, condição de existência e pressuposto de sua liberdade, e que mediante o domínio privado, o homem obtém um melhor desenvolvimento. Para Maria Helena Diniz,

Ante todas essas críticas não hesitamos em afirmar que a corrente doutrinária mais sólida a esse respeito é a teoria da natureza humana, segundo a qual a propriedade é inerente à natureza do homem, sendo condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade (Diniz, 2011, p. 102).

Apesar da afirmação de que a propriedade foi concebida para atender às necessidades do homem pela própria natureza, Maria Helena Diniz afirma também que o direito à propriedade é assegurado pelas normas jurídicas que garantem e promovem a defesa individual, garantindo assim a existência da sociedade que, por sua vez, é constituída pelo homem.

No contemporâneo, o conceito de propriedade individual subsiste, porém não com o caráter absoluto de antes, tendo em conta as restrições inerentes à norma jurídica vigente.

Nos países do Ocidente subsiste a propriedade individual, embora sem o conteúdo idêntico de suas origens históricas, pois a despeito de seu caráter absoluto vem sofrendo certas restrições. Ao lado das restrições voluntárias ao direito de propriedade, como a superfície, as servidões, o usufruto ou as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade, há limitações oriundas da própria natureza do direito de propriedade ou de imposição legal, p. ex., preservação do meio ambiente (CF, art. 225 e parágrafos), do patrimônio histórico, prevendo-se inclusive o tombamento (CF, art. 216 e parágrafos); proteção de áreas indígenas (CF, art. 231); restrição relativa aos direitos de vizinhança etc., com o escopo de coibir abusos e impedir que

o exercício do direito de propriedade acarrete prejuízo ao bem-estar social, permitindo desse modo o desempenho da função social da propriedade, preconizado pela nossa CF, artigos 5º, XXIII, 184, 185, parágrafo único, 186, 182, § 2º, e 170, III, e pela Lei n. 10.257/01, artigos 1º a 4º (Diniz, 2011, p. 127).

Para Maria Helena Diniz, apesar da propriedade ainda ser vista como um direito individual, o ordenamento jurídico pátrio trouxe várias restrições a esse direito, deixando-o com um viés mais social. Por outro lado, a propriedade continua a ser elemento essencial da estrutura econômica e social do Estado, merecendo especial proteção jurídica.

Conceituar o instituto da propriedade é demasiadamente complexo, visto que a sua análise depende também da observação da influência política e social do momento em que se dá. Para Carlos Roberto Gonçalves,

Indubitavelmente, a configuração do instituto da propriedade recebe direta e profundamente influência dos regimes políticos em cujos sistemas jurídicos é concebida. Em consequência, não existe, na história do direito, um conceito único do aludido instituto. Nessa consonância, o conceito de propriedade, embora não aberto, há de ser necessariamente dinâmico. Deve-se reconhecer, nesse passo, que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária (Gonçalves, 2017, p. 223-224).

Para o autor, a concepção da organização jurídica do direito à propriedade é resultado do momento histórico em que a humanidade vive no momento em que é concebida, porém, ficando submetida a frequentes alterações, à medida que os contextos sociais vão se alterando. Carlos Roberto Gonçalves, considerando apenas elementos essenciais, dispõe que,

[...] pode-se definir o direito de propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha (Gonçalves, 2017, p. 224-225).

Observa-se que o autor conceitua o direito à propriedade utilizando-se de elementos presentes no artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro. Já na conceituação de Flávio Tartuce, ressalta-se a posição do direito à propriedade como um direito fundamental, amparado pela Constituição Federal, cumprindo uma função social. Veja-se:

[...] a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a

coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional (Tartuce, 2017, p. 114).

No conceito de Tartuce, apesar de o direito à propriedade ser um direito fundamental do proprietário, protegido pela Constituição Federal, este não poderá deixar de atender a uma função social.

Outros doutrinadores também reconhecem as dificuldades em se elaborar um conceito sobre o direito à propriedade. Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf esclarecem que:

Para melhor definir a propriedade, tarefa que não é fácil, urge se conheçam seus caracteres e elementos constitutivos. Realmente, num certo sentido, o direito de propriedade é de fato absoluto, não só porque oponível *erga omnes*, como também porque apresenta caráter de plenitude, sendo, incontestavelmente, o mais extenso e o mais completo de todos os direitos reais. A propriedade é a parte nuclear ou central dos demais direitos reais, que pressupõem, necessariamente, o direito de propriedade, do qual são modificações ou limitações, ao passo que o direito de propriedade pode existir independentemente de outro direito real em particular (Monteiro; Maluf, 2012, p. 73).

Mesmo reconhecendo as dificuldades em conceituar o direito à propriedade, os autores apontam que este é o mais extenso e completo de todos os direitos reais.

Ao longo desta seção, explorou-se a evolução histórica do direito à propriedade, desde suas raízes no direito romano até suas manifestações contemporâneas. Observou-se como as concepções de propriedade evoluíram ao longo do tempo, refletindo as transformações sociais, políticas e econômicas de cada época. No entanto, essa análise histórica nos prepara para compreender os desafios atuais enfrentados pelo direito à propriedade, especialmente no que diz respeito à sua função social e à intervenção do Estado. Nesse sentido, é fundamental agora explorar como os direitos sociais e a intervenção estatal têm impactado a concepção e o exercício do direito à propriedade nos tempos modernos.

Uma das questões centrais que surgem dessa análise histórica é a importância da função social da propriedade. Ao longo dos séculos, viu-se como diferentes sociedades e sistemas jurídicos tentaram conciliar os direitos individuais de propriedade com as necessidades e interesses coletivos. Essa tensão entre direitos individuais e interesses sociais continua sendo uma preocupação central nos debates contemporâneos sobre o direito à propriedade. Portanto, na próxima seção, será examinado mais de perto o reconhecimento dos direitos sociais e como a função social da propriedade tem sido interpretada e aplicada no contexto jurídico atual.

2 OS DIREITOS SOCIAIS

Com a Revolução Industrial ocorrida no século XVIII, resultando no desenvolvimento dos meios de produção e tendo por consequência a exploração da mão de obra em massa, muitas pessoas passaram a migrar em direção aos grandes centros urbanos em busca de trabalho, resultando no crescimento desordenado dessas cidades, bem como submetendo essa parcela da população a inúmeras formas de injustiças sociais.

As relações de trabalho, à época, eram pautadas no capitalismo selvagem, e as condições de trabalho eram as piores possíveis, com baixos salários e jornadas de trabalho extremamente longas, assemelhando-se, em termos de exploração, àquela praticada pelo modelo escravagista.

O modelo de Estado existente na época era o liberal, e por isso a intervenção do Poder Público nas relações particulares e na economia era mínima, de forma que não existiam leis ou garantias trabalhistas, e não existiam também direitos sociais.

Os direitos sociais surgiram da necessidade de proteger o ser humano em face das inúmeras violações que vinham sofrendo.

Para José Afonso da Silva, os direitos sociais,

[...] são prestações positivas proporcionada pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (Silva, 2005, p. 286).

Apoiados nisso, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011b, p. 243) destacam que “os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.”

Numa outra perspectiva, o conceito trazido por Walber de Moura Agra:

Direitos sociais são a espécie de direitos humanos que apresenta, como requisito para sua concretização, a exigência da intermediação dos entes estatais, quer na realização de uma prestação fática, quer na realização de uma prestação jurídica (Agra, 2012, p. 516).

Ao analisarmos a conceituação dada pelo autor, é possível observar que os direitos sociais são uma espécie de direitos humanos que dependem do Estado para sua concretização, sendo importante reconhecer sua origem e desenvolvimento.

2.1 A ORIGEM DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, assim como os direitos humanos, são resultantes de uma série de acontecimentos históricos. São criados de forma a se amoldar às necessidades da sociedade e não possuem caráter estático, acompanhando as

transformações que a sociedade venha a sofrer. Veja-se o que diz Agra no que se refere à formação histórica dos direitos sociais:

Os direitos humanos sociais não resultam de um único acontecimento histórico, mas de uma evolução que os concretizou nos ordenamentos normativos ocidentais. Isso significa que são direitos mutáveis com o decorrer dos anos, sofrendo transformações com o passar dos anos. Eles são fruto de processos históricos e da evolução das ideias e valores que acompanham tais processos. Em decorrência dessa característica, para compreendê-los corretamente deve-se levar em consideração o contexto histórico no qual se encontram inseridos (Agra, 2012, p. 529).

Como se pode observar, o surgimento dos direitos sociais não é resultado de um acontecimento histórico isolado, mas de um conjunto de acontecimentos e de novas concepções sociais.

Um dos primeiros momentos em que houve a preocupação em garantir os direitos sociais foi na Constituição Francesa de 1791, que previa a criação de uma entidade pública de assistência social aos necessitados.

Posteriormente, surgiram ideais socialistas que atuaram como precursores dos direitos sociais, com o objetivo de proteger os direitos trabalhistas, dada a situação de tratamento desumano em que os trabalhadores das cidades industrializadas vinham sofrendo.

A ideia de proteção dos direitos sociais foi ganhando força na Europa e se espalhando para outros continentes até que, em 1917, no México, foi promulgada a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, que trouxe em seu texto garantias para as liberdades individuais e políticas, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado, reconhecendo os direitos trabalhistas, as liberdades individuais, os direitos políticos e os direitos fundamentais.

Outro marco dos direitos sociais com grande influência foi a Constituição Alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, que criou o Estado de Democracia Social, defendendo fortemente a dignidade da pessoa humana e aprimorando os direitos civis e políticos com os direitos econômicos e sociais.

Ocorre que, com o advento das guerras mundiais que ocorreram no século XX, muitos países passaram a deixar de lado a proteção desses direitos, que, por consequência, regrediram.

A valorização dos direitos sociais voltou a se desenvolver em 1944, com a declaração elaborada pela conferência da OIT, enfatizando a garantia da dignidade humana, a liberdade de expressão e associação, a formação profissional, e o direito de todos à educação.

Posteriormente, em 1948, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabeleceu como base dos direitos sociais, além do princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade.

Inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecidamente um dos mais importantes documentos que tutelam os direitos humanos e sociais

da história, e preocupados com a positivação dos direitos sociais, vários países passaram a incluir essa categoria de direitos em seus textos constitucionais.

No Brasil, apesar de outras constituições já terem tratado questões de direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 foi a que deu maior ênfase a esse grupo de direitos. A preocupação trazida na carta em garantir direitos sociais foi tão grande que foi apelidada por Ulysses Guimarães, à época deputado federal, na Sessão da Assembleia Nacional Constituinte – em 27 de julho de 1988 – de “Constituição Cidadã”.

A carta, já em seu preâmbulo, institui como valores supremos da sociedade, e que devem ser garantidos a todos os cidadãos, o exercício dos direitos sociais, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade.

Dentre os direitos sociais, destaca-se para a presente pesquisa o direito à moradia. Este somente foi incorporado de forma expressa no texto constitucional pela Emenda Constitucional 26/2000. No entanto, segundo Pedro Lenza,

Apesar dessa incorporação tardia ao texto, desde a promulgação da Constituição o direito de moradia já estava amparado, pois, nos termos do art. 23, IX, todos os entes federativos têm competência administrativa para promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (Lenza, 2013, p. 1154).

Acredita-se que o efetivo cumprimento do direito constitucional à moradia passa pela utilização do princípio da função social da propriedade como forma de garantir a justa distribuição de terras, urbanas e rurais, à população, evitando-se o acúmulo improdutivo da propriedade.

A Constituição Cidadã, baseada na garantia dos direitos sociais, também fez significativas alterações no tocante ao direito à propriedade, condicionando-o ao cumprimento de uma função social, tema que será abordado a seguir.

2.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O princípio da função social da propriedade é resultado da ideia de que todos aqueles que convivem em sociedade devem contribuir de alguma forma para o bem-estar daquela. Diante disso, no século XX, teorias foram desenvolvidas para tentar explicar esse fenômeno; porém, não se sabe ao certo quem foi o precursor da teoria da função. Segundo Gonçalves,

O princípio da função social da propriedade tem controvertida origem. Teria sido, segundo alguns, formulado por Augusto Comte e postulado por Léon Duguit, no começo do aludido século. Em virtude da influência que a sua obra exerceu nos autores latinos, Duguit é considerado o precursor da ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário (Gonçalves, 2017, p. 239).

Para Duguit:

[...] a propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder (Duguit, 1975, p. 236, tradução nossa).

De acordo com Duguit, a propriedade é, na verdade, um dever do proprietário de prezar pelo bem-estar social, refutando a noção de propriedade como direito subjetivo do ser e conferindo-lhe a natureza de função, tendo o bem que ser usado a serviço da coletividade.

Interessante ressaltar que León Duguit transmitiu para o direito a proposta científico-epistemológica de Comte, sustentando o confronto às opiniões jurídicas, combatendo generalizações como o conceito de direito subjetivo-natural dos homens e a concepção do Estado como ente soberano, distinto e independente da coletividade. Nesse sentido,

[..] o jurista projetou para o direito a proposta científico-epistemológica de Comte, patrocinando embate às concepções jurídicas que considerava metafísicas, ou seja, que se baseassem fora da realidade social. Nesse sentido, combateu abstrações como o direito subjetivo-natural dos homens e a concepção do Estado como ente soberano, distinto e independente da coletividade a que se refere (Maldaner; Azevedo, 2015, p. 404-405).

León Duguit usou como alicerce a sociologia de sua época e buscou um método que se apoiasse na observação e na elaboração dos conceitos a partir da realidade social. Sua proposta era a observação dos fatos sociais, a aplicação da razão dedutiva e o total abandono dos conceitos a priori, metafísicos ou religiosos (Reig, 1968).

A partir do surgimento da teoria da função social da propriedade, e dada a importância que essa teoria obteve dentro do ordenamento jurídico pátrio, outros doutrinadores se preocuparam em tentar esclarecer como se daria a aplicação desse princípio, de forma a fazê-lo entrar em consonância com o direito à propriedade.

De acordo com José Afonso da Silva,

[...] é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente

isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza [...] (Silva, 2005, p. 284).

Portanto, pode-se entender que o princípio da função social da propriedade põe em xeque a construção do direito à propriedade como um direito estritamente exclusivista, modificando sua tradicional inserção enquanto direito fundamental individual. Torna-se necessária sua socialização, no cumprimento dos demais direitos sociais elencados na Constituição Federal.

Na concepção de Álvaro Villaça Azevedo, o princípio da função social da propriedade é uma limitação ao direito à propriedade. Veja-se o que diz Azevedo (2014, p. 51): “o direito de propriedade, como estudado, em sua evolução, foi perdendo o caráter de absoluto e ilimitado, para condicionar-se ao interesse coletivo e social [...]”.

Assim, para Azevedo, o caráter absoluto que a propriedade detinha anteriormente foi sendo lapidado ao longo dos anos, em detrimento da evolução da sociedade, a fim de que passasse a observar, além do direito do proprietário, também o direito de toda a coletividade.

Já para Tartuce, diante das alterações que o direito à propriedade passou e das novas concepções que obteve no ordenamento jurídico pátrio, por si só hoje é uma garantia que abrange não somente o proprietário, mas também o direito de toda a coletividade.

Há, portanto, em nosso ordenamento jurídico, uma ampla proteção da propriedade, seja no tocante aos interesses individuais do proprietário, ou no que toca à proteção dos direitos da coletividade, o que também exprime muito bem o conteúdo de sua função social (Tartuce, 2017, p. 20).

Pode-se observar que, enquanto para Azevedo a função social é uma limitação ao direito à propriedade, que obriga o proprietário a fazer com que seu bem atenda a um interesse comum da sociedade, para Tartuce a função social da propriedade é uma das formas de garantir que o direito à propriedade proteja o direito individual do proprietário e o direito de toda a coletividade.

Vê-se que a discussão sobre o princípio da função social da propriedade está longe de ser um assunto pacificado na doutrina. No entanto, é importante ressaltar que grande parte daquela concorda que o direito à propriedade deixou de ter o caráter absoluto que anteriormente detinha, resultado da evolução dos direitos sociais e da relevância que estes obtiveram dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, Benedito Ferreira Marques e Carla Regina Silva Marques (2016, p. 35) afirmam: “na verdade, o nosso texto constitucional vigente não banuiu o direito de propriedade, que sempre foi consagrado em todas as Constituições

até aqui. Apenas o contemplou, em inciso próprio, mas, em outro, o condicionou ao cumprimento da função social.”

É possível considerar que a propriedade ainda está configurada como um direito do proprietário, mas que, obrigatoriamente, deve cumprir uma função social, sendo utilizada como instrumento para proporcionar o bem-estar social à população.

Na doutrina brasileira, há muitas concepções sobre o princípio da função social da propriedade. No entanto, indubitavelmente, a grande maioria dos doutrinadores entende que o direito do proprietário em utilizar o seu bem da forma que melhor entender tem como limite a finalidade social.

Fabrizio Zamprogna Matiello (2017, p. 629) elenca que não há uma total liberdade do proprietário sobre como utilizar a sua propriedade. Sobre isso, esclarece que “a qualidade de proprietário não importa na total liberdade de agir, eis que ao direito de propriedade contrapõe-se o dever de fazer com que cumpra as finalidades econômicas e sociais que dele possam ser extraídas.”

Tem-se que o exercício do direito à propriedade, embora tenha em sua origem fortes traços que o caracterizavam como absoluto e exclusivo, atualmente sofre inúmeras restrições e limitações normativas. Diante disso, vigora a ideia de que a propriedade é um instrumento de apoio à consecução dos fins sociais, cuja essência é o seu serviço à coletividade.

Assim, tem-se que a propriedade, apesar de ser um instituto originariamente desenvolvido para garantir as realizações de interesses individuais, passa também a desempenhar um papel fundamental na promoção dos interesses coletivos, mesmo quando é utilizada para atender às necessidades privadas de seu proprietário.

Insta salientar que o ordenamento jurídico brasileiro se preocupou em garantir meios para que o Poder Público, de forma legal, seja capaz de intervir na propriedade, ultrapassando as barreiras impostas pela antiga concepção de direito irrevogável e absoluto do proprietário. Isso ocorre nos casos em que a intervenção do Estado se faz necessária para garantir que a propriedade cumpra sua função social.

Na esfera constitucional, assim como o direito à propriedade, a função social da propriedade também está prevista na Constituição Federal. Dada a forma como o tema é tratado e aprofundado, é notável a relevância do tema para a consecução dos interesses republicanos.

O tema já havia sido incorporado ao texto de outras constituições, porém não com a mesma preocupação em garantir a sua aplicabilidade. Um exemplo é a Constituição Federal de 1967, que no artigo 160, inciso III, menciona a função social da propriedade, colocando-a como um dos princípios básicos para alcançar o desenvolvimento nacional e a justiça social.

Entretanto, no texto da Constituição Federal de 1967, mesmo sendo tratado como um princípio, não tinha aplicabilidade e muito menos efeito real, sendo considerado uma norma de conteúdo meramente programático. Paulo Roberto de Figueiredo Dantas explica:

Durante um longo período, considerou-se que os princípios não serviam para a imposição de obrigações a terceiros, não

possuindo, portanto, qualquer força normativa. Entendia-se que eles consistiam em simples proposições de valor, de conteúdo meramente programático, destinados a inspirar, nos diversos operadores do direito, os ideais de justiça (Dantas, 2018, p. 148-149).

O fato é que essa norma, antes considerada de conteúdo meramente programático, deu lugar a toda a abrangência que a função social da propriedade passou a ter no texto promulgado em 1988. Apesar de não ser a primeira Constituição brasileira a tratar do assunto, surpreendeu positivamente pela importância que deu ao tema.

O princípio da função social da propriedade, na Constituição Federal de 1988, é tratado logo no início, no capítulo que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos, sendo a função social um dever do proprietário, conforme disciplina o artigo 5º, inciso XXIII. Depois, a Constituição volta a tratar do princípio nos artigos 182, § 2º e 186, nos quais disciplina a função social da propriedade urbana no primeiro, e a função social da propriedade rural no segundo.

A Constituição também dispõe sobre as consequências que o proprietário que não cumpre com a função social pode ter que suportar, sendo elas atribuir efeitos tributários gravosos ao proprietário (artigo 153, § 4º – artigo 156, § 1º) e até mesmo proceder com a desapropriação do imóvel (artigo 184), tema que será objeto da próxima seção.

3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DIREITO À PROPRIEDADE

Muitas são as formas de intervenção do Estado na propriedade, interferências estas que são necessárias para que o Estado possa atingir seus fins e conseguir atender ao interesse público comum.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Dada a complexidade dos fins almejados pelo Estado em prol do interesse público, são diversos os meios de intervenção do Estado na propriedade. Há intervenções em que o Estado limita-se a impor restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem retirá-la de seu dono (intervenção restritiva), bem assim intervenções em que o Estado transfere coercitivamente para si a propriedade de terceiro (intervenção supressiva, como a desapropriação) (Alexandrino; Paulo, 2011a, p. 950).

Nas formas de intervenções restritivas, o Estado delibera sobre como o bem será administrado ou até mesmo administra o bem, com a finalidade de fazer com que o interesse público seja atingido, sem que o bem seja subtraído de seu proprietário. Enquanto nas hipóteses de intervenção supressiva, o Estado intervém retirando a propriedade da esfera patrimonial do proprietário, o que se compreende como desapropriação.

Dentre as modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada, podem ser citadas as limitações administrativas, a ocupação temporária, o

tombamento, a requisição, a servidão administrativa, a desapropriação e a edificação compulsória. Nesse sentido, Maria Sylvia Di Pietro:

Hoje, no direito brasileiro, podem ser indicadas as seguintes modalidades de restrição do Estado sobre a propriedade privada, cada qual afetando de modo diverso o direito de propriedade: as limitações administrativas, a ocupação temporária, o tombamento, a requisição, a servidão administrativa, a desapropriação e o parcelamento e edificação compulsórios (Di Pietro, 2017, p. 163).

As limitações administrativas são aquelas que impõem aos proprietários obrigações de caráter geral em benefício do interesse de toda a sociedade.

A ocupação temporária é a requisição de imóveis, impondo ao proprietário a obrigação de suportar sua utilização temporária pelo poder público, para que realize obras ou serviços.

Por sua vez, o tombamento implica na limitação perpétua do direito à propriedade em benefício do interesse coletivo.

Ainda, a servidão administrativa impõe ao proprietário a obrigação de suportar um ônus parcial sobre o imóvel de sua propriedade, em benefício de um serviço público.

A edificação compulsória é um instrumento legal usado pelo poder público para promover o desenvolvimento urbano e evitar a subutilização de terrenos. Quando um proprietário não constrói edificações em sua propriedade de acordo com as normas estabelecidas pelo plano diretor ou regulamentos urbanísticos, ele pode ser obrigado pela autoridade competente a construir edificações dentro de um prazo determinado. Isso visa promover o aproveitamento adequado do solo urbano, a densificação urbana e a oferta de habitação.

Similar à edificação compulsória, o parcelamento compulsório é uma medida adotada pelo poder público para organizar o uso do solo urbano. Quando um proprietário não realiza o parcelamento de sua propriedade de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo plano diretor ou regulamentos urbanísticos, ele pode ser obrigado a subdividir o terreno em lotes menores, respeitando as normas de dimensionamento e infraestrutura necessárias. Isso facilita o desenvolvimento urbano, a regularização fundiária e o acesso à terra para fins habitacionais e comerciais.

A requisição envolve a tomada temporária de bens móveis e fungíveis, ou seja, bens que podem ser facilmente substituídos por outros da mesma espécie e qualidade, para atender a necessidades urgentes ou emergenciais do interesse público. A requisição pode ocorrer em situações como calamidades públicas, guerra, crises sanitárias, entre outras. O Estado pode tomar posse temporária desses bens para utilizá-los em serviços públicos essenciais, como fornecimento de alimentos, medicamentos, equipamentos, etc. O proprietário é compensado pela utilização temporária dos bens, mas mantém a propriedade sobre eles.

Por fim, a desapropriação é um instrumento pelo qual o Estado retira a propriedade de um bem privado, mediante justa indenização, para atender a um

fim público específico. Isso significa que o proprietário perde o direito sobre o bem, que passa a ser de posse e domínio público.

Tem-se que todas as formas de intervenção são destinadas a garantir um interesse comum aos demais membros da sociedade, seja por meio de obras públicas, ou pela obrigação de que a propriedade cumpra com sua função social.

Importa, neste momento, o aprofundamento no instituto da desapropriação que, como dito, é a modalidade de intervenção na qual ocorre a transferência da propriedade privada para o poder público, independentemente do consentimento do proprietário atingido, e que depende de um procedimento administrativo.

Constitui-se a desapropriação pelo ato em que o Poder Público, mediante prévio e devido procedimento administrativo, indeniza o proprietário pelo bem expropriado e passa a se tornar proprietário.

No conceito trazido por Cyonil Borges e Adriel Sá (2015, p. 1074-1075), “a desapropriação é uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada de natureza supressiva, ou seja, gera a perda da propriedade em favor do Estado”.

Para os autores, o Estado suprime os direitos do proprietário, supressão que pode ser vista pelo fato de que o direito do proprietário de dispor e reaver a coisa não é observado pelo Poder Público.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 961), a “desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização”.

Tem-se então que a desapropriação é a modalidade de intervenção que afeta o direito constitucional de propriedade e transfere este direito ao Estado mediante o pagamento de justa indenização. Porém, vale ressaltar que, por se tratar de um ato unilateral, o interesse do Estado deverá ser fundamentado pela necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, previstos na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional.

A desapropriação por necessidade pública advém de uma situação de emergência, cuja solução depende da transferência do bem para o Poder Público. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011a, p. 963) definem que “a necessidade pública decorre de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem.”

Já a desapropriação motivada pela utilidade pública ocorre quando a transferência do bem para o poder público facilitaria a realização de algum projeto ou até mesmo a construção de alguma obra pública, mesmo que a utilização daquele bem não seja imprescindível, casos em que o Poder Público pudesse se utilizar de outros meios para a consecução dos fins almejados. Para Fernanda Marinela (2012, p. 901), a utilidade pública é “caracterizada como uma situação vantajosa para o interesse coletivo, mas não urgente.”

Visto isso, considerando-se o objeto da presente pesquisa, passa-se à análise do princípio da função social nos casos de desapropriação da propriedade por interesse social.

3.1 A DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE INTERESSE SOCIAL

A desapropriação para fins de interesse social ocorre em decorrência da aplicação do princípio da função social da propriedade, pelo qual o poder público busca dar melhor aproveitamento, utilização e/ou produtividade a um bem que, até o momento da aplicação da medida interventiva, não atendia ao interesse social.

A fim de orientar a aplicação da desapropriação por interesse social, o artigo 1º da Lei nº 4.132 de 1962, traz o seguinte texto, “A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal”.

A mesma lei também se preocupou em explicar quais seriam as situações que justificariam o interesse social, o que permite uma maior segurança por parte do Poder Público no momento de realizar uma desapropriação com essa motivação. Veja-se:

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casas populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

IX - a destinação de áreas às comunidades indígenas que não se encontravam em área de ocupação tradicional em 5 de outubro de 1988, desde que necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (Brasil, 1962).

A lei mostra quais são os casos em que a desapropriação por interesse social é justificável, a fim de se evitar que haja insegurança jurídica na sua aplicação. Segundo Meirelles, Burle Filho e Burle,

O interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público. Esse interesse social justificativo de desapropriação está indicado na norma própria (Lei 4.132/62) e em dispositivos esparsos de outros diplomas legais. O que convém assinalar, desde logo, é que os bens desapropriados por interesse social não se destinam à Administração ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou, mesmo, a certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los e utilizá-los convenientemente (Meirelles; Burle Filho; Burle, 2016, p. 738).

Observa-se que, nas palavras dos autores, a desapropriação por interesse social ocorre quando a propriedade não é utilizada de forma adequada e tem por finalidade fazer com que aquele bem passe a ter melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício de toda a sociedade.

Vistos os casos em que a desapropriação por interesse social é aplicável, cabe agora saber quais são as hipóteses de desapropriação por interesse social, sendo: a genérica, que ocorre nas hipóteses de desapropriação por interesse social e que não se enquadram nos conceitos de desapropriação para fins de reforma agrária e desapropriação urbanística; para fins de reforma agrária; e a desapropriação por interesse social urbano.

Pensando que a desapropriação é um instrumento jurídico apto a garantir o direito à moradia, é importante diferenciá-la da hipótese prevista no artigo 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil de 2002, e esta da usucapião coletiva prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, que são outros instrumentos na garantia do direito à moradia.

Com o Código Civil de 2002, surgiu a modalidade de perda da propriedade, prevista no artigo 1.228, § 4º, a qual dispõe sobre a perda da propriedade nos casos de área extensa, com posse ininterrupta e de boa-fé, pelo período de 5 (cinco) anos, por considerável número de pessoas, desde que estas pessoas, em conjunto ou separadamente, tenham realizado obras consideradas de interesse social e econômico relevante.

No § 5º do mesmo artigo, a lei estabelece que o proprietário receberá indenização correspondente ao valor de mercado do imóvel na data em que foi privado do domínio.

Em tempos anteriores, havia debates na doutrina sobre a constitucionalidade dos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil. A I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, emitiu o Enunciado 82, que afirma a constitucionalidade da forma de aquisição de propriedade imobiliária prevista nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil (Aguar Júnior, 2012, p. 25).

Atualmente, esse ponto não gera grandes controvérsias. Os §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil não violam o direito de propriedade, sendo apenas uma das várias maneiras previstas pelo ordenamento jurídico em que o proprietário pode perder sua propriedade.

Destaca-se que, nessa modalidade de perda da propriedade, o valor deverá ser pago pelos possuidores interessados, que só terão a titularidade da propriedade após efetuarem o seu pagamento. Fábio Ulhoa Coelho estabelece que:

O poder de reivindicar a coisa *não* existe quando ela consiste em área extensa na qual possuidores de boa-fé, em número expressivo, realizaram obras ou serviços de relevância social ou econômica, sempre que a posse deles durar mais de 5 anos (CC, art. 1.228, § 4º). É o caso, por exemplo, da favela erguida em imóvel particular de extensão considerável. Se o dono não o reivindica no prazo referido de 5 anos, perde esse poder sobre a coisa. Garante-lhe a lei, nessa hipótese, o direito à justa indenização, a ser paga, em princípio, pelos possuidores interessados em adquirir a propriedade do bem (§ 5º). Enquanto o dono não recebe o pagamento da indenização fixada pelo juiz, ainda é ele o titular da propriedade; mas o seu direito é restrito por não ter o poder de reivindicar a coisa (Coelho, 2012, p. 160-161).

Apesar de ser considerado uma forma de perda da propriedade, pairam divergências sobre esse instituto.

Entendem Gagliano e Pamplona Filho (2023, p. 77) que “trata-se de instituto jurídico muito peculiar, e que, se analisado com bastante atenção, poderá causar-nos uma desagradável sensação de desconforto, provocada por contundentes indagações.”

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2024), destacam-se quatro principais grupos de posicionamentos. Para alguns, seria uma forma de desapropriação de direito privado; para outros, assemelhar-se-ia a uma espécie de usucapião onerosa. Ainda de acordo com Pereira, uma terceira corrente entende que se trata de uma modalidade única de aquisição por interesse social; enquanto uma quarta visão argumenta que o instituto não envolve diretamente a aquisição ou perda da propriedade, mas sim a privação do direito do proprietário de retomar a posse, desde que os requisitos legais estejam cumpridos, consistindo em uma exceção de posse socialmente qualificada – Pereira explica que para a aquisição da propriedade, seria necessário o pagamento estipulado no §5º do artigo 1.228 do Código Civil.

Fernanda Marinela (2012) elenca que a natureza do instituto é de desapropriação privada. De acordo com a autora “o novo Código criou o instituto da expropriação cuja iniciativa cabe aos particulares, contrariando o instituto clássico da desapropriação como forma de expropriação processada pelo Estado” (Marinela, 2012, p. 911), razão pela qual, de acordo com a autora, ela não poderia ser tratada como uma desapropriação “clássica”, tampouco se confundiria com a usucapião, que tem por característica ser gratuita. Igualmente entende Matheus Carvalho (2021).

Daniel Carnacchioni (2024, p. 1013) se refere a previsão do artigo 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil como “expropriação privada ou desapropriação privada”.

Para Anderson Schreiber:

[...] os dispositivos legais ora comentados traduzem indiscutivelmente um novo instituto, destinado, ao que parece, a servir de instrumento para a regularização dos núcleos irregulares de moradia, com fundamento no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição da República, que vincula a legitimidade do exercício da propriedade ao atendimento de sua função social (Schreiber, 2024, p. 746).

O autor se refere ao instituto como “expropriação judicial”, destacando que nenhuma das propostas feitas pela doutrina é “tecnicamente perfeita” (Schreiber, 2024).

Entende-se que se trata de hipótese de desapropriação privada. O instituto não pode ser compreendido como usucapião, dado o seu caráter oneroso. Também não pode ser considerado uma das espécies do gênero desapropriação, instituto do direito público empreendido pelo Estado. Por implicar em um mecanismo que acarreta restrição ao direito de propriedade, regido pelo Código Civil, o qual vincula o exercício do direito de propriedade ao atendimento da sua função social, limitação esta decorrente da Constituição Federal, a melhor compreensão é de que se trata de instituto *sui generis*, que não se acomoda perfeitamente a outras figuras já existentes no ordenamento jurídico.

A denominação que parece melhor adequar-se ao instituto é desapropriação privada, visto que a expressão “expropriação judicial” poderia gerar confusão com a desapropriação indireta, que também tem seu valor indenizatório fixado judicialmente.

No que tange à aproximação da forma de perda de propriedade prevista no artigo 1.228, §§ 4º e 5º, com a usucapião coletiva, são poucas as características que as diferenciam. Porém, a mais marcante diz respeito à destinação do bem, visto que a hipótese do artigo 1.228, §§ 4º e 5º, é caracterizada, entre outras coisas, pela noção de posse-trabalho, enquanto nos casos de usucapião coletiva, trata-se de uma hipótese que regulamenta situações de ocupações urbanas, utilizadas para a fixação de moradias.

A usucapião coletiva é forma de perda da propriedade. A hipótese está prevista no artigo 10 do Estatuto da Cidade, com o seguinte texto:

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017) (Brasil, 2001).

Diante das várias situações de ocupação urbana, o legislador criou a modalidade de usucapião coletiva. Desde que atendendo aos requisitos da lei, um grupo de pessoas que ocupe propriedade privada, localizada em terreno urbano, por mais de cinco anos sem que haja oposição, e desde que a área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados, pode regularizar a situação em que vive.

Todos esses institutos jurídicos, especialmente a desapropriação, são instrumentos importantes de que o Estado dispõe para dar cumprimento aos dispositivos constitucionais, especialmente à obrigação/limitação de que a propriedade cumpra com uma função social, bem como para garantir que outros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia, sejam efetivados.

3.2 O CASO BUBAS

A fim de se evidenciar a atuação do Poder Judiciário, com enfoque no objetivo desta pesquisa, apresenta-se a análise do caso Bubas, situação que ocorreu na cidade de Foz do Iguaçu, Estado do Paraná. Este caso teve início entre os meses de dezembro de 2012 e janeiro de 2013, quando cerca de duas mil pessoas ocuparam uma propriedade localizada na parte sul da cidade e lá passaram a morar.

De acordo com Vargas (2019, p. 59) “em 17 de janeiro de 2013, o senhor de nome Francisco Buba Junior e sua esposa Myriam Irene Jacobs Buba, ingressaram com ação judicial de reintegração de posse contra pessoas desconhecidas que teriam ‘invadido’ um imóvel que alegava ser de sua propriedade.”

Nessa mesma linha, a petição inicial do processo narra que os proprietários do referido imóvel tomaram conhecimento de que um grande grupo de pessoas havia adentrado em sua propriedade e lá estaria construindo moradias. Diante de tal situação, um dos proprietários se dirigiu à autoridade policial e registrou boletim de ocorrência informando sobre a invasão.

A ação de reintegração de posse com pedido de liminar era fundamentada nos artigos 926 e 928 da Lei nº 5.869/1973, antigo Código de Processo Civil, e no artigo 1.200 do Código Civil, em face das pessoas que haviam praticado o esbulho.

O processo foi distribuído para a 2ª Vara Cível da Comarca de Foz do Iguaçu e recebeu o número 0001128-90.2013.8.16.0030. Está disponível, de forma parcial, para consulta pública, podendo ser acessado pelo sistema Projudi.

O pedido de liminar foi analisado pelo Juiz de Direito Gabriel Leonardo Souza de Quadros, que no dia 22 de janeiro de 2013 decidiu conceder a liminar de reintegração de posse. Nela, considerou que:

[...] em que pese a questão social trazida, a promoção da justa distribuição da propriedade ou do condicionamento do seu uso ao bem estar social recai, exclusivamente, ao Estado, como poder geral a ele conferido pela Constituição da República (Paraná, 2013b, p. 1).

Evidencia o magistrado reconhecer que a ação discute uma questão social, abrangendo o direito à moradia e a justa distribuição de propriedade. Porém,

adiante, esclarece que promover a justa distribuição de propriedade é competência exclusiva do Estado, haja vista que a Constituição Federal lhe conferiu esse poder. Em seguida, estabelece que:

[...] é ao Poder Público que recai a prerrogativa de realizar o controle da utilização racional da propriedade e fazer cumprir as “exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas” (art. 39 da Lei 10.257/01) (Paraná, 2013b, p. 2).

Destarte, ressalta a obrigação do Poder Público em fazer o controle da utilização racional da propriedade e em cumprir as exigências previstas no artigo 39 da Lei nº 10.257/2001, assegurando a garantia das necessidades dos cidadãos. Esclarecendo a quem é atribuído o controle da função social da propriedade, diz que:

Por isso, particulares ou movimentos sociais não podem atribuir-se o controle da função social da propriedade e tomar as medidas que bem entenderem, sob pena de ingressarem na esfera da ilegalidade, eis que com tais atitudes põem em risco direitos subjetivos dos demais cidadãos, comprometendo, em especial, a segurança jurídica e atentando, em decorrência, contra o próprio Estado de Direito (Paraná, 2013b, p. 2).

O magistrado aponta que particulares ou movimentos sociais não possuem atribuições para realizar o controle de quais propriedades estão ou não atendendo à função social da propriedade, ou praticar qualquer medida contra aqueles que entenderem não estarem cumprindo com uma função social, atribuição que é inerente ao Poder Público. Ressalta também que medidas como essas põem em risco os direitos de outros cidadãos, além de proporcionar insegurança jurídica e atentar contra o próprio Estado de Direito.

Assim, pode-se observar que o magistrado, apesar de considerar que a propriedade, tanto urbana quanto rural, deva cumprir com a sua função social, entende que, conforme orientam os preceitos constitucionais, é função do Estado a promoção da justa distribuição da propriedade ou do condicionamento do seu uso. Por consequência, é do Estado a prerrogativa de poder intervir na propriedade privada, e não dos particulares ou movimentos sociais.

O magistrado também faz menção ao direito à propriedade, sobre o qual tem o entendimento de que “o direito à propriedade é o fundamento de todo o direito privado e garantia legal e constitucional do cidadão, o que impõe sua observância por todos, sem qualquer distinção” (Paraná, 2013b, p. 2). Assim, entende que o direito à propriedade é fundamento de todo o direito privado inerente ao cidadão, e não pode ser violado por quem quer que seja, incluindo aqueles que buscam o seu direito constitucional à moradia.

Considerando tudo isso, como dito, em sede de decisão liminar, o magistrado decidiu pelo deferimento da medida determinando a desocupação voluntária no

prazo de trinta dias e, com o decurso do prazo, a expedição de mandado de reintegração de posse.

Vencido o prazo e não cumprida a determinação de desocupação voluntária, foi expedido o mandado de reintegração de posse, e intimada a Polícia Militar do Estado do Paraná para que cumprisse a liminar. No entanto, a mesma não foi cumprida por falta de efetivo policial.

Na sequência 229.1, foi juntada decisão proferida por Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, entendendo pela suspensão da liminar. É possível identificar também que no decorrer do processo, mais precisamente na sequência 243.1, foi declarada a incompetência da Vara Cível e determinada a remessa dos autos do processo à Vara da Fazenda Pública.

Com o decorrer do processo, houve a intervenção de outros órgãos públicos que auxiliaram na identificação de grande parte dos envolvidos e a realização de audiência de conciliação para tentar promover a resolução da demanda. Porém, esta restou infrutífera, sendo o processo feito conclusivo para decisão, que foi proferida pelo Juiz de Direito Rogério de Vidal Cunha, no dia 28 de abril de 2017, sequência 1349.1.

Contrastando com a decisão liminar, a sentença parte de uma análise para verificar se, no caso em discussão, estão presentes os requisitos necessários para deferimento da tutela possessória, previstos no artigo 561 do Código de Processo Civil, entendendo que (Paraná, 2017, p. 12) “de fato, é uma conclusão quase cartesiana que os autores provaram todos os requisitos para a concessão da tutela possessória, com a ratificação da liminar deferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível”.

O magistrado conclui que, nas provas apresentadas pelos autores, os requisitos para a concessão da tutela possessória estão evidenciados de forma clara. Porém, entende que o raciocínio dedutivo deve ser aplicado em casos simples, não sendo esta a situação concreta:

Contudo, o raciocínio dedutivo, em que obtém determinados resultados a partir de constatações genéricas pode ser muito útil às hipóteses e que todas as premissas sejam simples o que, por certo não é o caso dos presentes autos, onde tudo pode ser dito, menos que se trata de uma relação jurídica simples (Paraná, 2017, p. 12).

Dada a complexidade da causa, entende que não pode ser decidida com base no silogismo, visto que a sociedade passou a ter novos valores e novos métodos, não podendo ser limitada a leis imutáveis da natureza e a um universo fixo. O Juiz deve reconhecer os valores constitucionais e convencionais superiores. Assim,

Essa mudança de paradigma de sociedade implica na mudança do papel do direito e, com ele, do Juiz, que passa a reger a sua atividade judicante não com base em silogismos, mas em um dever de materialização da Constituição e das normas internacionais definidoras de direitos humanos. Se trata de um

novo paradigma ao direito onde o epicentro das normas jurídicas passa a ser a integral proteção dos direitos do homem (Paraná, 2017, p. 14).

Logo, entende o magistrado que, para se chegar a uma justa decisão, não basta a simples aplicação do texto puro de lei, mas é necessária uma ampla análise de todo o conjunto dos direitos do homem. Parte então, expondo que, no caso em análise, ocorre um conflito de direitos: o direito à propriedade dos autores da ação de reintegração de posse e o direito à moradia dos réus, ambos previstos na Constituição Federal. Entende que o que está em questão não é quem tem direito ou não à propriedade, mas sim como solucionar o conflito de forma a não violar o direito de qualquer das partes. Para o magistrado,

Nos autos estamos diante de um efetivo e real conflito entre direitos, de um lado temos o direito à propriedade dos autores, garantido tanto na Constituição da República (Art. 5º, XXII) como no Pacto Interamericano de Direitos Humanos (Art. 21.1), mas de outro, a realidade construída da relação processual indica que também está em julgamento o direito à moradia dos requeridos, também previsto na mesma fonte nacional (Art. 6º da CR) e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Art. 11.1) (Paraná, 2017, p. 16).

O magistrado entende que houve uma violação de direitos por parte do Estado, tanto em face dos autores quanto em face dos réus. A violação aos autores ocorreu quando o Estado não cumpriu a ordem liminar de desocupação, e a violação aos réus aconteceu por não assegurar o direito à moradia, visto que não houve por parte do Estado a devida desapropriação do imóvel para fins de interesse social, nem a concessão de outra área para alocar as famílias que lá estavam. Diz,

O fato é que mesmo após duas audiências de conciliação, o Estado do Paraná não cumpriu a liminar nem realizou a desapropriação da área, violando o ente público, tanto quanto os requeridos o direito de propriedade dos autores. Esse mesmo Estado, que violou os direitos dos autores ao não dar cumprimento à ordem de reintegração, viola também os direitos dos requeridos, posto que não lhes materializa o direito humano fundamental da moradia, pois em todo o período que os autos tramitaram não desapropriou a área nem providenciou outra (Paraná, 2017, p. 18).

Desta forma, entende o magistrado que a inércia do Estado trouxe grandes prejuízos para as partes. A falta de providências por parte do Poder Público gerou um quadro de violação de direitos.

Em exame do relatório elaborado pelo projeto Escola Popular de Planejamento Urbano da Universidade Federal da Integração Latino-Americana, que identificou quem são os moradores e qual a realidade socioeconômica em que vivem, o magistrado destacou que o relatório demonstra claramente a proporção que a ocupação tomou com o passar do tempo. O que antes era um amontoado de

barracos passou a ser um bairro de Foz do Iguaçu, como qualquer outro bairro da cidade, formado por milhares de pessoas, muitas em situação de vulnerabilidade, como mulheres, crianças, idosos, migrantes e pessoas com deficiência.

Sobre esse aspecto, o magistrado considera a predominância da garantia do direito à moradia da população sobre o direito à propriedade dos autores, levando em consideração o artigo 6º da Constituição Federal e textos da ONU que reconhecem o direito à moradia como um direito humano básico:

Nesse panorama, a ponderação entre o direito de propriedade dos autores, materializado na liminar deferida, e o direito à moradia, tornado realidade fática diante do não cumprimento da liminar deve pender para o lado da garantia do direito à moradia dos requeridos, reflexo direto da sua dignidade humana (Paraná, 2017, p. 24).

Concluiu-se que a formação de um bairro na propriedade dos autores proporcionou que esta passasse a deter uma destinação social de moradia popular:

A realidade é que a formação de um bairro na área dos requerentes, fruto, repita-se, de verdadeira omissão do Estado, omissão essa que, como salientado pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, afetou a área invadida, os fatos lhe deram destinação social de moradia popular, o que, impede seja deferida a reintegração [...] (Paraná, 2017, p. 25).

O magistrado decidiu julgar improcedente a ação de reintegração de posse, uma decisão que claramente se mostra fundamentada no direito à moradia e na observância do grande número de pessoas que, com o passar do tempo, passaram a habitar aquela propriedade.

Nesse sentido, a sentença foi objeto de publicação na mídia local, que destacou um trecho da decisão proferida, segundo o qual cumprir a liminar quase quatro anos após a invasão inicial – quando a população da área cresceu de algumas dezenas para milhares de pessoas – colocaria em grande risco a integridade física desses indivíduos, especialmente aqueles em situação de vulnerabilidade social, resultando na completa violação de seu direito fundamental à moradia, ao desenvolvimento autônomo de sua personalidade e, em última análise, na destruição de sua dignidade humana (Soares, 2019).

Releva-se que a fundamentação da sentença observou que tanto o direito à moradia, inerente aos réus, quanto o direito à propriedade, inerente aos autores, diante de todo o conjunto de informações trazidas ao caso, mereciam ser preservados. No entanto, o magistrado entendeu que o direito à moradia dos réus deveria prevalecer, sendo um direito social em face do direito individual dos autores. Portanto, não foi possível determinar a reintegração de posse do imóvel, apontando-se a necessidade de que os autores ajuizassem ação de desapropriação indireta em face do poder público.

Interposto recurso de apelação pelos autores, este foi conhecido pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mas teve negado

o provimento, na data de 10 de abril de 2019. A decisão proferida pelo Tribunal reafirma a sentença do juízo de primeira instância, tendo a seguinte ementa:

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. APELANTES QUE POSTULAM A MERA DECLARAÇÃO DO DIREITO À REINTEGRAÇÃO DE POSSE, SEM QUE SE DÊ EFETIVIDADE À MEDIDA. PEDIDO QUE, EM TERMOS PRÁTICOS, POSSUI EXATAMENTE O MESMO EFEITO DA SENTENÇA. QUIESCÊNCIA COM O RESULTADO DO JULGAMENTO. PRESSUPOSTO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. ART. 1.000 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. QUESTÃO DE MÉRITO: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL URBANO QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO POPULOSO COM CENTENAS DE FAMÍLIAS. PRECEDENTES QUE ORIENTAM NO SENTIDO DE DAR PREVALÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. LIMINAR DEFERIDA NO INÍCIO DO PROCESSO E NÃO CUMPRIDA. ENVOLVIMENTO DE ÓRGÃOS PÚBLICOS E ENTIDADE DA SOCIEDADE CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA ORDEM. INDENIZAÇÃO. PROPRIETÁRIO QUE DEVE FORMULAR TAL PRETENSÃO EM AÇÃO PRÓPRIA. ESTADO DO PARANÁ QUE NÃO FOI CHAMADO PARA INTEGRAR A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. RECURSO CONHECIDO POR MAIORIA E NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA, COM APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 942 DO CPC (Paraná, 2019).

O processo transitou em julgado no dia 8 de julho de 2019. A decisão proferida pelo Juiz de Direito Rogério de Vidal Cunha representa uma mudança paradigmática na abordagem do sistema judiciário em relação aos conflitos de direitos, especialmente no contexto da posse de terra e moradia. Ao contrário da abordagem tradicional baseada apenas em aplicação estrita da lei, o magistrado reconhece a necessidade de uma análise mais ampla, levando em consideração não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais e a dignidade humana.

Ao avaliar o caso, como visto, o magistrado considera não apenas o direito à propriedade dos autores da ação de reintegração de posse, mas também o direito à moradia dos réus, ambos fundamentados na Constituição Federal e em normas internacionais de direitos humanos. A decisão destaca a falha do Estado em cumprir a ordem liminar de desocupação e em garantir o direito à moradia das famílias envolvidas, evidenciando uma violação de direitos por parte do Estado.

O resultado processo, que julga improcedente a ação de reintegração de posse, reflete uma abordagem mais sensível às questões sociais envolvidas, priorizando o direito à moradia e reconhecendo a transformação da área ocupada em um bairro populoso. Essa decisão, corroborada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, demonstra uma evolução na jurisprudência, favorecendo uma

interpretação mais ampla e humanitária do direito, em linha com os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade.

Ressalta-se que apenas a improcedência da ação de reintegração de posse não foi suficiente para garantir os direitos fundamentais dos moradores. Isso porque a ausência de definição do pagamento da indenização ao antigo proprietário do imóvel impedia a regularização fundiária da área. Apenas com a desapropriação do imóvel pelo poder público é possível se garantir os direitos dos moradores.

Diante disso, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em 17 de setembro de 2019, que era incumbência do Governo do Estado do Paraná indenizar o proprietário do terreno (Justiça [...], 2019).

A partir disto, restou ao Município de Foz do Iguaçu a incumbência de providenciar a urbanização de todo o imóvel (Justiça [...], 2019).

Sobre a definição do instituto jurídico que prevaleceu no caso concreto, não foi aquela prevista no artigo 1228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, principalmente porque houve contestação da ocupação efetivamente ocorrida no local pelos proprietários. Pela mesma razão, também não foi o caso da aplicação do artigo 10 do Estatuto da Cidade – usucapião coletiva –, que exige a ausência de oposição dos proprietários, o que não se deu no caso concreto.

Entende-se que a fundamentação jurídica que melhor ampara a situação ocorrida no caso Bupas é aquela decorrente da aplicação do artigo 2º, inciso V, da Lei nº 4.132 de 1962 que prevê a desapropriação por interesse social, indenizada pelo Estado, no caso concreto, para regularização fundiária posterior à construção de casas populares.

Menciona-se, ainda, que a morosidade do Estado em promover a desapropriação da área, como solução definitiva a sua regularização fundiária, além de prejudicar os moradores que lá residem, também prejudicou o proprietário do imóvel, que faleceu em 3 de maio de 2020, aos 91 anos de idade, pouco tempo após a decisão do Judiciário a respeito da indenização prevista em lei (Morre [...], 2020). Francisco Buba Junior era engenheiro civil e foi pioneiro da Cidade de Foz do Iguaçu; tendo nascido em 1928, construiu sua vida na cidade (Morre [...], 2020).

O caso Bupas, ao transcender a esfera jurídica para envolver questões sociais e políticas, revela a complexidade das disputas fundiárias no Brasil e a necessidade de um diálogo mais profundo entre o direito e a realidade social. A análise da atuação do Poder Judiciário no caso evidencia não apenas as tensões entre os direitos fundamentais envolvidos, mas também as lacunas existentes na implementação da função social da propriedade. Embora a decisão tenha representado um avanço ao priorizar o direito à moradia, o desfecho do caso aponta para a persistência de desafios significativos, como a eficácia das políticas públicas de regularização fundiária e a responsabilidade estatal na mediação desses conflitos. Assim, o caso Bupas não é apenas um episódio isolado, mas um reflexo das contradições e desafios que ainda permeiam o sistema jurídico brasileiro, exigindo uma contínua reflexão e evolução no tratamento das questões fundiárias.

CONCLUSÃO

A importância da pesquisa surgiu em função da impossibilidade de se ignorar que a falta de atenção ao mandamento constitucional da observância da função social da propriedade leva à manutenção de um estado de coisas em que direitos fundamentais como trabalho, moradia e dignidade da pessoa humana permanecem em situação de negligência.

O direito à propriedade sofreu inúmeras alterações em decorrência da evolução da própria sociedade. Momento impactante no desenvolvimento do direito à propriedade foram as novas concepções de direitos sociais, que tiveram como ponto de partida a Revolução Industrial, momento da sociedade em que era latente a violação de direitos. A partir disso, vários países passaram a se preocupar em dar a devida atenção a essa categoria de direitos, evidenciando-se, assim, a evolução da concepção de propriedade no decorrer do tempo.

O princípio da função social da propriedade é questão de grande importância no direito, visto as desigualdades existentes na sociedade. Porém, esse princípio eventualmente colide com um direito fundamental também de relevante importância, o direito à propriedade.

Dentre as tantas abordagens sobre as questões de direitos sociais, destaca-se no presente estudo as inerentes à função social da propriedade. A Constituição reconhece o direito à propriedade, porém entende que toda propriedade, rural ou urbana, deve atender a uma função social.

Do não cumprimento da função social podem resultar intervenções do Estado, podendo estas serem de caráter restritivo ou supressivo. Restritivo quando o Estado se limita a impor restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem retirá-la de seu dono, e supressivo quando, por exemplo, o Estado transfere coercitivamente para si a propriedade de terceiro, instituição conhecida por desapropriação.

O Estado possui uma série de instrumentos jurídicos aptos a garantir os direitos sociais, sendo a desapropriação por interesse social, naqueles casos em que a propriedade não cumpre com sua função, uma forma de dar cumprimento às normas constitucionais.

Nas situações fáticas em que é cabível a desapropriação, o Estado, por meio de um processo administrativo, desapropria determinado bem para, então, dar a destinação adequada na forma que cumpra com a função social, principalmente no que tange à desapropriação por interesse social.

A desapropriação por interesse social se mostra como um importante instrumento na concretização de direitos sociais, como o direito à moradia.

Na análise do caso *Bubas*, é possível observar dois momentos. Na liminar, pode-se observar que o magistrado da 2ª Vara Cível manteve um posicionamento tradicional inerente à posse da propriedade, como direito fundamental individual, de uso exclusivo, tendo determinado a reintegração, uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos em lei. Num segundo momento, após a declaração de incompetência da Vara Cível e determinada a remessa dos autos do processo à 2ª Vara da Fazenda Pública, no momento da sentença, entendeu o magistrado que a ocupação proporcionou ao bem imóvel uma destinação social, fato que

não era presente antes da ocupação. Mesmo reconhecendo o direito dos autores, compreendeu prevalecer os direitos fundamentais dos réus, em especial o direito à moradia.

Entende-se, nesse sentido, como crucial que o Estado intervenha quando a função social da propriedade não é cumprida, podendo essa intervenção variar de medidas restritivas a formas mais assertivas, como a desapropriação por interesse social.

A desapropriação por interesse social emerge como uma ferramenta significativa na promoção dos direitos sociais, como o acesso à moradia.

O caso Bubas ilustra a importância da análise cuidadosa das circunstâncias específicas. Embora os direitos sociais tenham prevalecido, destaca-se a necessidade de uma atuação mais efetiva do Estado na gestão de instrumentos disponíveis para evitar problemas sociais semelhantes.

Em suma, a pesquisa ressalta a necessidade de equilibrar os direitos individuais de propriedade com as demandas coletivas da função social da propriedade, buscando assegurar uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. de M. Direitos sociais. In: MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F.; NASCIMENTO, C. V. do (coords.) *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1. p. 512-555.

AGUIAR JÚNIOR, R. R. de (coord.) *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2024.

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011a.

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito constitucional descomplicado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011b.

ALVES, J. C. M. *Direito romano*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AZEVEDO, Á. V. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, C.; SÁ, A. *Direito administrativo facilitado*. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 28 mai. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 mai. 2024.

BRASIL. *Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962*. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4132.htm. Acesso em: 28 mai. 2024.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 28 mai. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 28 mai. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 mai. 2024.

CARNACCHIONI, D. E. B. *Manual de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: SaraivaJur, 2024. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620241/>. Acesso em: 26 ago. 2024.

CARVALHO, M. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVEDON, F. de S. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

COELHO, F. U. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DANTAS, P. R. de F. *Direito processual constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DUGUIT, L. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires, Heliasta, 1975.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil: direitos reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: SaraivaJur, 2023, v. 5. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625952/>. Acesso em: 26 ago. 2024.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 5.

JUSTIÇA decide que Estado terá de indenizar proprietário do imóvel da "Ocupação Bubas". *Rádio Cultura*, Foz do Iguaçu, 18 setembro 2019. Disponível em: <https://www.radioculturafoz.com.br/2019/09/18/justica-decide-que-estado-tera-de-indenizar-proprietario-do-imovel-da-ocupacao-bubas/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALDANER, A. T.; AZEVEDO, F. S. G. de. León Duguit e a função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro uma abordagem crítica na perspectiva da história do direito. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS. 24., 2015, Florianópolis. *Publicações...* Florianópolis, CONPEDI, 2015. p. 401-432. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2/pwYDAX1whPOPqf36.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2024.

MARINELA, F. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. reform. e atual. Niterói: Impetus, 2012.

MARQUES, B. F.; MARQUES, C. R. S. *Direito agrário brasileiro*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MATIELLO, F. Z. *Código civil comentado: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MEIRELLES, H. L.; BURLE FILHO, J. E.; BURLE, C. R. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MONTEIRO, W. de B.; MALUF, C. A. D. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORRE o Engenheiro Civil, Francisco Buba Junior, pioneiro de Foz. *Boca Maldita*, Foz do Iguaçu, 4 maio 2020. Disponível em: <https://www.bocamaldita.com/morre-o-engenheiro-civil-francisco-buba-junior-pioneiro-de-foz/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2. Vara). *Ação de Reintegração de Posse 0001128-90.2013.8.16.0030*. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu. Autores: Francisco Buba Junior e Myriam Irene Jacobs Buba. Réus: Maria Solange Felipe e outros. Juiz: Rogério de Vidal Cunha, 2013a. Disponível em: https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/processo/consultaPublica.do?actionType=iniciar. Acesso em: 1 jun. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2. Vara). *Decisão 0001128-90.2013.8.16.0030*. 2ª Vara Cível da Comarca de Foz do Iguaçu. Autores: Francisco Buba Junior e Myriam Irene Jacobs Buba. Réus: Maria Solange Felipe e outros. Juiz: Gabriel Leonardo Souza de Quadros, 22 de janeiro de 2013b. Disponível em: https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/processo/consultaPublica.do?actionType=iniciar. Acesso em: 1 jun. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2. Vara). *Sentença 0001128-90.2013.8.16.0030*. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu. Autores: Francisco Buba Junior e Myriam Irene Jacobs Buba. Réus: Maria Solange Felipe e outros. Juiz: Rogério de Vidal Cunha, 27 de abril de 2017. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_sentenca/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7d88bd1d17bac0727950f67568eb985dbfa4e7647bde638016b0b56b3b4187e1778d208ee4a8dd230399b375839509a210695b135da5677ec. Acesso em: 1 jun. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (17. Câmara Cível). *Apelação Cível 1128-90.2013.8.16.0030*. Apelantes: Francisco Buba Junior e Myriam Irene Jacobs Buba. Apelados: Maria Solange Felipe e outros. Relator: Des. Lauri Caetano da Silva, 10 de abril de 2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000005141761/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001128-90.2013.8.16.0030>. Acesso em: 1 jun. 2024.

PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, v. IV. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994457/>. Acesso em: 26 ago. 2024.

REIG, M. P. Notas para una interpretación de León Duguit (1859-1928): dimensión psicológica y sociológica de su obra jurídica. *Revista de estudios políticos*, n. 157, p. 169-207, 1968.

SCHREIBER, A. *Manual de direito civil contemporâneo*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SaraivaJur, 2024. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620234/>. Acesso em: 26 ago. 2024.

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

SOARES, B. Ocupação do Bubas: a maior ocupação urbana do Paraná. 100 *Fronteiras*, Foz do Iguaçu, 5 dez. 2019.

Disponível em: <https://100fronteiras.com/foz-do-iguacu/noticia/ocupacao-do-bubas-conheca-a-historia-sobre-a-maior-ocupacao-urbana-do-parana/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

TARTUCE, F. *Direito civil: direito das coisas*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VARGAS, Ian Martin. *O papel do Estado e o direito humano à moradia: estudo de caso qualitativo na Ocupação Bubas em Foz do Iguaçu*. 2019. 104 f. Dissertação (Mestrado em Sociedade, Cultura e Fronteiras) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Paraná. Disponível em: https://tede.unioeste.br/bitstream/tede/5070/5/Ian_Martin_Vargas_2020.pdf. Acesso em: 25 ago. 2024.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

A REGRA DO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA CONVENCIONAL DE DIREITOS HUMANOS DA ONU E OS CASOS BRASILEIRO

Thais Magno Gomes de Oliveira*
Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro**

RESUMO

O artigo foi desenvolvido a partir do estudo dos 10 (dez) Comitês de monitoramento ou órgãos de tratados criados ao longo dos anos de funcionamento do Sistema Convencional de Direitos Humanos, promovido pela Organização das Nações Unidas (ONU). A partir das regras do sistema de peticionamento e de casos submetidos aos Comitês com competência sobre o Brasil, ao longo dos últimos 5 anos, em média, analisou-se como vem sendo aplicada a regra do esgotamento dos recursos internos. Ademais, a partir desse levantamento e com realização de busca específica, relativa aos possíveis casos brasileiros já analisados pelos Comitês desde o início do funcionamento do Sistema Convencional de Direitos Humanos, identificaram-se apenas 5 denúncias envolvendo o Estado brasileiro. Portanto, indaga-se se a regra do esgotamento dos recursos internos seria um fator de entrave ao acesso das vítimas de direitos humanos, exemplificativamente, vítimas brasileiras. Do ponto de vista da metodologia, trata-se de uma pesquisa documental e jurisprudencial, com base nos relatórios emitidos pelos Comitês de monitoramento dos últimos 5 (cinco) anos, em média, ampliando-se ou reduzindo esse lapso temporal a depender da quantidade de casos anuais julgados por cada Comitê, a fim de verificar e ou extrair com maior precisão a jurisprudência estabelecida no tocante aos requisitos de admissibilidade de uma petição. Em conclusão, revela-se que a falta de uniformidade na jurisprudência dos Comitês, tende a dificultar o exame de mérito das petições de vítimas de direitos humanos, que se confirma com os poucos casos admitidos na ONU, envolvendo o Estado brasileiro em duas décadas de funcionamento dos mecanismos de denúncia.

Palavras-chave: sistema global de proteção dos direitos humanos; sistema de peticionamento; regra de esgotamentos dos recursos internos.

Data de submissão: 21/06/2024

Data de aprovação: 29/08/2024

* Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFGA), na linha "Constitucionalismo, Políticas Públicas e Direitos Humanos".

** Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2011). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFGA.

THE RULE OF EXHAUST OF INTERNAL RESOURCES IN THE CASE LAW OF THE UN CONVENTIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM AND BRAZILIAN CASES

Thais Magno Gomes de Oliveira
Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro

ABSTRACT

The article was developed from the study of the 10 (ten) monitoring committees or treaty bodies created over the years of operation of the Conventional Human Rights system, supported by the United Nations (UN). From the study of the petitioning system rules and from law cases submitted to the Committees that have jurisdiction over Brazil, in the last 5 years average, it was analyzed how the rule of the exhaustion of domestic remedies has been applied. From this survey, and from specific search related to all possible Brazilian complaints in the Conventional Human Rights system, it was found only 5 petitions involving Brazilian State. Therefore, it is questioned whether the rule of exhaustion of domestic remedies represented an obstacle for human rights victims, especially Brazilians. Through methodologic perspective this is a documentary and law cases research, based on reports issued by the monitoring Committees over the last 5 (five) years, on average, expanding or reducing this period depending on the number of annual cases judged, to establish a relatively consistent established view regarding the admissibility requirements of a petition. In conclusion, it is revealed that the lack of consistent and harmony view in case laws of the Committees tends to create obstacles to the access of human rights victims, who do not have the merits of their complaints analyzed, which can be confirmed by the few cases involving the Brazilian State in two decades of operation of the reporting mechanisms.

Keywords: global system for the protection of human rights; petitioning system; internal resources exhaustion rule.

Date of submission: 21/06/2024

Date of approval: 29/08/2024

INTRODUÇÃO

O direito de provocar um órgão internacional por parte de vítimas de violações de direitos humanos, a fim de se obter um pronunciamento em dado caso concreto, é uma das conquistas mais significativas dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É possível dizer que referido direito do indivíduo no campo internacional é corolário do princípio da proteção efetiva contra violação de direitos, extraído do artigo 8 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Conforme destacou Trindade (2012), o mencionado princípio é uma das provisões chaves por dispor que qualquer pessoa tem direito a um recurso efetivo (*effective remedy*), de modo que o artigo 8 da DUDH (e suas correspondentes provisões em tratados de direitos humanos) estabelece, em última análise, o acesso à justiça como elemento essencial de toda sociedade democrática, para garantir a proteção dos direitos humanos.

Insta destacar que, consoante Dinah Shelton (2005), a palavra *remedy* contém dois conceitos distintos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos: um substantivo e um procedimental. Na primeira acepção, representa a reparação obtida ao final de um procedimento instalado, a partir de uma queixa apresentada a um órgão internacional. Na segunda, *remedy* refere-se ao procedimento pelo qual vítimas de direitos humanos são ouvidas por cortes ou outros órgãos internacionais, a fim de que tomem uma decisão sobre um caso concreto.

Outrossim, na perspectiva de Trindade (1997, p. 8), os tratados de Direitos Humanos, ao determinarem o dever dos Estados de garantir recursos efetivos a toda pessoa, cujos direitos tenham sido violados, conferem uma função de suma importância aos tribunais internos, posto que têm em si confiada a proteção primária dos Direitos Humanos, bem como dão sustento a propalada subsidiariedade do processo legal internacional.

Nesse contexto, frisa-se que tal perspectiva de subsidiariedade ou complementariedade do processo internacional de proteção dos direitos humanos é reforçada pelas previsões normativas, que determinam a necessidade de esgotamento dos recursos internos por parte das vítimas de direitos humanos, conforme disposto no artigo 2 do Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Isso porque, como bem sublinhou Trindade (1997), um dos aspectos da interação entre direito interno e Direito Internacional está justamente nos dispositivos previstos nos tratados de direitos humanos que, de um lado, preveem o dever dos Estados de garantir recursos internos eficazes e, de outro, estipulam a obrigação dos indivíduos reclamantes de esgotá-los.

Apesar do Brasil estar submetido à competência dos Comitês de monitoramento do Sistema Global de Direitos Humanos (Sistema ONU) para análise de queixas há mais de 20 (vinte) anos (Comitê para Eliminação da Discriminação Racial, CERD; Comitê de Direitos Humanos, HRC ou CCPR; Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, CEDAW; Comitê contra a Tortura, CAT), apenas 5 (cinco) petições individuais foram registradas no sistema, sendo que apenas 2 (duas) tiveram análise de mérito: caso *Alyne Pimentel*, no

CEDAW, e caso Lula da Silva, no CCPR. As demais reclamações possuem em comum a inadmissibilidade, em razão de não preencherem a preliminar referente à necessidade de esgotamento dos recursos internos.

Nessa linha, considera-se relevante a seguinte indagação: como os Comitês de monitoramento do Sistema Global de Direitos Humanos têm se manifestado com relação ao requisito preliminar do esgotamento dos recursos internos? Quais foram as argumentações explanadas nos casos brasileiros sobre o esgotamento de recursos internos admitidos e inadmitidos?

Com vistas a responder a essas perguntas, utilizando-se do método dedutivo, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, baseada, sobretudo, na jurisprudência dos Comitês de monitoramento do Sistema ONU com competência sobre o Brasil. Tal recorte ocorre em razão de serem esses os órgãos capazes de emitir decisões aptas a suscitar a responsabilidade internacional do Brasil por violação de Direitos Humanos em casos concretos.

Na primeira seção, estuda-se a regra do esgotamento dos recursos internos, sua origem e conceito. Em seguida, analisa-se como os Comitês de monitoramento da ONU vem firmando sua jurisprudência em relação a esse requisito de admissibilidade, com base nos relatórios emitidos pelos últimos 5 (cinco) anos, em média, ampliando-se ou reduzindo esse lapso temporal a depender da quantidade de casos anuais julgados, a fim de extrair uma jurisprudência relativamente sólida, no tocante aos requisitos de admissibilidade de uma petição. Por fim, examina-se por meio dos casos brasileiros, como o posicionamento dos Comitês vem afetando as vítimas e, nesse ponto, verifica-se que a regra não tem tido aplicação uniforme. Em conclusão, revela-se a falta de uniformidade na avaliação desse requisito de admissibilidade no Sistema Convencional e que há barreiras para as vítimas de direitos humanos garantirem proteção por meio desse sistema, que se confirma com os poucos casos envolvendo o Estado brasileiro em duas décadas de funcionamento dos mecanismos de denúncia.

1 O ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS COMO REGRA DE ADMISSIBILIDADE PARA ANÁLISE DE PETIÇÕES INDIVIDUAIS DE VÍTIMAS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

A regra do esgotamento dos recursos internos (requisito de admissibilidade) deriva, em um contexto mais amplo, do dever de não-intervenção dos Estados em suas relações internacionais, favorecendo um ambiente internacional mais harmônico (Trindade, 1986).

Em seu cerne, tal regra revela a natureza coadjuvante e complementar da proteção internacional dos direitos humanos, possuindo como antecedentes a prática de represálias (nos séculos IX a XVII) e, posteriormente, à proteção diplomática de nacionais em território estrangeiro (cláusula Calvo) (Trindade, 1986).

Sua evolução histórica revela, portanto, um caráter preventivo, *conditio sine qua non*, em demonstração de respeito à soberania, autorizando os Estados a somente tomarem como suas as queixas de seus nacionais contra Estados estrangeiros, quando verificado o exaurimento dos recursos de jurisdição interna,

o que para a Corte Internacional de Justiça representa uma regra embasada no costume internacional (Faúndez Lesdema, 2007; Trindade, 1986).

Consoante Faúndez Ledesma (2007), o requisito do esgotamento objetiva assegurar que o próprio Estado tenha a oportunidade de remediar uma situação de violação de direitos humanos, caso tenha ocorrido, bem como impõe ao ente estatal, o dever de garantir um aparato judicial que funcione e contemple recursos apropriados para proteger os indivíduos.

Ademais, como destaca Trindade (1998, p. 17) o tema do esgotamento dos recursos internos tem sido objeto de construção jurisprudencial, indicando que a *rationale* na proteção dos Direitos Humanos vem embasada, dentre outros pontos, no teste da eficácia dos recursos internos disponíveis, bem como na distribuição (*shifting*) entre as partes do ônus de provar o exaurimento destes recursos perante o órgão internacional, “com maior ônus recaindo nos Estados demandados”.

Nesse sentido, a fim de corroborar se subsiste nos Comitês de monitoramento da ONU a mesma *rationale* de proteção dos Direitos Humanos verificada por Trindade (1998) há duas décadas, na seção seguinte estuda-se os pronunciamentos desses órgãos.

2 O ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NOS COMITÊS DE MONITORAMENTO DO SISTEMA ONU

De acordo com Rodley (2003), acompanhado por Alston e Crawford (2003), o Sistema Global ou Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (também chamado de “Sistema ONU”) pode ser subdividido em dois grandes ramos ou sistemas: Sistema Extraconvencional, ou “Sistema com base na Carta” (*Charter-based*), e Sistema Convencional ou Sistema de Órgãos de Tratados (*treaty-based bodies*), os quais possuem órgãos e procedimentos distintos.

O Sistema *Charter-based* congrega órgãos e procedimentos que são criados a partir de Resoluções editadas com fundamento jurídico direto da Carta da ONU, vinculando todos os Estados-membros das Nações Unidas, independentemente de ratificação ou adesão a novos tratados internacionais, ou seja, os mecanismos do Sistema *Charter-based* têm suas bases em normas de *soft law* que, como explica Villegas Ergueta (2015), descrevem uma variedade de normas não juridicamente vinculantes, ao se comparar com as fontes tradicionais do Direito Internacional¹.

¹As fontes tradicionais (*hard law*) do Direito Internacional estão registradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: tratados internacionais; costume internacional; princípios gerais de Direito; e, como meios auxiliares, as decisões judiciais e a doutrina (Rezek, 2022; Villegas Ergueta, 2015).

A seu turno, o Sistema Convencional é formado por 9 (nove) tratados internacionais principais²(*the core Human Rights treaties*) e por Protocolos Facultativos, os quais preveem distintos mecanismos de fiscalização dos Estados a cargo de cada Comitê de monitoramento estabelecido a partir do respectivo tratado, dentre os quais se destaca o procedimento intitulado de Comunicações individuais, apto a examinar queixas ou denúncias de vítimas de Direitos Humanos (O'Flaherty; O'Brien, 2007; Egan, 2013; Estrada Tanck, 2021; Ramos, 2019).

De acordo com Mégret e Alston (2020), bem como o Folheto Informativo nº 30, produzido pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (2012), são 10 (dez) os Comitês de monitoramento do Sistema ONU:

- 1) Comitê para Eliminação da Discriminação Racial (CERD);
- 2) Comitê de Direitos Humanos (CCPR);
- 3) Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR);
- 4) Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW);
- 5) Comitê contra a Tortura (CAT);
- 6) Subcomitê para Prevenção da Tortura (SPT);
- 7) Comitê sobre os Direitos da Criança (CRC);
- 8) Comitê para a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas famílias (CMW);
- 9) Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRPD);
- 10) Comitê contra o Desaparecimento Forçado (CED).

A partir de uma análise da jurisprudência dos Comitês de monitoramento com competência sobre o Brasil para análise de queixas individuais (denúncias), quais sejam: CCPR, CERD, CEDAW, CAT, CRC e CRPD, com relação a regra do esgotamento dos recursos, é possível extrair alguns padrões e, por vezes, entendimentos ainda não tão bem sedimentados e mesmo destoantes da doutrina acima mencionada, como por ora se começa a estudar.

Dentre os diversos casos concretos analisados, destaca-se que no caso Tharu e Kamari Tharuni vs. Nepal³, o CCPR mencionou existir jurisprudência no sentido de que não é necessário esgotar os recursos internos perante órgãos não judiciais para cumprir os requisitos do artigo 5.2, "b" do Protocolo Facultativo⁴. Assim, o Comitê refutou o argumento do Estado de que o autor não havia esgotado

² A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965; o Pacto Internacional sobre Cívicos e Políticos (PIDCP), de 1966; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 1984; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989; Convenção sobre a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e suas famílias, de 1990; Convenção para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006, e a; Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, de 2007.

³ Decisão adotada em 14 de março de 2022. Ver também Comunicação n.º 3199/218.

⁴ O artigo 5.2, "b" dispõe que o Comitê não examinará nenhuma comunicação sem se certificar que o indivíduo esgotou os recursos internos disponíveis, sendo esta regra inaplicável quando a aplicação desses recursos é injustificadamente prolongada.

os recursos internos, concluindo que a Comissão da Verdade e Reconciliação (órgão de justiça de transição) não constituiria um recurso efetivo para os autores.

No caso *B.D.K. e outros vs. Canadá*⁵, o CCPR observou que, de acordo com o Estado-parte, as reivindicações da autora nos termos do artigo 13 do Pacto⁶ deviam ser consideradas inadmissíveis porque ela poderia ter contestado sua situação em âmbito interno por meio de um pedido de autorização, solicitando revisão judicial ao Tribunal Federal. Todavia, avaliou o Comitê que o recurso mencionado pelo Estado-parte não cobria todos os aspectos das reivindicações da autora na forma do mencionado dispositivo, e portanto, não lhe impedia de examinar o mérito de sua queixa.

Ademais, com relação aos demais direitos reivindicados pela autora em sua comunicação, o CCPR observou que o Canadá não contestou o esgotamento dos recursos internos, por conseguinte não havia impedimento ao exame do mérito.

No caso *Postnov vs. Bielorrússia*⁷, o CCPR ressaltou que o Estado-parte alegou ser a petição inadmissível por falta do esgotamento dos recursos internos, sem contudo informar quais seriam os recursos disponíveis que não foram exauridos pelo peticionante. Nessas circunstâncias, segundo o Comitê, o artigo 5.2, "b" de seu Protocolo Facultativo não lhe eximia de aferir o mérito da demanda.

Assim, consoante a jurisprudência do CCPR, nota-se: (i) que recursos que não contemplem em sua integralidade todos os direitos pleiteados pelo autor, nos termos do tratado internacional, não constitui um recurso eficaz; (ii) o exaurimento de vias administrativas não é um imperativo na regra do esgotamento dos recursos internos e; (iii) o ônus de provar que existem recursos internos disponíveis e não utilizados pelo peticionante é do Estado-parte demandado.

Interessante ainda destacar que no caso *Seylum vs. Bielorrússia*⁸, o CCPR ratificou sua jurisprudência no sentido de que a interposição de pedidos de revisão de uma decisão judicial ao Presidente de um tribunal, cujo juízo seja discricionário, constitui um recurso extraordinário, sendo necessário que o Estado-parte demonstre que existe uma perspectiva razoável de ser este um meio eficaz nas circunstâncias do caso. No respectivo impasse, o CCPR entendeu que a Bielorrússia não havia apresentado qualquer prova nesse sentido e, por conseguinte, o Comitê considerou terem sido esgotados os recursos internos eficazes.

Nessa linha, o Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CRPD), no caso *V.F.C. vs. Espanha*⁹, citando a jurisprudência do CCPR, sublinhou que somente os recursos que tenham possibilidades razoáveis de prosperar é que devem ser esgotados pelo peticionante, na forma do artigo 2, "d" do Protocolo

⁵ Decisão adotada em 19 de março de 2019. Ver também Comunicação n.º 3041/2017.

⁶ O artigo 13 do PIDCP assim dispõe: "Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham [...]".

⁷ Ver também Comunicação n.º 2361/2014.

⁸ Ver também Comunicação n.º 2840/2016.

⁹ Ver também Comunicação n.º 34/2015.

Facultativo¹⁰. *In casu*, o Estado-parte não esclareceu em que medida a apresentação de um recurso de nulidade perante o Superior Tribunal de Justiça da Catalunha tinha alguma chance de prosperar, haja vista que já havia se pronunciado sobre as queixas do autor. Assim, o CRPD concluiu que o peticionante cumpriu com o requisito do esgotamento dos recursos internos, uma vez que o Estado-parte falhou em demonstrar que a ação de nulidade era um recurso efetivo, nas circunstâncias do caso, para proteger os direitos invocados pelo autor perante o Comitê.

No caso *Rékasi vs. Hungria*¹¹, o CRPD sublinhou que o Estado-parte alegou a falta de esgotamento dos recursos internos sem, contudo, especificar quais recursos deviam ter sido apresentados pela autora para atender às reclamações levadas ao Comitê. Por conseguinte, o CRPD concluiu que a autora não tinha recursos internos efetivos para buscar a proteção dos direitos alegados com base no artigo 12.3, 12.4 e 12.5 da Convenção¹².

Na mesma linha, no caso *N.R. vs. Paraguai*¹³, o CRC sublinhou que o Estado-parte não especificou de como um possível (novo) recurso apresentado à Suprema Corte de Justiça podia ser considerado efetivo e adequado às circunstâncias do autor. Por consequência, e observando as informações prestadas pela parte, o Comitê considerou terem sido esgotados os recursos internos para efeito de admissibilidade da comunicação.

Seguindo uma direção em parte distinta das ao norte apresentadas, o CEDAW destacou, no caso *A. vs. Federação Russa*¹⁴, que o Estado-parte não questionou a afirmação da autora de que se haviam esgotado os recursos internos. Todavia, observou através das informações prestadas pela peticionante que o mérito das questões levadas ao Comitê não tinham sido apreciados pelos tribunais internos e, nesse diapasão, recordou sua jurisprudência no sentido de ser necessário que o mérito tenha sido enfrentado em nível nacional, proporcionado às autoridades ou tribunais a oportunidade de examiná-las.

Por conseguinte, o CEDAW concluiu pela inadmissibilidade do pleito, em razão da falta de esgotamento dos recursos internos, mesmo não tendo o Estado-parte questionado a afirmação da autora quanto a seu exaurimento.

Já no caso *K.I.A. vs. Dinamarca*¹⁵, o CEDAW também destacou o fato de que o Estado-parte não refutou a admissibilidade da comunicação com base na falta de esgotamento dos recursos internos, pautando sua análise nas informações prestadas pela autora. Nesta senda, o CEDAW notou que consoante os dados

¹⁰ Segundo dispõe o artigo 2, "d" do Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Comitê "considerará inadmissível a comunicação quando não tenham sido esgotados todos os recursos internos disponíveis, salvo no caso em que a tramitação desses recursos se prolongue injustificadamente, ou seja, improvável que se obtenha com eles solução efetiva".

¹¹ Decisão adotada em 06 de setembro de 2021. Comunicação n.º 44/2017.

¹² No caso, a autora denunciava o Estado por violações aos artigos 3 (princípios gerais) e 12.3, 12.4 e 12.5 (reconhecimento igual perante a lei) da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

¹³ Decisão adotada em 03 de fevereiro de 2020. Ver também Comunicação n.º 30/2017.

¹⁴ Decisão adotada em 23 de fevereiro de 2022. Ver também Comunicação n.º 137/2018.

¹⁵ Decisão adotada em 04 de novembro de 2019. Ver também Comunicação n.º 82/2015.

apresentados pela peticionante, a decisão do órgão no qual a cidadã tinha pleiteado sua queixa não era sujeito a recurso perante os tribunais nacionais. Assim, ante tais considerações, o CEDAW concluiu que estava preenchido o mencionado requisito de admissibilidade.

Desta feita, observa-se que o CEDAW, em que pese o Estado-parte não arguir a falta do esgotamento dos recursos internos, não considera como precluída e aceita esta condição para prosseguir ao exame do mérito. Seu posicionamento é no sentido de averiguar detidamente a afirmação prestada pela autora, com base nas informações fornecidas sobre os recursos interpostos.

No caso *I.K. vs. Noruega*¹⁶, o CAT destacou que, consoante sua jurisprudência, uma vez esgotado sem sucesso um recurso, não deve ser obrigatório, para os fins do artigo 22.5, "b", da Convenção, exaurir outros meios fundamentalmente voltados para o mesmo fim e que, em todo caso, não ofereceriam maiores chances de sucesso.

In casu, o CAT obervou que o autor havia apresentado uma reclamação a um órgão civil norueguês, bem como interposto recurso, sendo que a decisão do pleito apelatório pelo Diretor Geral do Ministério Público era impassível de revisão por outra autoridade pública.

De acordo com os argumentos do Estado-parte, o autor não havia esgotado os recursos internos, pois ele poderia ter ingressado com uma queixa privada contra os agentes suspeitos, quando o Diretor Geral do Ministério Público decidiu não investigar o assunto, bem como podia ter apresentado uma denúncia diretamente na polícia ou peticionado na via ordinária civil, pleiteando uma indenização do Estado.

Assim, observa-se que o Estado-parte alegou a falta de esgotamento dos recursos internos, apontando efetivamente quais os recursos disponíveis ao autor para remediar a situação no âmbito interno. No entanto, em uma linha diferente do apontado pelos órgãos de tratados, acima destacados, que sublinham a necessidade de o Estado indicar quais seriam os recursos a serem exauridos, a fim de considerar válida tal objeção, o CAT rejeitou o argumento do Estado. Ademais, segundo sublinhou o Comitê, não havia necessidade de esgotar todos os meios administrativos ou judiciais internos disponíveis antes de apresentar uma denúncia ao Comitê.

3 OS CASOS BRASILEIROS NOS COMITÊS DE MONITORAMENTO E O ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS

Como mencionado alhures, existem somente 5 (cinco) registros de queixas ou denúncias no mecanismo de Comunicações Individuais contra do Brasil, sendo que três foram inadmitidas, dentre outros critérios, em razão do não esgotamento dos recursos internos.

Como o objetivo do presente estudo é avaliar a forma como os Comitês vêm tratando de modo específico essa preliminar de mérito, furta-se aqui a examinar de maneira aprofundada as demais questões controvertidas e debatidas no caso,

¹⁶ Ver também Comunicação n.º 678/2015.

mencionando-se, por vezes, alguns pontos que mereceram destaque pela maneira particular como foram, ou não, conduzidos pelos Comitês.

3.1 CASO S.C. VS. BRASIL¹⁷

O caso S.C. contra Brasil foi registrado no Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no dia 02/11/2012. A autora da comunicação denunciou o Brasil por violação aos direitos contidos no artigo 3 “b” e “e” (princípios gerais a não discriminação e a igualdade de oportunidades); artigo 4.1 “a”, “b”, “d” e “e” (obrigações gerais)¹⁸; artigo 5.1 e 5.2 (direito à igualdade e não discriminação); e artigo 27.1 “a” e “b” (direito ao trabalho e ao emprego) da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Dentre os argumentos da autora, Estado brasileiro violou seus direitos assegurados na Convenção, porque as medidas adotadas por seu empregador (Banco do Brasil) e apoiadas pelos tribunais nacionais limitavam as oportunidades das pessoas com deficiência, destacando que a política interna do Banco do Brasil fomentava a discriminação ao determinar que se rebaixasse a categoria de todo empregado sob licença médica durante mais de 3 (três) ou mais de 6 (seis) meses.

Em suas observações apresentadas ao Comitê sobre a admissibilidade da petição, o Brasil defendeu que a denúncia era inadmissível *ratione materiae*, porque a autora não teria uma deficiência, segundo a definição da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009). Arguiu que enquanto a Convenção define a deficiência como uma incapacidade de longo prazo, os profissionais do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) diagnosticaram a autora com uma incapacidade temporária.

O Estado brasileiro também aduziu ser a queixa inadmissível, porquanto a autora não havia fundamentado suficientemente suas alegações de que a política de rebaixamento era discriminatória, haja vista que ela se aplicava indistintamente a todos os empregados do banco. Arguiu, por fim, a falta de esgotamento dos recursos internos, já que a autora apresentou uma demanda sobre sua redução salarial, mas não sugeriu perante os tribunais que o rebaixamento de sua categoria estava relacionado a sua condição de pessoa com deficiência.

¹⁷ Ver também Comunicação n.º 10/2013.

¹⁸ Artigo 4.1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;

b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;

d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;

e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009).

Nesse impasse, o CRPD, em relação à preliminar *ratione materiae*, enfatizou que segundo o art. 1 da Convenção, pessoas com deficiência “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (parágrafo 6.3).

Assim, de acordo com o CRPD, o caso posto sob sua análise permitia que o Comitê chegasse ao entendimento de que o impedimento físico da autora, ao interagir com outras barreiras, impedia-lhe de fato de participar de forma plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Conforme o CRPD, a diferença entre enfermidade e deficiência é uma diferença de grau e não de caráter. Segundo o Comitê, um problema de saúde que em princípio se considera uma doença pode se converter em uma deficiência no contexto das “incapacidades”, em consequência da duração ou de seu caráter crônico. Portanto, num modelo de deficiência baseado nos Direitos Humanos se exige que se leve em conta tanto a diversidade de pessoas com deficiências (considerando “i” do preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência)¹⁹ quanto a interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras oriundas das atitudes e entorno (considerando “e” do preâmbulo)²⁰. Dessa forma, o CRPD concluiu que em relação ao requisito *ratione materiae*, não havia óbices ao prosseguimento do mérito da comunicação (parágrafo 6.3).

Em relação ao exame do esgotamento dos recursos internos por parte da autora da denúncia, o CRPD validou a alegação do Estado de que esses não foram exauridos, uma vez que a autora não suscitou perante os tribunais brasileiros a questão de seu rebaixamento de categoria no banco ser relacionada a algum tipo de deficiência.

Nesse contexto, o Comitê tomou nota de que a autora informou que apresentou recurso ao Tribunal Superior do Trabalho (TST), com alegações relacionadas a direitos previstos na Convenção e que este fora rejeitado, sem exame de mérito, porque a petionante não estava representada por um advogado, como exige a lei brasileira.

Outrossim, o CRPD observou os esclarecimentos prestados pela autora de que ela havia solicitado assistência jurídica gratuita, sendo-lhe negado pelo não preenchimento dos requisitos legais e que, ao entrar em contato com um advogado privado, este se recusou a assumir o caso.

Antes tais considerações, o Comitê destacou que a autora não esclareceu o porquê não tinha possibilidade de constituir outro advogado privado e, por conseguinte, concluiu que não podia examinar o mérito da comunicação, em razão da falta de esgotamento dos recursos internos, na forma do art. 2 “d” do Protocolo Facultativo (parágrafo 6.5).

¹⁹ “i) Reconhecendo ainda a diversidade das pessoas com deficiência;” (Decreto n.º 6.949, 2009; Preâmbulo).

²⁰ “e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (Decreto n.º 6.949, 2009; Preâmbulo).

Assim, verifica-se que tal como o CEDAW, o CRPD analisa detidamente as informações prestadas pelo peticionante, a fim de verificar se houve de fato tentativa de exaurir os recursos internos disponíveis e eficazes a solução do caso. Isto é, o Comitê analisa se o indivíduo arguiu perante os órgãos internos a questão levada a sua apreciação, bem como considera relevante que a suposta vítima envide esforços genuínos de esgotá-los, não o fazendo levemente.

3.2 CASO F.O.F. VS. BRASIL

O caso F.O.F. vs. Brasil foi registrado no CRPD no dia 21 de dezembro de 2016, tendo o Comitê deliberado acerca da denúncia em seu 23º período de sessões, adotando sua decisão em 02 de setembro de 2020.

O autor da comunicação denunciou o Brasil por violações aos artigos 2, 5, 13, 17, 25 e 27.1 "a", "b" e "i" da Convenção, relativos aos direitos a não discriminação, acesso à justiça, proteção à integridade, direito à saúde e ao trabalho.

Outrossim, o peticionante solicitou a adoção de medidas cautelares, para que seu empregador efetuasse ajustes em sua jornada de trabalho, a fim de que ele pudesse realizar fisioterapia prevenindo a deterioração de sua saúde.

No dia 16 de março de 2017, o Relator Especial para o exame de comunicações, atuando em nome do CRPD, requisitou ao Estado brasileiro a adoção de medidas cautelares. No entanto elas não foram atendidas, de modo que, em 03 de abril de 2018, elas foram novamente solicitadas.

Ao analisar os requisitos de admissibilidade da comunicação, o CRPD sublinhou que Estado argumentou que o peticionante não esgotou os recursos internos, porém não apontou quais seriam as vias que o autor deixou de utilizar (parágrafo 8.3).

De outra sorte, ponderou a informação prestada pelo autor de que ainda que pudesse haver outros recursos disponíveis, estes poderiam se prolongar injustificadamente ou seria pouco provável que viessem a evitar a deterioração de sua saúde, bem como não justificou porque não ingressou com uma demanda judicial quando foi informado pelo Ministério Público do Trabalho que sua demanda devia ser apresentada via judicial, não administrativa.

Levando em conta as considerações ao norte, o CRPD recordou sua jurisprudência, bem como a do Comitê de Direitos Humanos (CCPR)²¹, segundo a qual, ainda que não haja necessidade de esgotamento de recursos que não tenham possibilidades razoáveis de prosperar, o peticionante deve exercer a diligência devida para socorrer-se dos recursos disponíveis e que meras dúvidas ou suposições de sua inefetividade não eximem o autor de persegui-los (parágrafo 8.4).

No caso, o CRPD observou que o autor apresentou uma reclamação no Ministério Público do Trabalho, relatando a falta de ajustes razoáveis, a fim de possibilitá-lo a realizar fisioterapia, tendo sido informado que a via adequada

²¹ O CRPD citou os casos D. L. vs. Suécia (Comunicação n.º 31/2015); E. O. J. e outros vs. Suécia (Comunicação n.º 28/2015); bem como mencionou os casos García Perea e García Perea vs. Espanha (Comunicação n.º 1511/2006), Zsolt Vargay vs. Canadá (Comunicação n.º 1639/2007) e V. S. vs. Nova Zelândia (Comunicação n.º 2072/2011) do Comitê de Direitos Humanos.

para seu pleito era judicial, não administrativa. Contudo, o peticionante não levou o assunto aos tribunais. Por conseguinte, o CRPD concluiu que não houve o esgotamento dos recursos internos com relação aos artigos 17, 25 e 27.1 “i” c/c artigo 2 da Convenção (parágrafos 8.4 e 8.5)

Em relação aos demais pleitos do autor, o CRPD concluiu pela sua inadmissibilidade, em virtude de estarem as alegações precariamente fundamentadas, com narrativa genérica e sem maiores explicações de como ele teria sido afetado pelas condutas do Estado ou como as decisões judiciais violaram seus direitos.

Com efeito, recordou o CRPD que, segundo sua jurisprudência, cabe aos tribunais nacionais avaliarem fatos e provas, devendo o Comitê excepcionalmente fazer este exame quando restar evidente, no caso particular, que os órgãos locais atuaram de forma arbitrária ou de modo equivalente a uma denegação de justiça (parágrafo 8.7).²²

Interessante destacar que não houve qualquer manifestação do CRPD quanto ao não atendimento pelo Brasil das solicitações de medidas provisórias não atendidas. Sobretudo, chama atenção que o Comitê, apesar de constatar que o Estado não indicou quais os recursos deveriam ter sido esgotados pelo peticionante, ônus que em tese lhe recairia, conforme se extrai de seu próprio posicionamento no caso *Rékasi vs. Hungria*, ainda sim inadmitiu a comunicação com base na falta de diligência da vítima no âmbito interno.

Outrossim, cumpre trazer à lume que a interpretação do CRPD em relação a não objeção de outras preliminares de mérito o conduziu, a concluir pela admissibilidade da comunicação. Assim, no caso *Henley vs. Austrália*²³, o Comitê sublinhou que “À vista de que o Estado-parte não levantou outras objeções quanto às reclamações sob o artigo 9.1 ‘b’ e artigo 30.1 ‘b’, lidos em conjunto com o artigo 4.1 e 4.2, da Convenção” (tradução nossa)²⁴, considerava esta parte da comunicação admissível²⁵.

Desta feita, observa-se que a análise do CRPD é casuística e destoou do padrão jurisprudencial; como no caso brasileiro o peticionante foi detalhista em suas informações sobre os recursos internos existentes, acabou por fornecer conteúdo suficiente para o Comitê concluir que ele não foi diligente e indeferir a admissão de sua denúncia.

²² O CRPD citou os casos *Jungelin vs. Suécia* (comunicação n.º 5/2011), *A. F. vs. Itália* (Comunicação n.º 9/2012) e *Bacher vs. Áustria* (Comunicação n.º 26/2014), todos de sua jurisprudência.

²³ Comunicação n.º 56/2018.

²⁴ “The Committee notes that the State party has raised no other objections to the admissibility of the author’s claims under articles 9 (1) (b) and 30 (1) (b), read in conjunction with article 4 (1) and (2), of the Convention. Accordingly, it declares those parts of the communication admissible and proceeds with its consideration of the merits.” (UNITED NATIONS, CRPD, case *Henley vs. Austrália*, 2022, §9.6).

²⁵ No caso, a autora denunciou o Estado-parte por violações aos direitos contidos nos artigos 4.1 e 4.2; artigo 5.3; artigo 9.1 “b” e artigo 30.1 “b” da Convenção. Em suas manifestações, o Estado-parte argumentou não ser admissível a comunicação pela falta de esgotamento de recursos internos, bem como, especificamente sobre as reclamações da autora no tocante ao artigo 5.3, pela precariedade de fundamentação.

3.3 CASO CHIARA SACCHI, GRETA THUNBERG E OUTROS VS. BRASIL²⁶

O caso Chiara Sacchi, Greta Thunberg e outros vs. o Brasil foi submetido ao Comitê sobre os Direitos da Criança (CRC), em 23 de setembro de 2019, sendo as vítimas representadas por advogados da ONG *Earthjustice*. O Comitê apreciou a admissibilidade e o mérito da comunicação conjuntamente, tomando sua decisão em 22 de setembro de 2021.

Os peticionantes alegaram violações aos artigos 6, 24 e 30, lidos em conjunto com o artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Em essência, os autores da comunicação defenderam que por não prevenir nem mitigar as consequências das mudanças climáticas, os Estados violaram seus direitos à vida, saúde e ao direito de crianças de minorias étnicas ou religiosas ou linguísticas de praticar sua própria cultura, idioma e religião.

Em 20 de janeiro de 2020, o Brasil apresentou suas observações e sustentou, em síntese, que faltava jurisdição ao Comitê, que a denúncia era mal fundamentada e que não haviam se esgotado os recursos internos.

À vista de todas as informações prestadas, o CRC analisou os pontos controvertidos referente aos requisitos de admissibilidade, utilizando-se da jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos (CCPR) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) relativas à jurisdição extraterritorial, asseverando, entretanto que ela fora desenvolvida e aplicada em situações muito distintas do caso em apreço (parágrafo 10.4).

Nesse sentido, o CRC concluiu que quando ocorre um dano transfronteiriço, as crianças estão sob a jurisdição do Estado em cujo território se originou as emissões de carbono para os efeitos do art. 5, parágrafo 1º do Protocolo Facultativo, desde que haja um vínculo causal entre as ações ou omissões do Estado (que exerça um controle efetivo sobre as fontes de emissão) e o impacto negativo sobre os direitos da criança situada fora de seu território.

Outrossim, o CRC considerou que é geralmente aceito e avaliado pela ciência as emissões de carbono dos Estados contribuem para a mudança climática e que este tem um efeito adverso no desfrute das pessoas tanto dentro quanto fora do território do Estado-parte. Nesse passo, o Comitê entendeu que dada à capacidade de regular as fontes das emissões de carbono, o Estado brasileiro possui controle efetivo das atividades que contribuem para causar um dano razoavelmente previsível às crianças fora de seu território.

Em relação à questão da condição de vítima, o CRC considerou que por se tratar de crianças, os autores se veem especialmente afetados pela mudança climática, tanto pela forma como experimentaram seus efeitos, como pela possibilidade da mudança climática poder afetá-los ao longo da vida, caso não se tomem medidas imediatas. A seca ameaça à segurança jurídica de alguns autores, os incêndios florestais com a conseqüente fumaça agravaram a asma de outros e etc. (parágrafo 10.13).

²⁶ Ver também Comunicação n.º 105/2019.

Assim, o CRC conclui os autores justificaram suficientemente a comunicação para efeitos de se estabelecer a jurisdição do Estado, bem como experimentaram um dano real e significativo, demonstrando sua condição de vítimas. Por conseguinte, o Comitê afirmou que o art. 5.1 do Protocolo Facultativo²⁷ não era óbice para o exame da comunicação.

Por outro lado, o CRC concluiu que os autores da comunicação não esgotaram os recursos internos. Para o Comitê, os autores não apresentaram outras explicações do motivo pelo qual deixaram de interpor os recursos disponíveis apontados pelo Estado, tão somente justificaram que não o fizeram por considerarem que não haveria possibilidade de alcançarem a tutela específica pretendida.

Nesse diapasão, o CRC reiterou o posicionamento de que meras dúvidas ou suposições sobre a possibilidade dos recursos prosperarem ou sobre a efetividade deles, não eximem os autores da obrigação de esgotá-los²⁸. Outrossim, sublinhou que os peticionantes argumentaram que os procedimentos internos do Estado se prolongariam injustificadamente, mas não trouxeram informações concretas que justificassem porque tais recursos se prolongariam ou porque não seriam efetivos (parágrafo 10.17). Assim, o CRC concluiu pela inadmissibilidade da comunicação.

3.4 CASO LOURDES DA SILVA PIMENTEL VS. BRASIL²⁹

O caso Lourdes Maria da Silva Pimentel foi a primeira petição brasileira a ser registrada no Sistema Convencional de Direitos Humanos. A autora da comunicação apresentou a denúncia em nome de sua filha falecida, Alyne da Silva Pimentel Teixeira, tendo sido representada pelo Centro de Direitos Reprodutivos e Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos.

Na denúncia, a autora alegou que o Estado brasileiro violou os direitos à vida e a saúde de sua filha Alyne, previstos nos artigos 2 e 12 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Em síntese, a autora narrou que sua filha faleceu em razão do não atendimento adequado nos serviços de saúde, uma vez que seu óbito foi decorrência de uma série de erros que levaram a uma hemorragia interna após a realização do procedimento de curetagem.

Em 13 de agosto de 2008, o Estado brasileiro apresentou suas observações sobre a admissibilidade e o mérito da denúncia. Na ocasião, o Brasil reconheceu que a situação vulnerabilizada das vítimas necessitava de atenção médica individualizada, mas sublinhou que não houve nenhuma negativa de tratamento, em razão de faltas de políticas públicas ou ausência de medidas de combate à discriminação.

Com relação às alegações de violação aos artigos 2 e 12 da Convenção citada, o Estado destacou que estão em desenvolvimento políticas públicas

²⁷ Art. 5.1 do Decreto Legislativo n.º 85/2017: "As comunicações poderão ser apresentadas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome de pessoas ou grupos de pessoas, sujeitas à jurisdição de um Estado parte, que afirmem ser vítimas de uma violação cometida por esse Estado parte [...]".

²⁸ Neste espeque, o CRC invocou o caso D.C. vs. Alemanha (Comunicação n.º 60/2018).

²⁹ Ver também Comunicação n.º 17/2008.

direcionadas especificamente às mulheres, sobretudo àquelas em situação de vulnerabilidade e que impactam na igualdade entre homens e mulheres.

Outrossim, afirmou o Estado Brasileiro que a falha no atendimento à saúde de Alyne não está relacionada a uma questão de discriminação de gênero, mas à baixa qualidade dos serviços de saúde à população, e que a comunicação não demonstrou qualquer ligação entre gênero e possíveis erros médicos. Aliás, destacou que uma investigação administrativa interna pelo Comitê sobre Mortalidade Materna indicou que a morte provável foi em razão de uma hemorragia digestiva, não relacionada a problemas ligados à saúde materna.

No que concerne às medidas judiciais apresentadas pela família de Alyne, o Estado destacou que a ação cível entrou na fase de julgamento e que não existe demora para além do tempo normal de um processo judicial, pois o caso possui complexidade, necessitando o envolvimento de peritos para avaliação das provas.

Nessa senda, verifica-se que o Estado brasileiro não se prolongou em aduzir falta de preenchimento dos requisitos de admissibilidade em sua defesa, sublinhando apenas a questão *ratione materiae* e a inexistência de demora prolongada no exame meritório da ação judicial proposta pela vítima nas vias domésticas.

O CEDAW, ao examinar os critérios de admissibilidade, ressaltou que levando em consideração às informações prestadas pelas partes, o Estado-parte não apresentou explicações adequadas e convincentes sobre o motivo da ação judicial ainda estar pendente ou porque as tutelas de urgência foram negadas. De acordo com o Comitê, as demoras na demanda judicial não podem ser atribuídas à complexidade da causa ou ao número de acusados, de modo que a delonga de 8 (oito) anos constitui uma demora injustificada, nos termos do art. 4.1 da Convenção (necessidade de esgotamento dos recursos internos) (parágrafo 6.2).

Dessa forma, pode-se extrair que o Comitê considerou que embora os recursos internos ainda não tivessem sido esgotados, houve uma demora prolongada e injustificada (não razoável para o caso).

Por fim, na análise do mérito, o CEDAW concluiu que o Brasil violou os artigos 12 (direito à saúde), 2 "c" (acesso à justiça) e "e" (obrigação de devida diligência para regulamentar as atividades proporcionadas por agentes privados de saúde), em conjunto com o art. 1 da Convenção, concomitantemente com os Comentários Gerais n.º 24 e 28.

Dentre suas recomendações, o CEDAW determinou que o Brasil: proporcionasse uma reparação apropriada, incluindo uma indenização financeira à autora e à filha de Alyne, bem como, de modo geral, assegurasse os direitos das mulheres à maternidade sem riscos e à emergência obstétrica adequada; que as instalações e serviços privado de saúde cumpram com normas nacionais e internacionais em matéria de saúde reprodutiva.

3.5 CASO LULA DA SILVA VS. BRASIL³⁰

A comunicação n.º 2841/2016 foi submetido ao Comitê de Direitos Humanos (CCPR), em 28 de julho de 2016, pelos advogados do peticionante. A petição teve

³⁰ Ver também Comunicação n.º 2841/2016.

sua análise de admissibilidade e mérito apreciadas conjuntamente, 4 (quatro) anos depois de seu registro no Comitê, em 17 de março de 2022.

Na denúncia, o peticionante alegou violações aos artigos 9.1, 14.1, 14.2, 17 e 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, relativos aos direitos à julgamento justo, vedação à prisão arbitrária sem julgamento definitivo, presunção da inocência, direito à privacidade, ao respeito à honra e reputação e ao direito de votar e ser votado nas eleições.

Em síntese, os fatos da denúncia remontam a uma operação que investigava casos de corrupção, sendo o autor um dos suspeitos e acusados dos crimes, tendo lhe sido negado a possibilidade de participar do processo eleitoral como candidato à presidência.

Interessante destacar que em 22 de maio de 2018, o Comitê rejeitou o pedido de medidas cautelares por considerar que “as informações fornecidas pelo autor [não] permitiram ao Comitê concluir [naquele] momento [...] que os fatos apresentados colocariam o autor em risco de dano irreparável, ou que poderiam impedir ou frustrar a eficácia da decisão Comitê” (parágrafo 1.3 da Comunicação, documentado na *initial proceedings*)³¹.

No dia 17/08/2018, levando em consideração as novas informações apresentadas pelo autor, o CCPR considerou haver perigo de dano irreparável com relação ao art. 25 do PIDCP, requerendo ao Brasil que garantisse todos os meios adequados e necessários para que o autor exercesse seus direitos políticos, de votar, e de ser votado (elegível) nas eleições de 2018 (parágrafo 1.4 da Comunicação, documentado na *initial proceedings*). Todavia, tal pleito não foi atendido pelo Estado brasileiro.

Ao realizar o exame da comunicação, o CCPR destacou que ao não respeitar a solicitação de medidas cautelares requisitadas, viola-se a proteção dos direitos garantidos no Pacto. Nesse sentido, o Comitê recorda que o não cumprimento das cautelares é incompatível com a obrigação do Estado em respeitar de boa-fé o procedimento de Comunicações Individuais estabelecidos no Protocolo Facultativo e por isso constitui uma violação ao seu art. 1 (parágrafos 6.1 e 6.2 da Comunicação, documentado nas *final proceedings*)³².

Nesse contexto, o Comitê entendeu que o Estado brasileiro não esclareceu como as medidas cautelares foram cumpridas, haja vista que o autor foi impedido de se candidatar nas eleições, bem como deixou de votar, pelo que considerou violadas as obrigações do Brasil sob o art. 1 do Protocolo Facultativo (parágrafo 6.3).

Na análise das preliminares de mérito, o CCPR debruçou-se inicialmente sobre a questão controvertida pelas partes no tocante ao esgotamento dos recursos internos.

No embate, o Estado brasileiro explicou ao Comitê que as diversas alegações do autor mostravam que ele vinha se utilizando gradualmente os recursos internos disponíveis, o que demonstrava que os recursos internos não haviam sido

³¹ A comunicação foi registrada em dois documentos separados denominados de *initial proceedings* e *final proceedings*.

³² As referências dos parágrafos que seguem na sequência também se referem ao documento da *final proceedings*.

esgotados. Com efeito, o Estado esclareceu que no momento da submissão da petição ao Comitê, as reivindicações do autor estavam pendentes de análise pela justiça brasileira, e se referiam a dois processos criminais em trâmite no tribunal de primeira instância.

Outrossim, o Estado explicou que, caso fosse alcançada uma condenação – como aconteceu posteriormente –, o autor teria o direito de recorrer de ambas as condenações, com recursos que suspenderiam os efeitos de sua sentença condenatória.

Nesse diapasão, o Estado argumentou que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos estabeleceu sua jurisprudência que a análise do esgotamento dos recursos internos é normalmente realizada com referência à data em que o pedido é apresentado, admitindo algumas exceções quando a última fase do recurso é alcançada, logo após, a submissão da petição, mas antes da determinação da admissibilidade.

De outro lado, o autor, citando os casos *Patiño vs. Panamá* (CCPR/C/52/D/437/1990) e *Ičić et al. vs. Bósnia* (CCPR/C/113/D/2028/2011), destacou que a jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos caminha no sentido de que os recursos a serem esgotados precisam ter uma perspectiva razoável de reparação, não podendo haver demora injustificada para sua apreciação, e que recursos que representam revisões internas, como as realizadas pelos órgãos de supervisão profissional de juízes e procuradores, não constituem uma solução que deva ser esgotada.

Nessa linha, o Comitê ressaltou que o momento de aferição do exaurimento das vias internas tem por base o tempo em que a comunicação está sendo examinada³³ (parágrafo 7.4). De acordo com o Comitê, a economia processual é um fator motivador para esta posição, uma vez que uma denúncia considerada inadmissível em razão do peticionante ter esgotado os recursos internos depois de sua submissão, poderia ser imediatamente reenviada ao Comitê³⁴.

Nesse diapasão, o CCPR observou que durante todo procedimento as partes tiveram a oportunidade de apresentar informações e alegações adicionais ao Comitê, as quais foram transmitidas para comentários. Assim, concedeu-se às partes a possibilidade de contestar cada novo fato, com seus respectivos argumentos (parágrafo 7.4).

Por conseguinte, é interessante observar que o Estado brasileiro informou quais os recursos internos disponíveis e pendentes, todavia estes foram desconsiderados pelo CCPR, não em razão de demora injustificada ou ineficácia dos recursos, tese essa que foi inclusive arguida pelo autor, mas por intermédio do desenvolvimento de uma construção argumentativa embasada no princípio do contraditório e no momento de análise e pronunciamento pelo Comitê.

³³ O CCPR citou os casos *Al-Gertani vs. Bósnia e Herzegovina* (Comunicação n.º 1955/2010); *Singh vs. França* (Comunicação n.º 1876/2009); *Lemerciere outros vs. França* (Comunicação n.º 1228/2003); *Baroy vs. Filipinas* (Comunicação n.º 1045/2002); *Bakhtiyari e outros vs. Austrália* (Comunicação n.º 1069/2002).

³⁴ O CCPR citou o caso *Bakhtiyarie outros vs. Austrália*.

Dessa forma, infere-se que o Comitê de Direitos Humanos flexibilizou a regra do esgotamento dos recursos internos, a fim de apreciar o mérito da violação de direitos humanos denunciada pela vítima, desde que o princípio do contraditório tenha sido respeitado ao longo do procedimento e antes do exame meritório. Com base nesse argumento, afastou-se da literalidade do art. 2 do Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) e da premissa de natureza complementar e subsidiária do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ainda, quanto ao argumento do Estado de que houve perda do objeto da denúncia, uma vez que alegações do autor foram acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2021, o CCPR destacou que tal decisão somente se referiu às reclamações em relação ao direito a um julgamento imparcial, bem como não lhe providenciou qualquer compensação ou restituição. Dessa forma, o Comitê concluiu que não houve perda de objeto em relação à petição apresentada pelo autor e, por isso, não estava impedido de examinar seu mérito (parágrafo 7.5 e 7.6).

Relativamente às alegações do autor de sofrer risco de prisão preventiva por tempo indeterminado (em violação do artigo 9 do Pacto), o Comitê considerou que elas não foram suficientemente fundamentadas para efeitos de admissibilidade, consoante o artigo 2 do Protocolo Facultativo (parágrafo 7.7).

No exame do mérito da comunicação, o CCPR concluiu que o Brasil violou os artigos 9.1, 14.1, 14.2, 17 e 25 "b" do Pacto, bem como artigo 1 do Protocolo Facultativo.

Dentre suas recomendações, o Comitê ressaltou que o Estado tem a obrigação de adotar todas as medidas necessárias, para que tais violações não ocorram novamente, bem como determinou que lhe compete proporcionar uma reparação integral à vítima, em conformidade com o artigo 2.3, "a" do Pacto.

CONCLUSÃO

A regra de esgotamento de recursos internos tem fundamento no Direito Internacional Público, fazendo parte de uma prerrogativa diplomática do Estado, que remonta desde a época medieval, em que se buscavam as vias internas de reparação antes da realização de retaliações, sendo aplicada em situações que versassem sobre um estrangeiro lesado e o Estado de residência, principalmente quando envolviam relações comerciais ou políticas.

A responsabilidade do Estado-parte perante a comunidade internacional, independentemente da nacionalidade do peticionário, diante de uma violação de direitos humanos, que somente ocorrerá quando os recursos internos forem esgotados, se consubstanciou no Direito Internacional Público consuetudinário no final do século XIX.

No tocante à violação aos Direitos Humanos que não tenham uma solução definitiva interna ou que não estejam em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, os sistemas internacionais de proteção desses direitos funcionam como mecanismos subsidiários. Se houver meios internos de decidir de forma definitiva sobre tais casos, estes não serão

admitidos como violações ao Direito Internacional, fazendo com que a regra exista, em primeira instância, para beneficiar o Estado.

Embora seja um direito do Estado arguir que os recursos internos não foram esgotados, devendo invocá-lo de forma explícita, verifica-se que a jurisprudência do Sistema ONU tem interpretações diversas. Desse fato, nota-se que da pesquisa realizada que CEDAW e CRPD possuem precedentes no sentido de que não é necessário que o Estado-parte faça objeções quanto a falta de esgotamento dos recursos internos pelo peticionante, para que analisem o preenchimento desse requisito de admissibilidade. Ambos se detêm nas informações levadas pelas partes para concluir se o autor buscou o exaurimento das vias internas antes de apresentar sua denúncia ao Comitê, sendo, portanto, uma análise casuística.

Verificou-se ainda, de acordo com a jurisprudência fixada pelo CCPR de que a falta de impugnação do Estado-parte quanto ao não esgotamento dos recursos internos resulta na consequente análise de mérito.

Paralelamente, sublinha-se o entendimento do CCPR em relação ao momento em que devem ser considerados esgotados os recursos internos, estabelecendo que não é necessário o efetivo exaurimento das vias internas quando da apresentação da petição ao Comitê, bastando que haja seu esgotamento no momento da deliberação da decisão sobre o caso pelo órgão.

Nesta senda, confronta-se a lógica formulada pelas regras internacionais e doutrina de que este seria um requisito representativo da natureza complementar e subsidiária da proteção internacional dos direitos humanos, que frisa ser dever primário do Estado solucionar os litígios dentro de sua jurisdição, conforme destacam Trindade (1998) e Faúndez Ledesma (2007).

Todavia, há que fazer referência que este problema é, até certo ponto, constatado em estudos mais antigos de Cançado Trindade, publicados em 1986, em que o autor destaca a prática da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito do Sistema Interamericano. Nesse contexto, Trindade (1986, p. 24) constatou que o não esgotamento dos recursos internos por parte de um peticionário acarretava, por vezes, na inadmissibilidade de uma reclamação, ou fazia com que Comissão a adiasse a análise da questão, aguardando e mesmo indicando qual o recurso interno que devia ser esgotado.

Infelizmente, Trindade (1986) não chegou, à época, a aprofundar seus estudos de modo a indicar quais seriam as diferenças que existiram entre os casos apreciados pela Comissão Interamericana, ou mesmo relativos à composição da Comissão, que a impeliram a realizar tal distinção de posicionamento quanto à flexibilidade na aplicação da regra do não esgotamento dos recursos internos.

Desse modo, com a presente análise de casos concretos apreciados pelo Sistema ONU, resta a impressão de que a vítima, ou mesmo a situação específica, ou composição do Comitê, tenha influência em relação a flexibilização da regra do esgotamento dos recursos internos pelos órgãos internacionais incumbidos de analisar denúncias contra os Estados por violações de Direitos Humanos.

Sobretudo, mencionada flexibilização reforça a ideia da falta de uniformidade na jurisprudência dos Comitês e ocasiona obstáculos a serem enfrentados pelas vítimas de Direitos Humanos em verem o mérito de suas denúncias apreciado, e seus direitos protegidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Promulga Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.

ESTRADA TANCK, Dorothy. La situación de los derechos humanos en el conflicto de nagorno-karabaj: una visión desde los mecanismos de protección de naciones unidas. *Revista UNISCI*, n. 57, p. 297-316, 2021. Disponível em: <http://www.unisci.es/wp-content/uploads/2021/10/UNISCIDP57-8ESTRADA.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista IIDH*, San José, IIDH, 2007, pp. 43-122. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r22020.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

GROSBON, Sophie. Bilan critique de la activité des Comités onusiens: Situation du système des organes conventionnels des droits de l'Homme. *La Revue des droits de l'homme: Actualités Droits-Libertés*, Paris, maio, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/revdh-9309.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

MÉGRET, Frédéric; ALSTON, Philip. *The United Nations and Human Rights: A critical appraisal*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. *Resolução A/HRC/RES/5/1*, 2007. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/5/1. Acesso em: 19 abr. 2022.

NACIONES UNIDAS. *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*. Folleto Informativo n. 30, Rev. 1: El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, 2012. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/publications/fact-sheets/fact-sheet-no-30-rev-1-united-nations-human-rights-treaty-system>. Acesso em: 20 jun. 2020.

O'FLAHERTY, Michael. The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies. *Human Rights Law Review*. v. 6, p.27-52, fev. 2006. Disponível em: <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/6/1/27/664932?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 12 mar. 2022.

O'FLAHERTY, Michael; O'BRIEN, Claire. Reform of UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies: A Critique of the Concept Paper on the High Commissioner's Proposal for a Unified Standing Treaty Body. *Human Rights Law Review*. v. 7, p.141-172, fev. 2007. Disponível em: <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/7/1/141/645652?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 12 mar. 2022.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 408 p. ISBN 9788553604593.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. 768 p. ISBN 9786553621633.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, p. 9, set., 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4940117/mod_resource/content/1/ACR_Mandados_de_Criminalizacao.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

RODLEY, Nigel S. United Nations Human Rights Treaty Bodies and special procedures of the commission on Human Rights: complementarity or competition?. *Human Rights Quarterly*, v. 25, n. 4, nov., 2003, p. 882-908. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20069698>. Acesso em: 15 mar. 2022.

SHELTON, Dinah. *Remedies in International Human Rights*. Oxford: Oxford University press, 2005.

STOLL, Peter Tobias. Human Rights, Treaty bodies. *Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford University Press, 2008. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e820>. Acesso em: 10 mar. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. *Liber Amicorum*: Héctor Fix-Zamudio, San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 15-43, 1998. Disponível em: <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/4.-Can%C3%A7ado-trindade-n%C3%A3o-esgotamentodos-recursos-internos.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. *The access of individuals to international justice*. Oxford: Oxford University press, 2012.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. In: PINHEIRO, Paulo S.; GUIMARÃES, Samuel P. (orgs.). *Direitos Humanos no século XXI*. Brasília: IPRI, 2002, p. 19-48. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27568.pdf#page=19>. Acesso em: 14 fev. 2024.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. *OEA*, p. 407-490, 2006. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20oea%20cji%20%20.def.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de "vítima" no direito internacional dos direitos humanos. *Revista IIDH*, 3. San José, IIDH, 1986, pp. 5-78. Disponível em: <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/3acc4e2b-c11a-4985-8209-0ce41dc7e6a0>. Acesso em: 15 out. 2023

VILLEGAS ERGUETA, Mariana R. The multifaceted and dynamic interplay between hard law and soft law in the field of international human rights law. *Revista Ciencia y Cultura*, v. 19, n. 35, p. 185-202, 2015.