

Carlos Augusto Alcântara Machado
Clara Cardoso Machado Jaborandy
Henrique Ribeiro Cardoso
(Organizadores)

DIREITOS HUMANOS, NOVAS TECNOLOGIAS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

REGULAÇÃO,
SUSTENTABILIDADE
E NOVOS DIREITOS

1 VOLUME



Arquivo Final para Publicação

Carlos Augusto Alcântara Machado

Clara Cardoso Machado Jaborandy

Henrique Ribeiro Cardoso

(Organizadores)

DIREITOS HUMANOS, NOVAS TECNOLOGIAS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

REGULAÇÃO, SUSTENTABILIDADE
E NOVOS DIREITOS

1 VOLUME



EDUNIT

ARACAJU - SERGIPE

2024

Arquivo Final para Publicação

GRUPO TIRADENTES

Conselho de Administração

Jouberto Uchôa de Mendonça
Amélia Maria Cerqueira Uchôa
Marília Cerqueira Uchôa Santa Rosa
Jouberto Uchôa de Mendonça Júnior
Dionísio Cerqueira Uchôa

Presidente do Grupo Tiradentes

Jouberto Uchôa de Mendonça Júnior

Vice-Presidente Acadêmico

Temisson José dos Santos

Diretoria de Operações Acadêmicas

Marcos Wandir

Diretora da Editora Universitária Tiradentes - Edunit

Cristiane de Magalhães Porto



UNIVERSIDADE TIRADENTES

Reitor

Jouberto Uchôa de Mendonça

Vice - Reitor

Jouberto Uchôa de Mendonça Júnior

Pró-Reitor de Graduação Presencial

Arleide Barreto

Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão

Ronaldo Linhares



EDITORA UNIVERSITÁRIA TIRADENTES

Diretora

Cristiane Porto

Produção Gráfica

Igor Bento

Administrativo

Claudilene Barboza

Conselho Editorial

Ester Fraga Vilas Boas Carvalho do Nascimento
Gabriela Maia Rebouças
Margarete Zanardo Gomes
Ranyere Lucena de Souza



EDITORA UNIVERSITÁRIA
TIRADENTES

Produção Editorial

Roberta Hora Arcieri Barreto
Matheus de Lima Andrade

Edição

Ana Regina Messias

Revisão

Igor Bento e Alexandre Vieira

Capa e diagramação

Editora Filiada à



Direitos autorais 2024

Direitos para essa edição cedidos à
EDUNIT.

Feito o Depósito Legal.

Grafia atualizada conforme o Acordo
Ortográfico da Língua Portuguesa de
1990, em vigor no Brasil desde 2009.

É proibida a reprodução total ou
parcial, de qualquer forma ou por
qualquer meio. A violação dos direitos
de autor (lei nº 9.610/98) é crime
estabelecido pelo artigo 184 do
Código Penal.

EDITORA
UNIVERSITÁRIA
TIRADENTES



Av. Murilo Dantas, 300 Farolândia

Bloco F - Sala 11 - 1º andar

Aracaju - Sergipe

CEP 49032-490

<http://www.editoratiradentes.com.br>

E-mail: editora@unit.br

Fone: (79) 3218-2138/2185

E21

Direitos humanos, novas tecnologias e desenvolvimento sustentável: regulação,
sustentabilidade e novos direitos/ organização, Carlos Augusto Alcântara Machado, Clara
Cardoso Machado Jaborandy, Henrique Ribeiro Cardoso – Aracaju-SE: EDUNIT, 2024.
350 p.: il. e-book

Inclui bibliografia.

ISBN- 978-65-88303-28-3

DOI- 10.17564/2024.88303-28-3

1. Direitos humanos. 2. Tecnologias. 3. Sustentabilidade. I. Machado, Carlos Augusto
Alcântara II. Jaborandy, Clara Cardoso Machado III. Cardoso, Henrique Ribeiro IV. Título

CDU: 007

SUMÁRIO

AGRADECIMENTO

8

APRESENTAÇÃO

11

1 A DEMOCRACIA FRATERNAL NA ERA DIGITAL

18

Reynaldo Soares da Fonseca

2 A SUSTENTABILIDADE DO TRABALHO DECENTE

32

Luciane Cardoso Barzotto

**3 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA ATUAÇÃO
LEGISLATIVA E JUDICIAL NA DECISÃO SOBRE
O MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS**

52

Fernando Gomes de Andrade

**4 O DIREITO HUMANO A IGUALDADE DE GÊNERO
E A NÃO VIOLÊNCIA – A FRATERNIDADE COMO
INSTRUMENTO FACILITADOR**

69

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira

**5 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
E O DIREITO AMBIENTAL COMO PROPULSORES
DE UMA CIDADANIA PARTICIPATIVA E DEFENSORA
DA SUSTENTABILIDADE**

87

Daniela Richter

Josiane Rose Petry Veronese

6 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE**107***Augusto César Leite de Resende***7 TECNOLOGIA E RESPONSABILIDADE: REFLEXÕES SOBRE AS NOVAS TAREFAS DA FRATERNIDADE****125***Geralda Magella de Faria Rossetto***8 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FERRAMENTA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL****155***Deisemara Turatti**Matheus Fontella Goulart***9 DIREITOS HUMANOS E SOCIAL BOTS: UM OLHAR SOBRE A DESINFORMAÇÃO MULTIPLATAFORMA****166***Carolina Silva Porto**Clara Cardoso Machado Jaborandy***10 LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL****186***Paulo Roberto Barbosa Ramos**Diogo Diniz Lima***11 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PROPORCIONALIDADE: SEMELHANÇAS ESTRUTURAIS, MESMOS PROBLEMAS REAIS****211***Fernando Leal*

**12 A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO
MANIFESTAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE**

272

Bricio Luis da Anunciação Melo

Henrique Ribeiro Cardoso

**13 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: REFLEXÕES
EM TORNO DA CIDADANIA DIGITAL E FRATERNA
NA ERA VIVENCIADA**

302

Raquel Torres de Brito Silva

Carlos Augusto Alcântara Machado

**14 A HERMENÊUTICA JURÍDICA NA ATUALIDADE
GUIADA PELO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E
ORIENTADA PELO DIREITO COM SUA FUNÇÃO
PROMOCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA**

326

Lafayette Pozzoli

Ilton Garcia da Costa

SOBRE OS AUTORES

345

AGRADECIMENTOS

O Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (PPGD-UNIT/SE) completa 10 anos. Iniciamos em 2013 o curso de mestrado e, em 2021, o curso de doutorado, cumprindo um importante papel de formação de docentes e profissionais qualificados no Nordeste. Sergipe é o quinto estado do Nordeste a implementar um programa de doutorado em Direito e a Universidade Tiradentes a única, até o momento, que oferece formação completa no *stricto sensu* no Direito no Estado, demonstrando nosso compromisso com uma formação de qualidade.

Com área de concentração em Direitos Humanos, duas linhas foram articuladas, cada uma com três projetos de pesquisa: **Direitos Humanos na Sociedade**, que inclui atualmente os projetos Política Criminal e Direitos Humanos: efetividade e garantias processuais; Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos, participação e controle social e Direitos Humanos, Subjetividades e Acesso à Justiça; e **Direitos Humanos, Novas Tecnologias e Desenvolvimento Sustentável**, que inclui atualmente os projetos Direitos fundamentais, novos direitos e sustentabilidade, Direitos Humanos, etnodesenvolvimento e Tecnologias Sociais e Direitos Humanos, tecnologias, inovação.

Ao longo dessa década, formamos aproximadamente 180 mestres, dos quais, pelo menos 50 com fomento do programa PROSUP/CAPES de bolsas e taxas e do programa FAPITEC/CAPES de formação de mestres e doutores. Em sua maioria, nossos egressos estão inseridos na docência em Sergipe, Alagoas e Bahia

e alguns continuaram seus estudos de doutoramento em outras IES do Brasil (UFBA, UFPE, UNICEUB, UFSC, UPM/SP, USP, UFG) e do mundo (DEUSTO, COIMBRA, BRAGA) Dentre os que já se titularam, contamos com uma egressa como professora de Programa de Pós-Graduação em Direito da UCSAL e outra em programa de Pós-doutoramento junto à UPM/SP (Mackenzie). Também temos nos empenhado na formação de quadros do sistema de Justiça tanto em Sergipe quanto fora da sede. Uma turma de Minter foi ofertada entre 2020/2022 em Alagoas numa parceria da IES local (Maceió) com o TJAL.

Destacamos a implantação do programa de Pós-doutoramento (CAPES) em nossa IES, onde já recebemos três doutores, as parcerias internacionais, o que inclui professores visitantes e docentes do programa em pós-doutoramento no exterior, além da mobilidade discente internacional inaugurada com a primeira doutoranda em bolsa sanduíche na Colômbia (2023/2024).

Alguns atores têm sido fundamentais para o êxito do Programa. Agradecemos de partida ao Grupo Tiradentes, pelo investimento e dos pró-reitores, gestores, colaboradores, que firmaram o compromisso em criar um programa de Pós-graduação em Direito na IES com qualidade e autonomia acadêmica, focados no compromisso com o desenvolvimento de Sergipe, do Nordeste, do Brasil.

Agradecemos à CAPES e demais instituições públicas de fomento, que incluem a FAPITEC/SE, pelos programas de fomento a bolsas, processos avaliativos, progresso de projetos e, também, ao Instituto de Tecnologia e Pesquisa - ITP, parceiro em projetos e pesquisas imprescindíveis à consolidação do PPGD.

Agradecemos a toda comunidade discente que acreditou na nossa proposta e nela construiu parte de sua trajetória formativa. Um registro também de agradecimento ao corpo de bolsistas/taxistas pela dedicação integral e participação ativa na construção do Programa.

Agradecemos a todo o corpo docente que já compôs e, atualmente, compõe nosso Programa que, com competência e empenho, construíram e firmaram esse caminho. Registramos agradecimento às coordenadoras Márcia Bertoldi e Karyna Spasato na fase inicial; Liziane Paixão da Silva Oliveira, Gabriela Maia Rebouças, na fase de consolidação; e, atualmente, Grasielle Borges Vieira de Carvalho. Projetos, comissões, eventos, planejamento estratégico, tudo pensado conjuntamente.

As muitas mãos que se somaram nestes quatro volumes, organizados em torno das linhas e projetos dão a dimensão de que atravessamos essa década construindo e consolidando um programa de pós-graduação em Direito com redes, pontes e parcerias. Estas conscientes de que a tarefa do conhecimento é um projeto coletivo, tramado no compromisso com os Direitos Humanos. Aos que se agregaram, se agregam e se agregarão, nossa admiração e agradecimento.

Aracaju, Outono de 2023.

Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos (UNIT/SE)

APRESENTAÇÃO

A presente publicação se insere no conjunto de ações comemorativas da primeira década do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Tiradentes – UNIT. Programa este desenvolvido na cidade de Aracaju, Estado de Sergipe, inicialmente ao nível de Mestrado em Direitos Humanos e agora, também, Doutorado em Direitos Humanos.

Particularmente, esse volume de coletâneas, dentre outros que se pretende apresentar à comunidade acadêmica nacional, contém capítulos com reflexões nas temáticas contempladas na **Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Novas Tecnologias e Desenvolvimento Sustentável**, na qual compreende a análise das novas tecnologias e sua repercussão no humano e no ambiente natural e dos paradigmas do desenvolvimento humano desde a perspectiva ambiental e econômica sempre com vistas a promover a equidade social. Partindo de uma visão ecológica, o que implica em não dissociar o homem do meio, natureza e sociedade, estuda a biodiversidade e a biotecnologia moderna, o Biodireito e os Direitos da Personalidade, segundo as novas mídias, as concepções de desenvolvimento humano sustentável, a responsabilidade ambiental e as políticas públicas de proteção do ambiente natural como mecanismos de promoção dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, a temática especificamente proposta no Volume ora apresentado, sobre **Regulação, Sustentabilidade e Novos Direitos** parte da emergência e da complexidade da regulação dos novos direitos advindos da revolução tecnológica e que tem impulsionado o debate público tanto em âmbito local quanto global. Assim, o objetivo do Projeto é estudar a regulação dos

Novos Direitos e dos Direitos Humanos, numa perspectiva sustentável, fraterna e consequencialista, de modo a compreender a responsabilidade estatal na regulação desses direitos, a autorregulação dos agentes privados setoriais e a corresponsabilidade individual.

A obra constitui-se de 14 capítulos, da lavra de eminentes professores Doutores e Mestres em Direito, alguns dos quais inclusive com estágio pós-doutoral, originários de programas de pós-graduação de Universidades e Centros Universitários públicos e privados das mais diversas regiões do País, com importantes reflexões em abordagem jurídico-política de particular complexidade, considerando a temática antes destacada.

O Primeiro Capítulo, confiado ao Dr. Reynaldo Soares da Fonseca, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), atualmente em colaboração técnica na Universidade de Brasília (UnB), tem como título **“A Democracia Fraternal na Era Digital”**. O texto foi desenvolvido e metodologicamente apresentado em três eixos (histórico, teórico e prático), explorando, numa primeira parte, o valor informacional e sua relação com o poder, destacando as garantias protetivas da respectiva limitação; em seguida, evidenciando a relevância da privacidade em diferentes teorias democráticas; e, por fim, como eixo prático, abordando um específico caso concreto. Sinteticamente, poder-se-ia afirmar que o estudo busca relacionar, três subtemas: privacidade, Democracia e eleições.

Segue-se com o texto da Professora Luciane Cardoso Barzotto, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sobre o atual tema **“A Sustentabilidade do Trabalho Decente”**.

Este tem como objetivo explorar o conceito de trabalho decente a partir, inicialmente, da perspectiva da dignidade humana, para, em seguida, alcançar o contexto ambiental, do assim designado “trabalho sustentável”.

A coletânea acolhe, na sequência, o trabalho do Professor Fernando Gomes de Andrade, do Centro Universitário Taboasa de Almeida – ASCES-UNITA, com **“Considerações iniciais acerca da atuação legislativa e judicial na decisão sobre o marco temporal das terras indígenas”**. Tema de particular atualidade, o texto incursiona em questões tormentosas relacionadas aos limites de atuação jurisdicional, emoldurado pelo princípio constitucional da fraternidade.

A Profa. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, titular da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), prosseguindo, traz uma profunda reflexão sobre **“O Direito Humano a igualdade de gênero e a não violência – A Fraternidade como instrumento facilitador”**. Contemplando, num primeiro momento, uma breve cronologia de documentos internacionais sobre a proteção dos Direitos Humanos, com destaque na proteção de mulheres e meninas, o estudo reconhece a ainda presente violência de gênero e invoca o “Valor-Princípio Fraternidade como um instrumento facilitador, fundamento e essência na proteção efetiva dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais das mulheres e meninas contra todas as formas de violência que impedem uma efetiva igualdade de gênero”.

Abordando o sensível tema **“O Direito da Criança e do Adolescente e o Direito Ambiental como propulsores de uma cidadania participativa e defensora da sustentabilidade”**, as

professoras Daniela Richter, Professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e Josiane Rose Petry Veronese, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) agregam uma valiosa reflexão “sobre a possibilidade de o Direito da Criança e do Adolescente “ser capaz de desenvolver por meio de políticas públicas educacionais, um desenvolvimento humano e sustentável”, com a promoção do “protagonismo de uma cidadania participativa de crianças e adolescentes”.

No capítulo sucessivo, o tema a ser abordado é o controle de convencionalidade. O Prof. Augusto César Leite de Resende, da Universidade Tiradentes (UNIT), partindo do reconhecimento de que “o Direito Internacional, diante da necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção na relação do homem com a natureza, impôs à República Federativa do Brasil, por meio da Convenção da Diversidade Biológica, a proteção e a promoção da biodiversidade do planeta”, desenvolveu preciso estudo sobre **“O controle da convencionalidade como instrumento de proteção da biodiversidade”**. Demonstra, com absoluta propriedade, que “o diálogo entre o direito interno e o direito internacional é inevitável e pode ser valioso instrumento de proteção da biodiversidade em tempos de crise ecológica global”.

Também, com fundamento na fraternidade, a Profª. Geralda Magella de Faria Rossetto, pesquisadora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com desenvoltura, associa tecnologia, responsabilidade e fraternidade, abordando aspectos socioambientais, sociopolíticos e o sociojurídico. Apresenta, assim, o texto **“Tecnologia e Responsabilidade: reflexões sobre as novas tarefas da fraternidade”**.

A Profa. Deisemara Turatti e Matheus Fontella Goulart, originários da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), com o texto intitulado **“Políticas Públicas como ferramenta para a concretização do desenvolvimento sustentável”**, desenvolvem considerações com o objetivo de analisar a abordagem literária sobre as políticas públicas e como podem corroborar para o desenvolvimento sustentável.

Dando prosseguimento à coletânea, apresenta-se o estudo da doutoranda Carolina Silva Porto (UNIT) e da Profa. Clara Cardoso Machado Jaborandy, docente da Universidade Tiradentes (UNIT), com o título **“Direitos Humanos e social bots: um olhar sobre a desinformação multiplataforma”**. O texto pelas autoras submetido explora a utilização de social *bots* nas redes sociais e os impactos da desinformação multiplataforma nos Direitos Humanos.

“Legitimação Democrática e Jurisdição Constitucional” é o capítulo que contempla a contribuição do Prof. Paulo Roberto Barbosa Ramos, da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) e de Diogo Diniz Lima, Doutorando em Políticas Públicas da mesma Instituição de Ensino Superior. O estudo em foco “aborda a aparente tensão, cada vez mais evidente, entre a democracia e a jurisdição constitucional”, revisitando o alcance do princípio da separação dos poderes.

O Prof. Fernando Leal, da Fundação Getúlio Vargas Direito (FGV-Rio), com o texto **“Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas”**, apresenta relevante investigação sobre “as semelhanças e diferenças estruturais entre o exame de proporcionalidade e a

Análise de Impacto Regulatório visando a identificar problemas compartilhados pelas duas metodologias de justificação”.

No Capítulo intitulado **“A autodeterminação informativa como manifestação do Direito à privacidade”**, desenvolvido pelo Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes, Brício Luís da Anunciação Melo, e pelo Prof. Henrique Ribeiro Cardoso, também da Universidade Tiradentes (UNIT), reconhece-se, “com base na dignidade da pessoa humana que a privacidade, antes concebida apenas como um direito de resguardo contra interferências de terceiros”, passa a ser compreendida “também como um direito à autodeterminação informativa”.

Segue-se com o Capítulo desenvolvido pela Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes, Raquel Torres de Brito Silva e por Carlos Augusto Alcântara Machado, da Universidade Tiradentes (UNIT) e da Universidade Federal de Sergipe (UFS), com o estudo sobre **“Constitucionalismo Digital: reflexões em torno da cidadania digital e fraterna na era vivenciada”**. Tecem os autores “apontamentos no que tange aos reflexos da Era Digital na formação cidadã responsável, ética, inclusiva e com respeito aos Direitos Humanos”.

O tema da fraternidade é mais uma vez retomado no capítulo subscrito pelos Professores Lafayette Pozzoli, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Ilton Garcia da Costa, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Trata-se de reflexão acadêmica sobre **“A hermenêutica jurídica na atualidade guiada pelo princípio da fraternidade e orientada pelo direito com sua função promocional da dignidade humana”**. O texto apresentado busca destacar “a importância

de resgatar o princípio da fraternidade para compreender a Agenda 2030 da ONU e a necessidade de incluí-lo como objetivo essencial na próxima agenda da ONU, enfatizando o valor do respeito”.

Esperamos que a presente obra agregue conhecimento e desperte interesse dos pesquisadores na área específica desenvolvida.

Aos que contribuíram generosamente – eminentes professores de diversas regiões do país – com a remessa de estudos para integrar essa obra comemorativa, a nossa mais profunda gratidão. Um agradecimento especial à Doutoranda em Direitos Humanos do PPGD, Roberta Arcieri, pela valiosa ajuda na compilação e formatação inicial dos textos.

Que toda a comunidade tenha uma boa leitura!

Aracaju, primavera de 2023.

Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado

Dra. Clara Cardoso Machado Jaborandy

Dr. Henrique Ribeiro Cardoso

A DEMOCRACIA FRATERNAL NA ERA DIGITAL

Reynaldo Soares da Fonseca

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o progresso tecnológico representado pela evolução dos meios de comunicação e a possibilidade inédita de conexão entre os integrantes de uma mesma comunidade política sobre determinada questão pública em tempo reduzido, independentemente das dificuldades do multiculturalismo e das diferentes concepções de vida boa na esfera pública, o regime democrático encontra desafios de atualização em contexto hodierno, principalmente no tocante à representação popular pelo mandato eletivo. Ganha relevância, a propósito, a metodologia de tomada de decisões coletivas pela via direta, sob as luzes da democracia participativa.

Embora haja na Constituição alguns instrumentos de democracia direta, nota-se um esgotamento da democracia representativa nos moldes até então apresentados. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que há um déficit de legitimidade democrática na atuação estatal, visto sua inabilidade de “promover o bem de todos” (Art. 3º, IV, CF), agravado pela falta de representatividade dos agentes políticos.

Conforme ressaltado anteriormente (Fonseca; Paula, 2021), é consenso que as novas técnicas de coleta, de armazenamento, de tratamento e de compartilhamento dos dados pessoais alteraram substancialmente tanto as atividades econômicas

da iniciativa privada, quanto a ação estatal e supraestatal nas dinâmicas políticas, econômicas e culturais da chamada *sociedade da informação*.

Na iniciativa privada, os dados pessoais se tornaram um ativo econômico relevante para a customização de bens e de serviços, bem como para o processo decisório empresarial. Exemplo dessa posição de destaque é o relevante papel que o tratamento de dados exerce seja em termos comunicativos e publicitários, seja nas vendas comerciais on-line propriamente ditas.

No setor público, por sua vez, o tratamento de dados pessoais se tornou elemento central na formulação, implementação, fiscalização e avaliação de políticas públicas, ligadas diretamente ao acesso a direitos fundamentais básicos como educação, moradia, segurança pública e saúde. Não por acaso, o próprio monitoramento da pandemia de COVID-19 demonstrou a importância do tratamento de dados pessoais para fins de saúde pública, acompanhados, contudo, dos perigos do uso de tecnologias para vigilância estatal (Cf. Zanatta *et al*, 2020). Mais do que isso, a necessidade de distanciamento social imposto pela crise sanitária impulsionou o movimento de intensa digitalização de atividades cotidianas domésticas, laborais e até no âmbito do lazer (Cf. Long, 2020, p. 89).

Indo além, conforme bem destacado pelo Ministro Luiz Fux e por Gabriel Fonseca (2021), o atual paradigma vivenciado é marcado pela “onipresença tecnológica e de ubiquidade computacional, no qual equipamentos eletrônicos são parte constitutiva da rotina de vários cidadãos e em que os meios de comunicação pessoal foram remodelados”. Desse modo, o tratamento de dados pessoais possui o potencial de produzir informações capazes de subsidiar “inferências, interpretações, ranqueamentos, perfilações e predições sobre indivíduos e grupos sociais em áreas fundamentais da vida”. É dizer: informações relativas desde o acesso ao crédito, ao mercado de seguros e ao mercado de trabalho até acerca de hábitos, preferências e comportamentos de eleitores.

Nesse último ponto, é certo que os dados pessoais atualmente possuem grande valor político-eleitoral, sobretudo porque técnicas de tratamento de dados pessoais têm sido cada vez mais utilizadas em processos eleitorais ao redor do mundo para personalização, direcionamento e segmentação da propaganda eleitoral - na linha do que ressaltado pelos integrantes do Grupo de Estudos em Proteção de Dados e Eleições no âmbito de seu *‘Relatório de Recomendações’* (GEPDE, 2021):

As campanhas políticas se apropriaram das novas ferramentas e técnicas de marketing comercial baseadas no tratamento de dados pessoais, tais como: (i) o micro direcionamento (microtargeting) e o impulsionamento de notícias, propagandas e anúncios pagos, (ii) a segmentação de audiência-alvo de acordo com perfis específicos e amostras selecionadas, bem como (iii) o envio automatizado de mensagens em massa. Nesse sentido, os dados pessoais se tornaram um ativo valioso para a personalização e a customização da comunicação política entre candidatos e eleitores a partir das preferências, dos hábitos e das opiniões destes.

De um lado, esse contexto pode ser bastante profícuo para o ambiente democrático, gerando maior engajamento e proximidade entre os eleitores e o seu eleitorado, bem como conferindo maiores oportunidades aos candidatos com menos recursos disponíveis. De outro, no entanto, apresenta riscos aos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais dos eleitores, assim como pode produzir ameaças à própria democracia ao afetar a higidez do processo eleitoral.

Portanto, muito além de uma liberdade negativa do cidadão frente ao Estado e às empresas ou expressão de um “direito de ser deixado só” (Cf. Warren; Brandeis, 1890, pp. 193-220), a tutela da privacidade e a garantia da proteção dos dados pessoais

exercem inegável valor público/coletivo¹, sobretudo no atual paradigma de Big Data (Mayer-Schönberger; Cukier, 2014) em que:

[O] tratamento dos dados pessoais não pode ser visto como algo estático, cuja utilidade político-econômica se exaure no momento em que alcançada a finalidade para que foram coletados, como a realização de um censo pelo Governo ou uma operação de determinada empresa privada. Ao contrário, (...)é possível extrair novas informações totalmente descoladas da finalidade original que ensejou a coleta desses dados. A partir do posterior processamento, cruzamento e análise de grandes bancos de dados, pode-se gerar novas formas de valor político-econômico com o condão de impactar difusamente toda a sociedade e afetar sensivelmente o próprio regime democrático, tal como observado nos escândalos eleitorais envolvendo a Cambridge Analytica” (Mendes; Fonseca, 2020, p. 507-533).

Diante desse contexto, o presente ensaio pretende destacar justamente a importância da proteção de dados pessoais e do direito à privacidade para a sustentabilidade do regime democrático e para a higidez do processo eleitoral na atualidade, chamando atenção para a relevância de se garantir que “o tratamento de dados pessoais por campanhas político-eleitorais não viole direitos fundamentais e ocorra nos limites dos valores democráticos” (GEPDE, 2021).

Nesse diapasão, este breve ensaio se divide em três partes, sendo que cada uma representa eixo distinto sobre o tema. O primeiro é o *eixo histórico*, o qual explora brevemente o valor informacional e sua relação com o poder, sendo relevante a observância de garantias protetivas a fim de limitar esse poder. O segundo é o *eixo teórico*, que resumidamente destaca a importância

¹ “Most privacy scholars emphasize that the individual is better off if privacy exists. I argue that society is better off as well when privacy exists. I maintain that privacy serves not just individual interests but also common, public, and collective purposes” (REGAN, p. 221).

da privacidade em diferentes teorias democráticas. O terceiro é o *eixo prático*, ilustrado a partir da apresentação do Caso da *Cambridge Analytica*, com ponderações acerca das relações firmadas entre privacidade, democracia e eleições.

2 O PODER POLÍTICO E O CONTROLE INFORMACIONAL

Neste primeiro ponto, é destacado que os dados pessoais e as informações ganharam valores na modernidade nunca testemunhados em outrora, alinhando-se o controle desses como um dos meios centrais para a manutenção de poder.

Em brilhante análise sobre o tema, a Professora Ana Frazão (2021), da Universidade de Brasília, leciona que o início do projeto jusnaturalista não representou grande avanço no seu objetivo maior, qual seja, as liberdades individuais, senão para os homens, brancos e proprietários. Assim, por grande parte do século XIX e XX, manteve-se um verdadeiro controle do poder por meios *coercitivos*, tais quais a manutenção do voto censitário e a precarização da educação, que resultava na analfabetização – fator impeditivo para a participação no processo eleitoral democrático.

Todavia, o século XX carregou lições que resultaram na formulação dos direitos sociais da segunda geração, com intuito de garantir materialmente a igualdade e liberdade para todos indivíduos. Diversos são os motivos para tal transição, como exemplo: a ameaça comunista, o fim do voto censitário e as lutas das minorias. Fato é que, sem a possibilidade de exercer o poder de forma direta e coercitiva, os mandatários tiveram que se moldar aos novos tempos. A solução foi atualizar a forma de manutenção de seus poderes para meios *persuasivos*, o que se deu sobretudo com o advento da televisão e do rádio, e a partir do controle dos conteúdos disponibilizados (*agenda setting*) e da delimitação das informações transmitidas (*framing*).

Acontece que o veloz desenvolvimento tecnológico e o advento da *Internet* propiciaram a formação de uma espécie de ambiente anárquico, onde não se tem controle editorial e ético do que se é publicado e repercutido nos meios digitais. Tal contexto possibilitou o surgimento de diversos problemas, como a difusão de *fake news* e a depreciação da ciência e da razão. Isso tudo é potencializado pelo processamento massivo de dados pessoais, possibilitando a criação de perfis (*profiling*) e o direcionamento específico (*micro-targeting*) de conteúdo para pessoas mais suscetíveis à ideia apresentada.

Percebe-se, pois, que o controle informacional “tem sido conduzido por grandes agentes políticos e econômicos, que conseguem mobilizar desde minorias raivosas até mesmo a maioria em torno de seus interesses, mesmo que às custas da normalização do absurdo” (Frazão, 2021, p. 745). Fato que coloca em xeque – além de garantias individuais, como o desenvolvimento da personalidade, – o próprio regime democrático.

3 TEORIAS DEMOCRÁTICAS E A PRIVACIDADE

Noutro giro, em segundo lugar, ressalta-se que o relacionamento entre a privacidade e a democracia tem íntima ligação com os próprios ideais do regime democrático, conforme se desenvolverá neste *segundo ponto*. No que se refere ao tema, é relevante a doutrina da filósofa Carole Pateman (2000), segundo a qual é possível visualizar o regime democrático através de duas lentes diferentes: (i) uma mais clássica liberal; e (ii) outra voltada mais ao aspecto participativo.

Sobre a primeira, destaca-se o empenho na garantia das liberdades individuais. É dizer: nesse caso, o foco do regime governamental democrático concentra-se na tutela dos direitos jusnaturalistas enraizados na teoria liberal do século XVIII, dando ênfase nas liberdades individuais fundamentais. O principal local onde essa tradição impera é nos Estados Unidos da América.

Alan Westin, já em 1968, em sua seminal obra *Privacy and Freedom* (Westin, 1967, p. 45-46), alertou para uma série de riscos oriundos da violação à privacidade nesse contexto democrático estadunidense, como exemplo: fragilização da liberdade de associação, enfraquecimento da proteção de estudos científicos e uso inadequado da força policial.

Retornando o foco à obra de Pateman, entende-se por democracia com tradição participativa aquela que mede o seu grau democrático mais no engajamento político, consubstanciado na participação e confiança nas instituições democráticas, e menos na proteção dos direitos individuais. Nesse contexto, além de todos os riscos enfatizados por Westin, como bem afirmam Colin Bennett e Smith Oduro-Marfo, “a política de proteção da privacidade serve mais para fortalecer a confiança, para dar aos cidadãos a garantia de que eles podem se envolver com suas instituições democráticas sem medo de serem monitorados e perseguidos injustamente” (Bennet; Oduro-Marfo, 2019)².

Nessa direção, aspecto relevante sobre a democracia e a privacidade é o que Ruth Gavison chama de “*autonomia moral do cidadão*” (Ruth, 1980, p. 455). Tal ideia é compreendida como requisito essencial para o regime democrático, vez que significa exatamente a liberdade de julgamento para expressar opiniões, o que só pode ocorrer em um sistema governamental que preze pela manutenção da privacidade e da confiança em suas instituições.

Não é por motivo diverso também que o Professor Daniel Solove (2008) destaca o “*valor social*” da privacidade. Segundo ele, tal garantia tem o potencial de implicar em profundos efeitos nas estruturas de liberdades e de poder da sociedade como um todo. Trata-se de elemento essencial para que os cidadãos contemplem e discutam mudanças políticas, bem como para que tenham espaço para a formulação de uma contracultura em face do Estado e de organizações privadas, sem que isso implique em vigilância punitiva.

2 Tradução livre: “*privacy protection policy serves more to bolster trust, to give citizens the guarantee that they can engage with their democratic institutions without fear that they will be unfairly monitored and persecuted.*”

Por tudo, resta clara a importância da privacidade na consolidação de valores fundamentais para a democracia. Questão que pode ser compreendida seja no contexto da teoria clássica liberal, viabilizado, por exemplo a liberdade de expressão e de associação, seja na teoria da democracia com tradição participativa, fortalecendo a confiança dos cidadãos nas instituições democráticas.

4 ELEIÇÕES, DEMOCRACIA E PROTEÇÃO DE DADOS

Dadas premissas históricas e teóricas mais gerais, neste *terceiro e último ponto*, cumpre explorar de forma incipiente como a ausência de proteção de dados e privacidade no *contexto eleitoral* é aspecto ameaçador ao regime democrático.

Sobre o tema, essencial ressaltar a relevância do caso *Cambridge Analytica* – escândalo que revelou a utilização massiva de dados pessoais para manipulação eleitoral nos contextos das eleições presidenciais norte-americanas de 2016 e no referendo acerca da permanência do Reino Unido da União Europeia (*Brexit*).

O processo teve resultado crucial nas votações mencionadas (Cf. Confessore, 2018) e se deu a partir da coleta massiva de dados oriundos de pesquisas de personalidade, disponibilizadas no *Facebook*, que possibilitaram a formulação de perfis (*profilings*) e direcionamento (*micro-targeting*) de conteúdos persuasivos voltados ao convencimento de parcelas de usuários consideradas mais vulneráveis.

Nesse sentido, é relevante deixar claro que o episódio foi ponto emblemático para que se iniciasse uma genuína preocupação com a proteção de dados no contexto eleitoral, como se observa em documento da Comissão Europeia sobre o tema:

[O caso *Cambridge Analytica*] Ilustra os desafios colocados pelas tecnologias modernas, mas também demonstra a especial importância da proteção de dados no contexto eleitoral. Tornou-se uma questão fundamental não só para as pessoas, como também

para o funcionamento das nossas democracias, uma vez que constitui uma grave ameaça a um processo eleitoral democrático e justo e é suscetível de minar um debate aberto, a equidade e a transparência, que são elementos essenciais numa democracia. A Comissão considera que é da máxima importância tratar este problema a fim de restabelecer a confiança do público na equidade do processo eleitoral (Comissão Europeia, 2018).

Dessa forma, perdeu força o recorrente discurso de que o processamento de dados por partidos políticos para fins de participação democrático representa um interesse público relevante e, por isso, dever-se-ia conceder maior amplitude permissiva para a coleta e processamento de dados pessoais. Esse argumento baseava-se na ideia de que os partidos políticos têm lógica e fins diferentes das organizações governamentais e comerciais (Cf. Bennet; Oduro-Marfo, 2019, p. 4).

Em sentido oposto, Bennett e Oduro-Marfo argumentam que o processo de convencimento dos eleitores não é tão diverso do de convencimento de consumidores, visto que os partidos políticos se utilizam de técnicas típicas de marketing de mercado (*v.g.*, contratação de empresas para processamento de dados e compra de espaços em plataformas de mídia social) para persuadir o eleitor a votar no candidato ou proposta da mesma forma que empresas tentam persuadir os consumidores a comprarem seus produtos. Posto isso, defende-se que “[a]ssim como falamos sobre vigilância de consumidores ou empregados, é lógico isolar e examinar a vigilância eleitoral, considerando a distinção relativa a suas dinâmicas, riscos e normas” (Bennet; Oduro-Marfo, 2019, p. 6)³.

Fica claro, portanto, esse entendimento acerca da relevância que a proteção de dados e a privacidade têm no processo eleitoral e, mais do que isso, na própria higidez do regime democrático. Ao revés, a utilização ilimitada de dados pessoais nas eleições e

3 Tradução livre: “*Just as we talk about consumer or employee surveillance, it is logical to isolate and examine voter surveillance, and consider its distinctive dynamics, risks and norms*”.

em outros processos de tomada de decisão pode implicar em manipulações – como visto no Caso da Cambridge Analytica – que comprometam decisória e injustamente o destino democrático.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, o presente ensaio ressaltou que a privacidade e a proteção de dados pessoais configuram-se como valores fundamentais de interesse muito além do individual, alcançando relevante importância para toda coletividade. Essa visão, que não é pacífica até os dias atuais, tem papel crucial na hermenêutica jurídica. Como exemplo, a partir do momento em que se busca o tratamento de dados pessoais no âmbito público, não é bastante aduzir pela supremacia do interesse público sobre o particular, vez que na ocasião conflitam duas questões de interesse público, de forma que se deve ponderar e buscar uma adequada proporcionalidade para fins de legitimidade de qualquer que seja o tratamento de informações pessoais.

Em segundo lugar, destacou-se que a privacidade tem relevância essencial para a própria higidez democrática, seja considerando o valor político que os dados adquiriram e sua atual relevância para a manutenção de poder, seja compreendendo o valor intrínseco da privacidade aos próprios ideais democráticos ou, ainda, em vista dos riscos que o ilimitado tratamento de dados pessoais eleitorais pode causar nos alicerces de uma sociedade democrática.

Feitas essas considerações, caracteriza-se a democracia fraterna pela posituação e efetividade dos mecanismos de participação popular de índole constitucional, conforme depreende-se do escólio de Carlos Ayres Britto (2017, p. 34-35):

Democracia fraterna, caracterizada pela posituação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo conciliado com o não preconceito, especialmente servido por políticas públicas de ações afirmativas

que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupos sociais, como os multirreferidos segmentos dos negros, dos índios, das mulheres e dos portadores de deficiência física (espécie de igualdade civil-moral, como ponto de arremate da igualdade política e econômico-social).

E continua:

Acontece que a Constituição, por mais humanista que seja, por mais que ela prestigie a Democracia de três vértices, não pode fazer o milagre de atuar sem os seus humanos aplicadores. Particularização que obedece à seguinte e natural ordem cronológica: principia com os atos do Poder Legislativo, passa em imediata seqüência pela atuação do Poder Executivo (ou dos particulares que atuam, ou deixam de atuar, após a edição do Direito-lei), para terminar nas decisões do Poder Judiciário. Donde a lógica enumeração que faz o art. 2º. da Constituição de 1988, a saber: **“São três os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”**

É nessa formatação institucional que o Poder Judiciário se revela como instância especificamente garantidora da efetividade dos comandos constitucionais - guardião da Constituição.

O que interessa ao povo, à economia, à nação e ao Poder Judiciário é essa governabilidade constitucional. Governabilidade que, tornada uma práxis, corresponderá ao clímax do humanismo. O clímax do humanismo e da democracia de três vértices em que ele se consubstancia como categoria jurídica. E tudo a depender de u’a Magistratura que se assuma como reverente, entusiasmada e orgulhosa escudeira de uma Carta Política não por eufemismo chamada de “Constituição cidadã” e “Constituição-coragem” pelo parlamentar que mais esteve à frente da epopéia constituinte de 1986/1988: Ulysses Guimarães.

Sendo assim, a participação popular consiste em instrumental à realização do princípio da fraternidade, na qualidade de prática e ideal políticos oriundos da responsabilidade coletiva de todos os cidadãos, à luz do autogoverno coletivo e da autodeterminação individual em prol do bem comum. Em síntese, verifica-se no escólio de Carlos Augusto Alcântara Machado (2016, p. 71) que “[f]raternidade e Democracia são faces da mesma moeda e podem se encontrar na prática, cada vez mais efetiva, como direito, mas também como dever cidadão, da democracia participativa.”

REFERÊNCIAS

BENNET C.; ODURO-MARFO, S. **Privacy, Voter Surveillance, and Democratic Engagement**: Challenges for Data Protection Authorities. 2019 International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners (ICDPPC), Greater Victoria.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007

COMISSÃO EUROPEIA. **Orientações da Comissão sobre a aplicação do direito da União em matéria de proteção de dados no contexto eleitoral**. Bruxelas, 12/09/2018.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0638&from=EN>. Acesso em: 9 jul. 2021.

CONFESSORE, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. **New York Times**. New York, 4 abr. 2018 Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acesso em: 18 ago. 2021.

FONSECA, Reynaldo Soares da; PAULA, Bruno Fernandes de. Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos

teóricos e evolução histórica. **Ver-o-Direito**: revista de direito público com ênfase na competência da justiça federal, v. 4, n. 1, jul. 2021.

FRAZÃO, Ana. *Proteção de dados e democracia*: a ameaça da manipulação informacional e digital. In: FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TASSO, Fernando Antônio. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado. São Paula: Revista dos Tribunais. 2021.

FUX, Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **Segurança da informação e proteção de dados como pressupostos para o Poder Judiciário na era digital**: uma análise da Resolução CNJ 361/2020 e da Resolução STF 724/2020. In: BARATA, Bruno; ALMEIDA, Laryssa; FROTA, Leandro. (Coord.). *Ensaio sobre a transformação digital no direito: estudos em homenagem ao Ministro Kássio Nunes Marques*. Brasília: OAB Editora, 2021.

GRUPO DE ESTUDOS EM PROTEÇÃO DE DADOS E ELEIÇÕES (GEPDE). **Proteção de dados pessoais e eleições**: relatório de recomendações para o quadro brasileiro atual. Julho/2021. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/07/relatorio_recomendacoes_ok_23072021-1.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

GUIMÓN, Pablo. “O ‘Brexit’ não teria acontecido sem a Cambridge Analytica”. **El País**. Londres, 16 mar. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/26/internacional/1522058765_703094.html. Acesso em: 21 ago. 2021.

LONG, Clarissa. **Privacy and Pandemics**. In: PISTOR, Katharina. (Coord.). *Law in the time of COVID-19*. New York: Columbia Law School Books, 2020.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Fraternidade e democracia: considerações sobre os mecanismos de participação popular e fraterna na Carta Constitucional do Brasil de 1988*.

In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Alga Maria Boschi Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **O Direito no Século XXI** - o que a fraternidade tem a dizer – estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Insular, 2016,

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think**. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2014.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de Dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 507-533, set. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/521/510>. Acesso em: 29 set. 2021.

PATEMAN, C. **Participation and Democratic Theory**. Cambridge: Cambridge University Press.

REGAN, P. **Legislating Privacy: Technology, Social Values and Public Policy**. Chapel Hill: University of North Carolina Press. p. 221

RUTH, Gavison. Privacy and the Limits of the Law. **The Yale Law Journal**. vol. 89, no 3, p. 455, jan/1980)

SOLOVE, Daniel. **Understanding Privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, pp. 193-220, 1890.

WESTIN, Alan Furman. **Democracy and Freedom**. New York: IG Publishing. 1967. p. 45-46. (ebook).

ZANATTA, R.; BIONI, B.; KELLER, C.; FAVARO, I. Os Dados e o Vírus. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 14, n. 1, p. 231-256, 22 dez. 2020.

A SUSTENTABILIDADE DO TRABALHO DECENTE

Luciane Cardoso Barzotto

1 INTRODUÇÃO

“Trabalho decente” é um termo estratégico da Organização Internacional do Trabalho para unificar aspectos qualitativos e quantitativos do progresso social (MAUPIN, 2000). Com esta perspectiva a OIT pretende abranger em rede de proteção social aqueles trabalhadores que não estão vinculados diretamente numa relação de emprego clássica, além de monitorar o respeito dos países membros aos direitos fundamentais no trabalho. Pode-se dizer que a noção de “trabalho decente” unifica a ação da OIT para com a finalidade de atingir os objetivos previstos na sua Constituição, resumidos na busca da justiça social.

Para a Organização Internacional do Trabalho¹ o paradigma do trabalho decente significa uma política institucional que procura impulsionar a atenção mundial em torno de quatro pilares laborais: os direitos fundamentais² (trabalho com liberdade, igualdade e não forçado ou infantil), o emprego como fator de

1 Juan Somavia, diretor-geral da Organização Internacional do Trabalho, em manifestação capturada em 24/11/01 “O “déficit” de trabalho decente é expresso na ausência de oportunidades de emprego suficientes, proteção social inadequada, a negação de direitos e falta de diálogo social. É uma medida da distância entre o mundo em que nós trabalhamos e as esperanças que as pessoas têm para uma vida melhor.” <http://www.ilo.org/>

2 Veja-se os princípios contidos na Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que são padrões básicos universais tidos como “core standards”, resumidos nas noções de abolição de trabalho infantil e forçado, bem como promoção da liberdade sindical e igualdade.

desenvolvimento para todos, proteção social (redes de amparo em situações de vulnerabilidade) e o diálogo social (busca de consenso entre governo e organizações de trabalhadores e de empregadores sobre condições justas e dignas de trabalho e o emprego).³

A OIT forneceu ao atual mundo globalizado uma expressão comum “trabalho decente” que facilita a compreensão partilhada dos múltiplos problemas da vida laboral. “Trabalho decente” revitalizou debates sobre temas laborais nos foros internacionais, tendo sido afirmado como prioridade no Fórum Econômico Mundial e Fórum Social em 2000, Cúpula do Milênio das Nações Unidas (de onde o trabalho foi considerado decente como sendo um dos ODM – Objetivo de Desenvolvimento do Milênio), Cúpula Mundial das Nações Unidas de 2005 e Declaração do Conselho Econômico e Social da ONU de 2006. A política do trabalho decente foi reafirmada pela OIT através da Conferência Internacional do Trabalho de 2008 na qual foi elaborada a “Declaração da OIT sobre a justiça social para uma globalização equitativa.” Em 2016, a ONU propôs aos líderes mundiais 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) para que, coletivamente, a humanidade pudesse dissociar o crescimento econômico da pobreza, da desigualdade e das mudanças climáticas.

O trabalho decente vem definido pela OIT como “aquele desenvolvido em ocupação produtiva, justamente remunerada e que se exerce em condições de liberdade, equidade, seguridade e respeito à dignidade da pessoa humana” (OIT, 2001).

O propósito deste artigo é explicitar o conteúdo do conceito ‘trabalho decente’ a partir de duas perspectivas: a dignidade da pessoa humana e o contexto ambiental no qual o trabalho deveria se desenvolver de forma sustentável. Conforme o primeiro ponto de vista, trabalho decente é trabalho digno.

³ O Documento GB.280/WP/SDG/1 baseado no Informe del Empleo en el Mundo 2001 da OIT enfatiza o papel da OIT na redução da pobreza (OIT, 2001). Nesse sentido, segundo o índice global de pobreza multidimensional (MPI) 2022, 1,2 bilhão de pessoas, em 111 países em desenvolvimento, vivem em pobreza multidimensional aguda. É quase o dobro do número de pessoas consideradas pobres, quando a pobreza é definida como viver com menos de US\$ 1,90 por dia (ONU, 2022).

De acordo com o segundo, trabalho decente é trabalho ecologicamente adequado, o que denominaremos “trabalho sustentável”, conceito correlato ao de “desenvolvimento sustentável”.

Os elementos da definição da OIT serão relacionados a estas duas acepções de trabalho digno. “Ocupação produtiva”, “justamente remunerada”, “que se exerce em condições de liberdade e equidade” serão abordados como determinações do conteúdo de “trabalho digno”. Por sua vez, “em condições de seguridade” será relacionada ao tema do trabalho sustentável.

2 TRABALHO DECENTE COMO TRABALHO DIGNO

2.1 Dignidade da pessoa humana e o trabalho decente

Trabalho digno é o que promove a dignidade da pessoa humana trabalhadora. Esta afirmação necessita que se explicito o conceito de dignidade (BARZOTTO, 2007). A dignidade da pessoa humana⁴ se expressa na noção de que “o ser humano é sempre um valor em si e por si, e exige ser considerado e tratado como tal, e nunca ser considerado e tratado como um objeto que se usa, um instrumento, uma coisa”⁵ e, mais, “tudo o que existe sobre a terra deve ser ordenado em função do homem, como seu centro e seu termo”.⁶

Analicamente, compreende-se o conceito de dignidade humana como o passível de ser articulado nas esferas de dignidade jurídica, política, econômica e moral da pessoa humana (GONELLA, 1947).

4 O tema recebeu uma formulação decisiva em Kant: “o homem e, com ele, cada criatura racional é fim em si mesmo” (KANT, 2002, p. 141). KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141. E mais: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela, qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade (...) Autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 1995, p. 77-79).

5 Encíclica “Chistifideles Laici”, n.37.

6 Documento do Concílio Vaticano II, “Gaudium et Spes”, n. 12.

Do ponto de vista jurídico, a pessoa é sujeito e fim do direito. O direito protege atributos da personalidade do homem, negando o domínio de uma pessoa sobre a outra. A dignidade humana é pressuposto da determinação do direito, como é também o seu limite, visto que introduz no ordenamento jurídico o respeito recíproco, que restringe a esfera de ação de cada indivíduo. O direito é produzido pelo homem e para o homem. O trabalho digno é aquele em que há a defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana como trabalhadora. Do ponto de vista da dignidade jurídica, o trabalhador é sujeito de direitos que o protegem na sua autonomia e nas exigências do bem-estar no ambiente laboral.

Por sua vez, a dignidade política é complementar à dignidade jurídica, considerando o ser humano enquanto princípio, partícipe e fim do Estado (SOUZA JUNIOR, 2001). Certas aspirações humanas são limitadas pelas imposições estatais, visando ao bem comum. Porém, há certos elementos da dignidade humana que precedem a sociedade política e, por isso, o Estado, como comunidade política, deve favorecer a realização do cidadão. Portanto, as relações de coordenação entre os indivíduos, bem como as de ‘subordinação’ destes ao Estado, pressupõem direitos e deveres recíprocos, sustentados no primado da dignidade política da pessoa humana. Nestes termos, o trabalho digno é aquele no qual estão assegurados ao trabalhador os direitos de alcance político próprios do mundo laboral: liberdade de associação (sindicalização), liberdade de ação pública (direito de greve), liberdade de expressão (manifestação e discussão pública das pretensões laborais), etc.

Na dimensão econômica da dignidade, importa que a economia esteja a serviço do homem, para satisfazer a necessidade da sociedade como um todo. O trabalho, desta forma, vincula-se à dignidade humana de forma inalienável porque através dele o homem faz uso das riquezas da terra e aperfeiçoa sua personalidade. É redutiva a consideração do homem como *homo economicus*, cuja atividade serve à economia, e não

o contrário. O trabalho humano possui caráter econômico e ético, contemplando valores de natureza moral: proporciona o imprescindível para a satisfação das necessidades humanas e é meio de afirmação da personalidade do trabalhador. A dignidade econômica da pessoa rejeita a lógica neoliberal, que considera o máximo proveito de algumas pessoas em detrimento de outras. Deste modo, o trabalho digno demanda a não redução do trabalhador a instrumento do sistema produtivo, para obtenção de vantagens econômicas para si ou para outrem.

De um ponto de vista moral, cada sujeito tem direito a ser reconhecido, isto é, a ter o seu valor afirmado pela comunidade. É a partir da mediação do outro, do seu reconhecimento, que o ser humano constitui a própria identidade. A pessoa, como sujeito moral, existe nestas relações de reconhecimento, que formam a dimensão ética da vida comunitária. No tocante à pessoa do trabalhador, a sua dignidade moral precisa ser afirmada no interior do sistema produtivo, e não como uma exigência normativa de caráter externo. Para tanto, urge revisão à idéia de que o mercado de trabalho tem uma natureza moralmente neutra, na qual as interações seriam orientadas somente pelo auto-interesse. Ao contrário, é imperativo seja o mercado de trabalho concebido como tendo atributos morais internos que lhe conferem um caráter normativo, um dever ser com relação ao modo como é exercida a atividade produtiva (HONNETH, 2008). Os imperativos morais no exercício do trabalho no mercado de trabalho, indicadores de patamares básicos de dignidade do trabalhador, se expressam em dois requisitos ou pressupostos: de um lado, uma remuneração mínima como exigência de justiça, ou seja, o trabalhador merece ter suas necessidades atendidas, uma vez que sua atividade considera às carências de outrem. Em segundo lugar, que se dê às atividades desempenhadas uma forma que permita reconhecê-las como contribuição para o bem comum. O trabalhador é reconhecido socialmente como alguém que exerce uma atividade relevante para a comunidade.

Nas relações de trabalho é imperativo moral que cada pessoa seja valorizada concretamente, ou seja, reconhecida pela sua contribuição pessoal e intransferível na execução da parte que lhe coube na divisão social do trabalho⁷. O trabalho decente, em uma consideração a partir da dignidade moral do trabalhador, é o trabalho justamente remunerado e reconhecido.

2.2 O conteúdo do trabalho digno

Após termos explicitado analiticamente o conceito de trabalho digno a partir das dimensões da dignidade da pessoa humana, faz-se necessário examinar a orientação da própria OIT. O trabalho decente na definição da OIT, pode ser desdobrado, de um lado, em um princípio geral - **condições de respeito à dignidade humana** (OIT, 2001), que de fato, determina o trabalho decente como trabalho digno, e por outro, nas especificações deste princípio nas seguintes características: **ocupação produtiva, justamente remunerada e que se exerce em condições de liberdade, equidade, seguridade**.

2.2.1 Ocupação produtiva e justamente remunerada

Trabalho decente significa ocupação e criação de postos de trabalho que possuam qualidade aceitável, incluindo a ideia de que o trabalhador, por sua atividade, contribui de modo eficaz para o bem-estar geral (OIT, 2001). Nesse sentido, a OIT promove programas que enfrentam o problema do emprego, da desocupação e da pobreza, de modo integrado, sempre com a participação tripartite dos atores sociais (governos, empregadores e empregados). Com relação ao trabalho produtivo, a OIT incentiva a política de emprego mediante a formação profissional como é a lição espelhada na Convenção nº 142 sobre o “Desenvolvimento dos Recursos Humanos”, de 1975.

⁷ Nesse sentido: HONNETH, 2008. Sobre dignidade e reconhecimento: BARZOTTO, 2010.

A ocupação produtiva é vista como um modo de afirmar a autonomia e valor do trabalhador diante da sociedade: ele deve ser reconhecido primeiramente não como objeto de tutela, mas como protagonista do bem da sociedade. A atividade laboral resulta deste modo, para o trabalhador, em reconhecimento social e autorrespeito.

O trabalho decente exige ser justamente remunerado, enfrentando-se o problema central da redistribuição de riquezas, em uma dimensão de crescimento econômico sustentável e equilibrado. O mercado de trabalho possui duas exigências morais: afirmar a dignidade da pessoa que exerce a atividade produtiva e atribuir a esta, em decorrência do labor, uma justa remuneração, capaz de assegurar uma subsistência digna. Para tanto, o trabalho realizado profissionalmente deve ser dotado de um salário-mínimo como exigência moral, normativa (HONNETH, 2008).

Num sentido social e econômico mais específico, é preciso que a remuneração contemple as necessidades vitais mínimas do trabalhador. Busca-se que o salário-mínimo signifique, efetivamente, condições de sobrevivência digna do trabalhador. A OIT aponta, nesta linha, para a Convenção nº 131 “Fixação de Salários-Mínimos” de 1970.

O trabalho decente como *ocupação produtiva e justamente remunerada* é o trabalho que atende a dignidade moral do trabalhador, no qual a atividade laboral é vista como uma relação de justiça.

2.2.2 Em condições de liberdade e equidade

Com a busca do “*trabalho decente em condições de liberdade*” pretende a OIT promover a liberdade de associação e direito à negociação coletiva. As diretrizes traçadas pela Convenção nº 98 - relativa a “Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização”, de 1948 indicam o direito a ser livremente exercido de trabalhadores e empregadores, sem distinção alguma, de organizarem-se para fomentar e defender seus direitos respectivos (OIT, 2001). Reforça-se, pela OIT, a implementação do diálogo

social que requer participação dos atores do campo laboral na elaboração de seus direitos e deveres. Se o trabalho se dá em condições de liberdade é meio de assegurar resolução de conflitos e garantir a participação dos trabalhadores na produção e divisão de riquezas.

No tocante ao *“trabalho decente em condições de equidade”*, a OIT apoia a prática de políticas laborais facilitadoras da igualdade nas relações laborais, o que vem explicado no tratamento das questões de gênero. As taxas de atividade feminina⁸ estão em progressão em relação às masculinas. A transformação estrutural das economias, as mudanças demográficas, as novas formas de conceber o tempo e o espaço de trabalho dão novos contornos na vida funcional de homens e mulheres. Na Convenção nº 100 e Recomendação nº 90 da OIT fica estabelecido o princípio da igual remuneração para homens e mulheres em trabalho de igual valor. Pretende-se abolir, ainda, todas as outras manifestações da discriminação no ambiente laboral. Nessa trilha é lembrada a Convenção nº 111 sobre “Discriminação no Emprego e Ocupação”, do ano 58 e a importante Convenção nº 156 sobre “Trabalhadores com Responsabilidades Familiares” de 1981, estabelecendo igualdade de tratamento de gêneros quando os trabalhadores possuam responsabilidades familiares similares.

Aqui vê-se claramente o intuito de proteger a dignidade política do trabalhador, por meio, ilustrativamente de políticas de ações afirmativas e criação de direitos específicos para grupos vulneráveis. O trabalho decente é o trabalho digno, e este possui uma dimensão política que lhe é inerente.

8 Veja-se a respeito o Documento do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas E/CN.4/Sub.2/2000/13, de 15/06/2000, p. 16.

3 TRABALHO DECENTE COMO TRABALHO SUSTENTÁVEL

3.1 Desenvolvimento Sustentável e trabalho sustentável

O trabalho humano sempre está situado em relação a um meio circundante, local que deve ser tratado como uma ‘morada’, um lugar em que o homem possa estar e habitar recordando-nos a ideia de ‘oikos’. Em prol da harmonia entre trabalho e ambiente impõe-se que as necessidades humanas de trabalho decente e ambiente saudável sejam resgatadas como valores. Ambiente e trabalho não são bens em conflito, como poderia supor uma análise economicista em que estes fatores de produção competem por recursos, mas devem ser examinados como exigências da dignidade que se complementam e interagem.

Neste contexto, o trabalho decente revela-se como trabalho ecológico ou sustentável. Isto porque a forma como o homem trata o ambiente está estreitamente vinculada ao modo como o homem trata a si próprio e ao seu semelhante⁹.

Se é possível a visualização da questão laboral: “*trabalho decente em condições de liberdade e igualdade*” a partir dos ditos direitos fundamentais de primeira e segunda geração, a emergência do paradigma ambiental e da teoria dos Direitos Humanos de terceira geração opera revisão teórica para fins de articulação dos direitos sociais já conquistados, com a defesa e promoção ambiental (ROCHA, 2002, p. 72-73)¹⁰.

Na medida em que reinterpretam os direitos sociais, as novas situações impõem que os trabalhadores interajam com um bem que é de todos: o ambiente.

A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de 1972, conhecida como Conferência de Estocolmo, foi imprescindível

9 Encíclica *Caritas in veritate*: “Os deveres que temos para com o ambiente estão ligados com os deveres que temos para com a pessoa considerada em si mesma e em relação com os outros. Não se podem exigir uns e espezinhar os outros”. Bento XVI

10 No sentido de aproximação dos Direitos Humanos ao direito ambiental como principais desafios jurídicos atuais, veja-se: CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 933-985.

para traçar rumos do debate ambiental. Ressaltou as consequências ambientais de todos os atos humanos. Conclamou a responsabilidade geral pelo meio ambiente: Estado, sociedade civil (cidadãos e comunidade), as empresas e as instituições são agentes na defesa do desenvolvimento sustentável e o ambiente recebe uma face humana. O conceito de meio ambiente anteriormente reduzido às condições naturais foi superado e ampliado de modo que o fator humano passou a integrá-lo, acentuando-se a conexão existente entre os problemas do homem e as questões ambientais (SANTOS, 1999)¹¹.

Do mesmo modo, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) e a chamada “Agenda 21” estabeleceu as diretrizes de desenvolvimento econômico e social para o século XXI. Introduziu pelos princípios 1, 3 e 8 da Declaração, a noção de desenvolvimento sustentável, com a premissa de que “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e ambientais de gerações presentes e futuras”¹².

Um primeiro princípio é extraído da Declaração do Rio de 1992: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”. Este direito à vida saudável e produtiva é que se podemos chamar de trabalho sustentável, e, portanto, uma parte integrante do trabalho decente.

A Agenda 21 elegeu, entre os seus objetivos, que os países procurassem a promoção e ratificação das convenções da OIT com pertinência ambiental. Sugeria-se o estabelecimento de mecanismos bipartites e tripartites sobre segurança, saúde e desenvolvimento sustentável, a redução dos índices estatísticos de acidentes, ferimentos e moléstias do trabalho e o aumento de

11 A noção de sustentabilidade e trabalho perpassa pela idéia antropocêntrica que circunda a matéria ambiental.

12 A Constituição Federal do Brasil, dispõe, no art. 225, caput, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. O dispositivo constitucional ampliou a concepção de dignidade humana à conquista de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, este devendo compreender condições decentes de trabalho, moradia, educação e saúde.

oferta de educação, treinamento e reciclagem para os ambientes de trabalho. Ao todo, 19 Convenções da OIT traçam diretrizes e recomendações práticas em matéria de ambiente, segurança e saúde de trabalhadores envolvidos em diversos setores. Na lógica da Agenda 21, trabalho sustentável é aquele exercido em condições de seguridade e com responsabilidade socioambiental, de modo que homem e ambiente não sejam esgotados, mas se mantenham íntegros e produtivos¹³.

3.2 O trabalho sustentável e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e a agenda da OIT

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) fazem parte de uma agenda global fruto da negociação, concluída em 2015, entre os delegados dos Estados-Membros da ONU. Ao todo são 17 objetivos e 169 metas interconectados, que deverão ser desenvolvidos até 2030 e abordam os principais desafios de desenvolvimento enfrentados no mundo. Eles abrangem uma ampla gama de questões, desde a erradicação da pobreza e da fome até a ação climática, igualdade de gênero, energia limpa, trabalho decente e crescimento econômico sustentável.

13 O conceito de Desenvolvimento Humano da ONU leva em conta a ampliação das opções e oportunidades das pessoas e se fixa em três elementos: desfrutar de uma vida longa e saudável, adquirir conhecimentos e ter acesso a recursos necessários a um padrão de vida decente. <http://www.jt.estadao.com.br/noticias/98/08/15/artigos.htm> Nesse sentido, o trabalho decente relaciona-se claramente à ideia da ONU de vida decente. Com a terminologia “existência decente” já no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1967, existe uma ideia de trabalho decente (como aquele que garante uma existência decente), como se observa do art. 7º: Artigo 7.º Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial: Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: Um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular, às mulheres ser garantidas condições de trabalho não inferiores às aquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual; Uma existência decente para eles próprios e para as suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; Condições de trabalho seguras e higiênicas; Iguais oportunidades para todos de promoção no seu trabalho à categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e a aptidão individual; Repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos.

O plano de ação apresenta no preâmbulo que os objetivos e metas foram elaborados tendo como base os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio que não foram totalmente alcançados, e procuram concretizar “os Direitos Humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas. Eles são integrados e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a Econômica, a social e a ambiental” (ONU, 2015).

No tocante ao trabalho sustentável, pode-se mencionar alguns objetivos particularmente relevantes. O primeiro refere-se ao ODS 8, que versa sobre a promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos (ONU, 2015). Encontra-se no detalhamento desse objetivo, as dez metas para alcançá-lo, dentre elas: aumentar a produtividade através da diversificação, modernização tecnológica e inovação; promover políticas para o fim de apoiar atividades produtivas, geração de emprego decente, empreendedorismo, criatividade e inovação, bem o incentivo às micro, pequenas e médias empresas; melhorar a eficiência dos recursos globais no consumo e na produção, dissociando-se o crescimento econômico da degradação ambiental; alcançar o emprego pleno e produtivo, o trabalho decente para todos os homens e mulheres, jovens e pessoas com deficiência, buscando-se igualdade na remuneração; reduzir o número de jovens sem emprego, educação ou formação; erradicar o trabalho forçado e acabar com a escravidão e com o tráfico de pessoas, bem como assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil; proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos, inclusive para os trabalhadores(as) migrantes e pessoas com empregos precários; entre outros(ONU, 2015). No detalhamento dessas metas, verifica-se um esforço em nível internacional para identificar as faces do trabalho indecente, concluindo-se que nenhuma sociedade será sustentável enquanto houver as variadas formas superexploração da mão de obra (FINCATO; VIDALETTI, 2020).

Além disso, pode-se dizer que os ODSs 9 e 10 também são importantes para se alcançar o trabalho sustentável. O ODS 9 versa sobre a construção de infraestruturas resilientes, a promoção da industrialização inclusiva e sustentável e o fomento da inovação, ao passo que o ODS 10 aborda a desigualdade dentro do país e entre os países (ONU, 2015). As iniciativas sustentáveis podem impulsionar o crescimento econômico, gerar empregos e promover a sustentabilidade ambiental. No tocante a redução da desigualdade, entende-se a criação de condições justas, inclusivas e equitativas no mercado de trabalho, contribui para a diminuição da desigualdade da população.

Na mesma linha de raciocínio da Agenda 2030 da ONU, o diretor-geral da OIT, Gilbert F. Houngbo, destacou na sessão de abertura da 111ª Conferência Internacional do Trabalho, em junho de 2023, a necessidade de “integrar sistematicamente a agenda social em todas as principais políticas e ações internacionais, regionais e nacionais”, para o fim de combater as desigualdades econômicas (OIT, 2023). Ainda, segundo o diretor-geral a quarta revolução industrial e suas transformações dos métodos de produção, trazem oportunidades para um futuro melhor da sociedade (OIT, 2023). Nesse sentido, nos termos do Relatório V, da 110ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho de 2022, a digitalização do trabalho sob a forma de Inteligência Artificial (IA) “não é apenas destrutiva (levando à substituição de emprego), mas também transformadora (levando à criação de tarefas novas ou alteradas)” (OIT, 2022, p. 23). A introdução de novas tecnologias no mercado de trabalho (como a IA e a robotização) ao invés de serem consideradas como ameaça, devem ser utilizadas “para melhorar as condições de trabalho, reforçar o desempenho das instituições do mercado de trabalho e criar empregos nos setores do futuro” (OIT, 2022, p. 43) ou seja, a utilização dessas novas tecnologias disponíveis pode contribuir de maneira significativa para a proteção dos trabalhadores e concretização do trabalho decente e sustentável. No entanto, há o risco de precarização e empobrecimento do mundo do trabalho

se as novas formas de trabalho digital não se tornarem decentes, ou seja centradas no ser humano e sua dignidade como refere a Declaração do Centenário da OIT, reafirmada em 2023.

3.3 O conteúdo do trabalho sustentável

Segundo dados da OIT, mais de 160 milhões de trabalhadores ficam enfermos anualmente por conta da precariedade e ausência de segurança e higiene do trabalho. A carência de serviços básicos de saúde e a falta de bem-estar social é um desafio para o conceito de trabalho sustentável, pelo qual se pretende a melhoria das condições de vida sem o esgotamento dos recursos naturais. Isso é possível através de medidas integradas para um desenvolvimento econômico pautado pela ética da sustentabilidade, o que significa também políticas concretas e eficazes para a melhoria da qualidade de vida do ser humano que trabalha.

A deterioração do meio ambiente diz respeito a pautas de produção e consumo insustentáveis as quais põe em perigo a subsistência do homem trabalhador, especialmente aquele imerso na maior pobreza. O trabalho que expõe o agente a maiores riscos de acidentes e enfermidades, geralmente, é o realizado por crianças, mulheres e migrantes, além de outras pessoas em situação de exclusão social: é aquele lançado para a informalidade e, quando formal, manifesta-se como trabalho insalubre, perigoso e socialmente não reconhecido. Politicamente, é preciso, hoje, a criação de sistemas sociais e econômicos que garantam segurança básica e emprego, além de preparar o trabalhador para atuar em circunstâncias variáveis de um mercado global altamente competitivo. Isso significa que a OIT busca a proteção social e a formação dos trabalhadores para que estes e suas comunidades lidem com as vulnerabilidades e riscos no trabalho.

A OIT entende que o meio ambiente do trabalho é parte integrante e importante do meio ambiente considerado em sua totalidade, refletindo-se a melhoria da parte, no todo: ou seja,

um meio ambiente do trabalho¹⁴ saudável projeta-se no meio ambiente em geral e vice-versa. O trabalho sustentável é fonte de preocupações da OIT e de seus programas que buscam a melhoria do meio ambiente e a proteção da saúde do trabalhador. Nesse sentido, a OIT se empenha em promover a adesão aos princípios das Convenções nº 155 sobre “Seguridade e Saúde dos Trabalhadores” e Convenção n.161 sobre “Serviços de Saúde no Trabalho”, além da Convenção de nº 102, sobre “Seguridade Social”. Pela Convenção 155 (com o Protocolo Adicional de 2002) o termo “saúde” com relação ao trabalho abrange a ausência de afecções ou de doenças e na linha da definição da OMS para a qual “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não somente a ausência de doença ou enfermidade”. Com o Programa SafeWork de 2003, a OIT visa ampliar o debate sobre trabalho sustentável promovendo a Seguridade, Saúde e Meio Ambiente do Trabalho. A partir deste programa surgiu a Convenção 187 sobre Saúde e Segurança no Trabalho (SST). Através desta Convenção prioriza-se que o país membro da OIT estabeleça nacionalmente uma cultura de prevenção para práticas positivas no meio ambiente do trabalho. Além do programa de Saúde e Segurança no Trabalho (SST), importante trabalho da OIT diz respeito ao Relatório Green Jobs (Empregos Verdes: rumo ao Trabalho Decente em um mundo sustentável), apresentado em 2008 (OIT, 2008)¹⁵, pelo qual se visualiza a

14 Para efeitos deste trabalho, meio ambiente do trabalho, no Brasil, é parte do meio ambiente e possui uma definição própria na nossa Constituição, conjugando-se o art. 225 da CF/88 com o art. 200, inciso VIII, onde a expressão meio ambiente do trabalho aparece no contexto do direito à saúde. O meio ambiente do trabalho não refoge ao conceito contido no art. 3º, I, da L. 6.938/81, que define meio ambiente em geral como o conjunto das condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. O meio ambiente do trabalho pode ser caracterizado como a soma das influências do local em que se desenvolve o labor produtivo. Veja-se melhor o conceito em: MELO, 2008.

15 Este relatório, que aponta indicadores positivos de empregos sustentáveis foi encomendado e financiado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio-Ambiente (PNUMA) no âmbito da Iniciativa Conjunta sobre Empregos Verdes do PNUMA, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da Organização Internacional de Empregadores (OIE) e da Confederação Sindical Internacional (CSI). Foi elaborado pelo Instituto da Vigilância Mundial (Worldwatch Institute) com assistência técnica do Cornell University Global Labour Institute.

possibilidade de geração de milhares de empregos pela adoção de políticas ambientais limpas no mundo globalizado. “Trabalho decente em condições de seguridade”, portanto, diz respeito à necessidade de proteção da saúde física e mental do trabalhador, com preocupações de resguardo e ampliação da qualidade do meio ambiente do trabalho, mediante a adoção concreta de medidas que sejam expressão do princípio ambiental da prevenção¹⁶.

Como o problema ambiental está vinculado estreitamente ao direito à vida, o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito e dever fundamental (MELO, 2002), representando uma síntese das demais gerações ou dimensões de Direitos Humanos (SARLET, 2021). Com o paradigma ambiental não se desprezam os direitos de liberdade e igualdade no trabalho, já assegurados como patamares civilizatórios mínimos, tidos por “*jus cogens laborais*”, mas estes são redimensionados e integrados. O estudo do meio ambiente do trabalho saudável sublinha os fortes vínculos presentes entre direitos de uma mesma geração e intergeracionais. Provoca-se uma verdadeira integração horizontal de direitos de uma mesma geração. No caso dos direitos sociais não se pode falar de saúde, sem moradia, alimentação, sem trabalho digno. Há, ainda, uma integração vertical de direitos de geração distintos, visto que inexistente meio do ambiente equilibrado para o trabalhador se não estão garantidos a estes direitos de liberdade e os direitos de igualdade. Nesse ponto, sublinha-se a estreita vinculação entre direitos fundamentais dos trabalhadores proclamados pela OIT (ausência de trabalho forçado e infantil, trabalho sem discriminação e com liberdade) e trabalho sustentável

16 O princípio da prevenção, basilar do Direito Ambiental traduz a obrigação daquele que exerce atividade produtiva no sentido de evitar a ocorrência do dano ambiental e a poluição mediante o controle de ações que possam ser degradantes ao meio ambiente. O princípio de proteção plena ao trabalhador acolhe o princípio da prevenção e implica na responsabilidade do empregador de implementar medidas preventivas e protetivas de matriz individual e coletiva, para o resguardo dos ambientes laborais. O capítulo V da CLT ilustra as atitudes legais preventivas do empregador, além das Normas Regulamentadoras que complementam as obrigações deste, além de outros dispositivos legais contidos em extensa legislação própria.

ou ecológico¹⁷. De fato, se observa empiricamente que a violação de um direito fundamental repercute na negação nos demais. A partir destas considerações, conclui-se que não é possível considerarmos o meio ambiente do trabalho saudável quando: o homem que trabalha nele o faz em condições análogas a de escravo; se é permitido o trabalho infantil não remunerado e sem proteção social; ou, ainda, quando se dissemina, sem fiscalização ou repressão, a prática de ocupações exercidas de modo ilegal, ou de forma precária e degradante.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de trabalho decente representa uma tentativa da OIT de orientar os debates acerca das condições de trabalho no contexto da globalização. Este conceito insere a questão laboral em duas aspirações que marcam a civilização contemporânea: a ideia de dignidade da pessoa humana e o cuidado com o meio ambiente.

De fato, o trabalho decente deve ser entendido, de um lado, como concretização, no âmbito do trabalho, do princípio da dignidade da pessoa humana: é o trabalho digno. De outro, como vinculação à temática ambiental: temos assim o trabalho decente como trabalho sustentável.

Como trabalho digno, o trabalho decente inclui as exigências de uma ocupação produtiva, isto é, que seja apreendida pelo trabalhador e valorizada pela sociedade como uma contribuição eficaz ao bem geral. Inclui igualmente a justa remuneração, expressão do dever de justiça diante de uma prestação que beneficia, no limite, a todos. Também está contido no conceito de trabalho digno a atividade realizada em condições de liberda-

¹⁷ A conexão entre meio ambiente saudável e direitos fundamentais no trabalho é apreendida nos julgamentos de casos concretos de Ações Cíveis Públicas. Na violação de um direito ambiental geralmente segue-se o desprezo pelo ser humano trabalhador que tem violados direitos fundamentais. Veja-se as decisões: TRT10ª Região, 2ª T RO 73-202-811-10-00-6; RO 1382/21 TRT 10ª Região 3ª T; TRT 8ª Região, 1ª T, RO5309/22.

de e equidade (igualdade), que exige tratar igualitariamente os trabalhadores, afirmando, para todos, sua condição de sujeitos dotados de autonomia.

Como trabalho sustentável, o trabalho decente manifesta a conexão entre mundo do trabalho e meio ambiente. O trabalho sustentável nada mais é senão o trabalho que preserva a vida e o bem-estar do trabalhador, não comprometendo sua integridade física e psíquica, prevenindo as situações de vulnerabilidade, fomentando a preservação das circunstâncias materiais e sociais da atividade laboral a longo prazo. Nestes termos, a ideia de trabalho decente foi incorporada pela ONU como objetivo para o desenvolvimento do milênio, ao lado do crescimento econômico, o que sublinha a importância do tema.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos Humanos e trabalhadores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito**: Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito Internacional em um mundo em transformação**. New dimensions and challenges of international law: human rights and the environment. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. Trabalho decente: uma questão de sustentabilidade. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 214, Nov./Dez. 2020, p. 137-160.

GONELLA, Guido. **Bases de uma ordem social**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1947.

HONNETH, Axel. Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**. Porto Alegre, v.8, n.1, p. 46-67, jan/abr.2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAUPAIN, Francis. **Mondialisation de l'économie et universalité de la protection des droits des travailleurs**. Paper da Conferência, 26/ 27 de julho de 2000, Strasbourg.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. São Paulo: Ltr, 2008.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental**. São Paulo: LTr, 2002.

OIT. **Empregos Verdes: Trabalho Decente em um Mundo Sustentável e com Baixas Emissões de Carbono**. 2008. Disponível em: http://www.oit.org/wcmstp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_229627.pdf. Acesso em: 08 jun. 2023.

OIT. **GB.280/WP/SDG/1: Poverty reduction and decent work in a globalizing world**. Mar. 2001. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb280/pdf/sdg-1.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.

OIT. **Responder à crise e promover um desenvolvimento inclusivo e sustentável através de uma nova geração de políticas de emprego abrangentes**. 2022. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmstp5/groups/public/---europe/---ro->

geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_846597.pdf.
Acesso em: 10 jun. 2023.

OIT. **111ª Conferência Internacional do Trabalho:** tornar a justiça social uma questão prioritária na agenda global, diz diretor-geral da OIT. 06 jun. 2023. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_884271/lang--pt/index.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

ONU. **Transformando nosso mundo:** a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. 13 out. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.

ONU. **Unpacking deprivation bundles to reduce multidimensional poverty.** 2022. Disponível em: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdp-document/2022mpireportenpdf.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito Ambiental do Trabalho:** Mudança de Paradigma na Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador. São Paulo: LTr, 2002.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. **Meio ambiente do trabalho:** Considerações. Jus, 1999. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1202. Acesso em: 08 jun. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Palestra proferida em Curso de Direito Constitucional no Colégio Rosário.** Porto Alegre, 21 de outubro de 2001.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA ATUAÇÃO LEGISLATIVA E JUDICIAL NA DECISÃO SOBRE O MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS

Fernando Gomes de Andrade

1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Teoria da separação dos poderes logo se tornou essencial ao modelo liberal clássico do constitucionalismo do séc. XVIII e consistia em uma técnica com o intuito de limitar o poder do Estado e coibir a prática de arbitrariedades; apresenta, outrossim, caráter instrumental e apoia-se em três pontos fundamentais, quais sejam a democracia, a funcionalidade e os direitos fundamentais (BONAVIDES, 2004).

Tal teoria como fora concebida sofre sérias críticas acerca de sua aplicabilidade na realidade jurídica introduzida pelo constitucionalismo das Constituições sociais (séc. XX), especialmente no que tange às funções do Poder Judiciário nessa conjuntura na busca pela concretização dos direitos fundamentais e pelo sistemático adentramento em questões políticas.

É preciso verificar a mudança de paradigmas ocorrida com a transição do modelo do Estado de Direito Legalista para o Estado Constitucional, o qual alarga os espaços de atuação da jurisdição constitucional.

De fato até meados do séc. XX as Constituições eram entendidas como meros documentos políticos os quais deveriam ser submetidos à regulamentação por leis infraconstitucionais e só após tal legislação é que poderiam ser aplicados pelos tribunais judiciais; era o mito do legislador universal e ao juiz era atribuído um papel débil, neutro e pouco expressivo na aplicação do direito (CAPPELLETTI, 1984). Não é outro o entendimento de Montesquieu ao asseverar: “Os julgamentos devem se basear num texto preciso de lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos” (MONTESQUIEU, 1996, p. 175). Era preciso rever essa teoria com o escopo de adequá-la à realidade atual, pois, naturalmente por sua vetustez existiram desgastes; nas palavras de BARROSO: “ao longo de seu ciclo evolutivo, que ora se encaminha, quando não para decadência, ao menos para uma ampla reformulação” (BARROSO, 2002, p. 124). O modelo liberal que conduzia a decisão judicial ao processo silogístico lógico-formal de subsunção do fato à norma não é adequado para solucionar as novas demandas contemporâneas.

Fato é que o modelo de Estado Constitucional (Estado Democrático de Direito) exige a existência de uma Constituição dotada de caráter jurídico e de força normativa. O Estado Constitucional requer uma Lei Fundamental rígida, juridicamente subordinante de todos os poderes constituídos e asseguradora dos direitos fundamentais dos cidadãos (PEÑA FREIRE, 1997).

Essa mudança de paradigmas altera a atividade desempenhada pelo Judiciário. O estabelecimento de metas e programas sociais, capitaneadas por leis de semântica fluida, vagas e imprecisas, ocasiona maior liberdade na interpretação jurídica pelo Judiciário, representando alargamento da discricionariedade interpretativa, com a possibilidade de incremento da criação judicial do direito. CAPPELLETTI enfatiza a estrutura aberta dessas leis como “poderosa causa da acentuação que, nessa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes” (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).

Com o Estado Democrático de Direito os códigos não mais ocupam a centralidade do ordenamento jurídico, lugar este que passa a ser ocupado pelas Constituições democráticas. Nesse viés, a importância do poder judiciário é aumentada na medida em que a jurisdição constitucional assume relevante papel neste novo modelo de Estado, pois a ela cabe:

- a) o controle da constitucionalidade de toda produção legislativa e de suas omissões inconstitucionais;
- b) a interpretação em caráter de definitividade do texto da Constituição envolvendo, inclusive e sobretudo, a densificação semântica dos princípios;
- c) a intrincada questão de equacionar conflitos políticos de cariz constitucional;
- d) a defesa do Estado Democrático de Direito quando da proteção de minorias.
- e) Os princípios, dada sua natureza aberta, moldam-se às especificidades da sociedade no tempo e na história, portanto, sua plurivocidade permite a adoção de conteúdo semântico diverso ao longo da história. O princípio transforma-se (não aderimos ao termo *evolui* dada sua extremada subjetividade) com os moldes atuais do pensamento jurídico e para sua própria longevidade é preciso por vezes ser repensado e revisado. Segundo COELHO (2002): “Cumpre repensar a separação dos poderes sem perspectiva temporalmente adequada, porque sua sobrevivência, enquanto princípio, dependerá da sua adequação, enquanto prática, às exigências da sociedade aberta dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição”.
- f) Não se pode defender a sacralidade semântica de um princípio – e em especial o da separação dos poderes – tendo o mesmo singrado mais de dois séculos e, no caso brasileiro, também não se concebe que o mesmo tenha passado incólume em seu conteúdo ao longo de sete Constituições, não

obstante ainda ter experimentado a filosofia jurídico-política do constitucionalismo liberal, social e por último, democrático de direito. Evidentemente, nem a sociedade e nem as relações sociais se mantiveram idênticas do século XVIII até o século XXI, daí a necessidade de uma releitura do princípio da separação dos poderes à luz do Estado Democrático de Direito (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Entende-se no Estado Democrático de Direito que o juiz não é apenas a boca da lei, inanimado, mas cria norma mediante trabalho hermenêutico de cotejar os enunciados lógicos e axiológicos com a intenção de buscar o real – ou mais plausível – significado da lei (MONTESQUIEU, 2002) e que não existe um núcleo essencial à separação dos poderes de forma fixa e imutável.

No que tange especificamente ao objeto de análise investigado, constatamos que a atual Constituição brasileira dotou o Poder Judiciário de mecanismos de controle da atuação dos demais poderes como nunca antes experimentado. WERNECK VIANNA (1999) defende a tese de que *o constituinte desconfiou do legislador* alargando as competências do Poder Judiciário e conferindo-lhe um protagonismo nunca antes outorgado por outra Constituição ao longo da história.

A Constituição atual trata da autonomia financeira e administrativa do poder judicante, bem como reconhece novas prerrogativas, além de consolidar todas as anteriores e de erigir definitivamente o STF como guardião da Constituição e órgão que prolata a última palavra em matéria constitucional.

Como asseverado, a Constituição Federal de 1988 promoveu substancial mudança no papel do Poder Judiciário no tocante ao sistema político brasileiro, permitindo um novo arranjo institucional e transformando demandas políticas em questões aptas a serem equacionadas judicialmente; contribui para isto o fato de ser uma Constituição analítica. Os meios de acesso ao Judiciário foram alargados em uma multiplicidade de ações cujos autores alcançam desde o cidadão individualizado, até expressões

da sociedade civil organizada, tais como associações, sindicatos e demais pessoas jurídicas. Na verdade, a Constituição atual conjugou de forma inédita no Brasil a democracia política aliada a um controle recíproco entre os poderes e o reconhecimento de um longo rol de direitos fundamentais (CARVALHO, 2004).

A Constituição garantiu autonomia ao Poder Judiciário, aumentou de forma significativa suas competências, inclusive com um extenso catálogo de ações difusas e abstratas de controle (fiscalização) de constitucionalidade. Promoveu o fortalecimento de importantes instituições como a Defensoria e o Ministério Público, tudo isso contribuiu para a consolidação do acesso das decisões políticas via Poder Judicial, cujos fatores, quando somados, criam um terreno fértil para expansão do Poder Judiciário criando-se um “fórum de contestação de políticas públicas e projetos de governo, uma espécie de segunda instância deliberativa” (VERÍSSIMO, 2008).

A Constituição brasileira atual ao trazer novas competências ao Judiciário estimulou a participação mais efetiva deste poder no equacionamento de novas – e múltiplas – demandas, portanto, a *judicialização* era algo previsto e (talvez) objetivado pelo constituinte originário. Ao texto original foram somadas ainda mais competências pelo constituinte derivado que ao promulgar a Emenda Constitucional nº 45/2004 reforçou a legitimidade do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional como um todo, pois com o advento desta emenda foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão fiscalizador das atividades do Poder Judiciário e a criação da súmula vinculante além de estabelecer o princípio da duração razoável do processo para aumentar a celeridade nas decisões judiciais.

Perceba-se que a crença no processo célere e eficaz faz aumentar o número das demandas, mais um fato que contribui com a judicialização.

Igualmente, a criação dos juizados especiais – com ritos processuais mais rápidos e menos burocráticos – cíveis, criminais, federais e da fazenda pública, promoveram aumento no número de processos judiciais o que favorece à judicialização.

Diante de tal esforço na reconstrução de fragmentos da história, o subtítulo mais coerente para este subitem poderia ser: “a desarmonia e desequilíbrio na separação dos poderes na história constitucional brasileira”, haja vista existirem apenas lampejos de *cheks and balances*, mas sem continuidade e controle recíproco efetivo, entretanto, essa *desarmonia* reflete sempre o momento político pelo qual atravessa o país.

Na atualidade o Brasil experimenta seu mais longo período democrático com o fortalecimento das instituições e maior atuação da sociedade civil organizada legitimada para a busca pela concretização dos direitos e da Constituição e o credo em um Judiciário atento e diligente capaz de responder positivamente às suas expectativas.

O momento político atual, somado às novas funções judiciais e a consolidação da democracia tornou fértil o solo da judicialização da política, de modo que nos dias atuais é difícil encontrar problema que não seja solucionado pelo magistrado.

Não são poucos os óbices apontados pela doutrina a uma atuação mais criativa no sentido do Judiciário equacionar questões de natureza política, mesmo quando promotora dos direitos fundamentais, questionando sua legitimidade em adentrar nesta discussão, dentre os quais destacamos¹:

- a) O princípio da separação dos poderes como limite funcional;
- b) Posituação genérica e abstrata, em regra, dos direitos sociais e heterogeneidade desses direitos;

¹ Embora existam ferrenhos defensores como CAPPELLETTI, Mauro. *Apuntes para una fenomenologia de la justicia em el siglo XX*. In: Revista de Processo, São Paulo: RT. CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel dirittocomparato*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1968 ao demonstrar o novo papel dos juízes discorrendo que os mesmos devem: “*hacer observar normas y derechos constitucionales vagamente formulados y que a menudo requieren la intervención activa del Estado*”, discorre ainda que resta ao judiciário duas alternativas: ou mantém aquela clássica e típica concepção oriunda do séc. XIX ou assume seu novo papel e “*eleva-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador*”.

- c) Necessidade de coadunar a concretização dos direitos sociais com opções políticas que considerem as possibilidades econômico-financeiras do Estado, posto que a simples decisão judicial não teria exequibilidade na ausência de meios materiais, fato que conduziria a um comando judicial vazio;
- d) Ausência de plena eficácia das normas programáticas;
- e) Inexistência de controle judicial sobre a discricionariedade administrativa;
- f) Ausência de aparelhamento técnico-operacional; g) Ausência de legitimidade do judiciário;
- g) Inadequação das ações judiciais clássicas para tutela dos direitos sociais;
- h) Falta de tradição do Poder Judiciário em matéria de direitos sociais;
- i) O caso concreto julgado ser momento pouco apropriado para discutir medidas de alcance geral;
- j) O princípio da progressividade.

Apresenta-se como necessário enfrentar o argumento de impossibilidade de atuação judicial em invalidar decisões qualificadas como políticas, além do ato administrativo estar embasado em conhecimento ou perícia técnica próprios da Administração e estranhos ao Judiciário, portanto, o processo judicial não seria o *locus* adequado para discussão destas temáticas.

Paulo Bonavides (2003, p. 382) afirma que: “cumprida toda uma trajetória de avanços sociais das Constituições já não se reclamam direitos, mas garantias”⁴³⁰. Acerca do tema OLIVEIRA (2002, p. 161) observa: “se os direitos civis e políticos podem ser assim considerados porque podemos recorrer ao Judiciário caso eles sejam desrespeitados, manda pelo menos a coerência que nos indaguemos a respeito da possibilidade de utilização do mesmo Judiciário para a defesa dos direitos sociais e econômicos”.

Não há uma definição absoluta ou essencial acerca do caráter “político” ou “técnico” de uma questão, o que constitui uma fronteira indeterminável entre tais questões e aquelas “jurídicas”, embora nosso entendimento repouse no argumento que quanto maior for a margem de decisão do legislador ou administrador em promover políticas públicas, menor será a possibilidade de atuação judicial haja vista o órgão judicante não poder substituir as demais funções do poder em suas típicas competências.

Considerando o óbice de natureza técnico-operacional, não há como olvidar que os poderes Executivo e Legislativo encontram-se melhor aparelhados de órgãos técnicos com maior capacidade de assessorá-los quando da solução de problemas complexos, especialmente no tocante às implicações macropolíticas que afetam vários campos de ação do poder público e da tomada de decisões de grande impacto político. Há maior previsibilidade das consequências de suas decisões. O poder Judiciário não dispõe de iguais subsídios, pois quando analisa o caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença; desta forma, quando da análise dos problemas de maior complexidade – concretização dos direitos sociais prestacionais e consequente adoção de determinadas políticas públicas – os órgãos políticos (Legislativo e Executivo) teriam mais condições de apreciação.

Lênio Streck (2003, p. 203) explica que: “Quando clamo por um intervencionismo substancialista, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais”².

Interessante é a doutrina de Krell (2000, p. 56) ao afirmar que:

Onde o processo político (Legislativo e Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao poder judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção de prestações dos serviços sociais básicos.

2 STRECK, Lênio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais**. In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 203.

Ainda na doutrina de Krell (2000, p. 57), este autor, sob influência de Cappelletti, sugere uma “mescla do nosso sistema legalista (brasileiro) com ingredientes do juízo discricionário da equidade, para transformar o terceiro poder em grande instrumento de evolução frente às disposições constitucionais programáticas”.

Entendemos que a atuação judicial não deve ser mitigada nem afastada do debate acerca da criação de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais, muito menos de se abster em equacionar questões políticas promotoras de direitos fundamentais.

Gouvêa (2003, p. 21) cita o argumento clássico de Hamilton, segundo o qual “o magistrado, ao controlar a atuação dos demais poderes, está fazendo com que prevaleça não a sua vontade pessoal, mas sim a vontade do povo corporificada na Constituição”; logo, a alegação de ordem político-funcional no qual cada Poder possui esfera específica de atuação que deve ser seguida rigidamente para um melhor rendimento, afastando o Judiciário de prerrogativas políticas, aliada a afirmativa de que o Judiciário não possui aparato técnico para equacionar questões policêntricas que envolvem atuação macropolítica não deve subsistir aprioristicamente haja vista serem problemáticas aventadas com o escopo de subjugar a atuação judicial; verifica-se o problema da inexistência de função única e rígida entre os poderes e no caso do aparato técnico não há da mesma forma problema haja vista o Judiciário poder recorrer ao auxílio de *experts* (peritos), esses velhos conhecidos da prática forense sempre que falta ao julgador conhecimento técnico específico em determinada área para solucionar a controvérsia e concretizar os direitos, entretanto, como observa Canotilho (2003, p. 15): “o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional”.

Por fim, conforme ventilado, há argumentos defendendo que decisões políticas devem ser prolatadas pelos órgãos eleitos diretamente pelo voto popular como os poderes Legislativo e Executivo, pois seriam os representantes diretos do povo em oposição ao Judiciário que não dispõe dessa legitimidade.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência constitucional, na Alemanha, não recusam uma atitude política do judiciário, desde que desenvolvida dentro de certos limites³.

O Judiciário, em suas decisões, não estará livre para decidir sem nenhum parâmetro legal, mas deve ser orientado pelos princípios fundamentais e pelos valores contidos na Constituição. Clève (1993, p. 300) orienta que “Justiça e racionalidade; aqui se encontram os fatores legitimadores da atuação jurisdicional do Estado democrático de direito”, mais adiante explicita que “a justiça da decisão judicial é a justiça deduzida de um texto constitucional que procura privilegiar a dignidade de pessoa humana”.

Ademais, tal limitação que é imposta pela doutrina à atuação judicial no desiderato do equacionamento de questões políticas promotoras de direitos fundamentais de falta de legitimidade do órgão judicante, condição essencial para tomada de decisões de natureza política é refutado nos casos de eleição dos juízes pelo voto popular ou mesmo quando tais juízes forem indicados pelo executivo eleito, donde de modo inequívoco são chamados à tomada de decisões políticas.

Baracho (1996, p. 435) contribui com nossa explanação ao afirmar que a legitimidade dos juízes embora não encontre guarida em origem popular pelo caráter representativo, pode ser expressa nas decisões por ele prolatadas sempre que forem amparadas nas aspirações do povo em consonância com o ordenamento jurídico, bem como encontra sua legitimidade “em conformidade com as espécies de recrutamento de seus componentes, isto é, na maneira como são chamados a exercer a própria função”.

Caso haja omissão legislativa inconstitucional acerca dos direitos fundamentais e tal omissão causar prejuízos e danos ao mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana,

3 Nesse sentido, Andreas Krell citando Roman Herzog quando este defende que o juiz estaria envolvido no processo da política social e obrigado a “tomar partido”, bem como a doutrina de Jutta Limbach que, repudiando a ideia do juiz político-partidário, defendeu o juiz político, representante do seu Estado. KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 95.

o Judiciário deve colmatar a lacuna (ANDRADE, 2004) e, diretamente, determinar o fim da patente inconstitucionalidade, garantindo a efetividade destes direitos (CORREIA, 2004).

2 MARCO TEMPORAL PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS NA ATUAÇÃO DOS PODERES.

Questão relevante e atual, na atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário é o marco temporal das terras indígenas, haja vista não poucas vozes bradando pela inconstitucionalidade do PL nº 490/2007, já aprovado na Câmara dos Deputados e judicializado no STF. O referido projeto de lei objetiva alterar a Lei nº 6.001/1973 que dispõe acerca do Estatuto do Índio. O temor é que o marco temporal dificulte os procedimentos de demarcação de terras pois determina a comprovação de ocupação da etnia àquele território em período anterior à promulgação da Constituição Federal.

Em termos gerais, o supramencionado projeto de lei determina que apenas teriam direitos sobre as terras aquelas que já fossem ocupadas no marco do dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Trata-se, portanto, de importante decisão que envolve os direitos fundamentais. Ressaltamos que em 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 1.017.365, em um processo no qual se discute uma reintegração de posse movida contra o povo Xokleng, em Santa Catarina. A decisão do STF neste caso repercutirá em todo o país erga omnes. Será a oportunidade de decidir qual tese prevalecerá, pois de um lado há a Teoria do Indigenato que reconhece aos povos indígenas a posse das terras tradicionalmente ocupadas como um direito originário e anterior à criação do Brasil. Ressalte-se que esta teoria foi albergada pela atual Constituição no art. 231. Em contraposição, há a tese do marco temporal

que objetiva restringir a definição mais ampla apresentada pela teoria supramencionada. Neste sentido, os povos indígenas apenas gozariam do direito à demarcação das terras que estivessem sob sua posse no dia 5 de outubro de 1988, ou no limite desta data, estivessem sob disputa comprovada (Judicial ou física).

No momento da feitura deste artigo, o placar da decisão encontra-se empatado, pois o Ministro Relator Edson Fachin votou contra e o Ministro Nunes Marques votou a favor. Chama atenção a bem-vinda presença do *amicus curiae* nas seis sessões de julgamento, dos quais a maioria posicionou-se contra o marco temporal, também o Procurador-Geral da República, Augusto Aras, foi favorável à tese indígena.

Segundo o voto do Relator, Min. Edson Fachin:

Nada obstante, autorizar, à revelia da Constituição, a perda da posse das terras tradicionais por comunidade indígena, significa o progressivo etnocídio de sua cultura, pela dispersão dos índios integrantes daquele grupo, além de lançar essas pessoas em situação de miserabilidade e aculturação, negando-lhes o direito à identidade e à diferença em relação ao modo de vida da sociedade envolvente, expressão maior do pluralismo político assentado pelo artigo 1º do texto constitucional. Não há segurança jurídica maior que cumprir a Constituição.

Para o Min. Nunes Marques:

Posses posteriores [à promulgação da Constituição] não podem ser consideradas tradicionais, porque implicaria não apenas no reconhecimento dos indígenas a suas terras, como no direito de expandi-las ilimitadamente para outras áreas já incorporadas ao mercado imobiliário nacional.

Não obstante o processo legislativo ainda estar em tramitação no Senado Federal, portanto ainda sendo analisado e discutido, e

mesmo o processo judicial no Supremo Tribunal Federal encontrar-se distante do julgamento final, surge a seguinte questão: qual dos Poderes teria a palavra final sobre o caso? Tal decisão, a favor ou contra o marco temporal, estaria dentro ou fora dos limites da jurisdição constitucional? Poderia ser enquadrada como intromissão indevida, acréscimo de poder ou abuso do poder jurisdicional? Em nosso entendimento, trata-se de direitos fundamentais e aplicação cristalina da Constituição, a qual tem, no STF, seu guardião.

Nesse diapasão, pode-se invocar a aplicação do princípio da fraternidade para refutar a tese do marco temporal. Tal princípio vem sendo largamente utilizado nos Tribunais Superiores. Como exemplo, o voto do Ministro Gilmar Mendes no ADPF 811 ao asseverar:

No limiar do século XXI, liberdade e igualdade deveriam ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade, de modo que a fraternidade poderia constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

Na esteira do entendimento do Ministro Gilmar Mendes percebe-se que há uma tendência de que a Teoria do Indigenato será aplicada na decisão em análise, fato que se encontra alinhada com o próprio texto constitucional.

A fraternidade como categoria jurídica evidencia a liberdade e a igualdade ao tornar possível a concretização de tais princípios. Vale dizer que veremos a plena liberdade e igualdade quando tais princípios forem pautados pela fraternidade. (MACHADO, 2014, p, 235) assim evidencia: o constitucionalismo contemporâneo evoluiu do liberal para o social e deste para o humanista, atingindo, na atual quadra da história, o estágio fraternal”. Neste sentido, a discussão do marco temporal, nos Poderes Legislativo e Judiciário, deve ser pautada e decidida à luz do constitucionalismo fraternal o qual traz consigo os mais altos valores de dignidade da pessoa humana.

Tal premissa pressupõe um entendimento dialogal entre os Poderes haja vista os limites de suas respectivas competências.

Também na lição de FONSECA (2014, p. 19): a redescoberta do princípio da fraternidade apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias ocidentais”.

O supramencionado Ministro do STJ, há muito tempo aplica em suas decisões o princípio jurídico da fraternidade, pois entende que “precisamos de um sistema de justiça eficiente e célere, que acompanhe as transformações sociais, mas que, ao mesmo tempo, garanta os Direitos Humanos fundamentais, propiciando sempre a abertura para uma sociedade fraterna (FONSECA, 2014, p. 22). Será importante que tal preocupação seja compartilhada com o Legislativo na criação de uma legislação fraterna.

Não nos parece constitucionalmente adequado a reformulação dos conceitos que servem como base para a política indigenista, como por exemplo, a tradicionalidade da ocupação da terra, o usufruto exclusivo, bem como o direito originário, atacados pelo PL 490/2007 e já aprovado na Câmara dos Deputados.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante o PL 490/2007 encontrar-se aprovado na Câmara dos Deputados e aguardando apreciação pelo Senado Federal, tramita no Supremo Tribunal Federal processo com repercussão geral que pode obstar a tese do marco temporal e ratificar a aplicação da Teoria do Indigenato escrito no art. 231 da Carta Magna. O princípio da Fraternidade pode ser invocado como fundamento jurídico em tal decisão com clara competência da jurisdição constitucional, mas para o deslinde satisfatório da controvérsia, a dialogicidade entre os Poderes será essencial para a manutenção das competências e a tomada da melhor decisão possível à luz do constitucionalismo fraternal.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 113, nº 03, 2000.

ANDRADE, Fernando Gomes de. **Direitos Sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A plenitude da cidadania (teoria geral da cidadania) e as garantias constitucionais e processuais. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos no direito brasileiro**. Costa Rica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. São Paulo: Renovar, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Apuntes para uma fenomenologia de la justicia em el siglo XX. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RT. CAPPELLETTI, Mauro. Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel dirittocomparato. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad e legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis (Org.). **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **A judicialização**

da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. ABCP. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: **Revista de Informação Legislativa nº 117**, Brasília, jan/mar. 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, et ali. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CORREIA, Sérvulo. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. In **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes.** Lisboa (Edição da FDUL): Coimbra Editora, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetividade da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **A Conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade:** a experiência da Justiça Federal da Primeira Região. Dissertação de Mestrado em Direito defendida na PUC-SP, 2014, disponível em <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6642/1/Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>., acesso em 5 de maio de 2023.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**

nº 10 – Recife: Universidade Federal de Pernambuco / CCJ/ João Maurício Adeodato (Coord.), Recife: editora universitária da UFPE, 2000.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal.** Tese de Doutorado defendida na PUC-SP, 2014, disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6436/1/Carlos%20Augusto%20Alcantara%20Machado.pdf>, acesso em 12 de maio de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant. **O espírito das leis.** Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Luciano. Os direitos sociais e econômicos como Direitos Humanos: problemas de efetivação. In: LYRA, Rubens Pinto (org.) **Direitos Humanos: os desafios do Século XXI – uma abordagem interdisciplinar**, Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. La garantía en el estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta, 1997, p. 55.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.** SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VERÍSSIMO, Marcos P. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

O DIREITO HUMANO A IGUALDADE DE GÊNERO E A NÃO VIOLÊNCIA – A FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO FACILITADOR

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira

1 INTRODUÇÃO

A proposta de temática em seu primeiro tópico envolve a apresentação cronológica sobre os sistemas normativos que deram origem aos documentos internacionais sobre a proteção dos Direitos Humanos, com destaque específico para aqueles Tratados, Convenções e Recomendações que abrangem especificamente Mulheres e Meninas.

Tal recorte pretende demonstrar que apesar de existirem inúmeros sistemas normativos de proteção para os Direitos Humanos desde o início do século XX, consta-se que na sociedade contemporânea, apesar de todos os avanços das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), presentes na Sociedade em Rede, a igualdade de gênero enquanto Direito Humano Fundamental ainda não foi alcançada.

No segundo tópico destaca-se que o sistema normativo dos Direitos Humanos, não tem impedido graves violações na proteção aos Direitos Humanos das Mulheres e Meninas - violência de gênero -, que abrangem diferentes tipos e formas de violência, as quais se intensificaram com o início da pandemia da COVID-19.

O último tópico analisa a possibilidade de o Valor-Princípio Fraternidade ser um instrumento facilitador como fundamento e essência na proteção das mulheres e meninas contra as gravíssimas e persistentes formas de violência que impedem uma efetiva igualdade de gênero, em respeito aos seus Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA BREVE CRONOLOGIA

O recorte metodológico do presente estudo propõe analisar pontualmente a proteção dos Direitos Humanos tendo por base documentos internacionais produzidos a partir do século XX, que buscam propiciar e ampliar o respeito à dignidade de todos os seres humanos, cuja proteção e efetivação são essenciais para tentar impedir todas as formas de desigualdades, discriminações e violência, principalmente contra mulheres e meninas.

Destaca-se a importância da proteção dos Direitos Humanos a partir de um sistema normativo universal/global - Organização das Nações Unidas (ONU) -, como também pelos sistemas regionais - Organização dos Estados Americanos (OEA) e União Europeia (UE), por meio de Tratados, Declarações, Convenções e Recomendações, em um esforço internacional que vem demonstrando cada vez mais a preocupação com a efetivação dos Direitos Humanos das Mulheres e Meninas, a partir de uma perspectiva de gênero¹.

Pela sua importância histórica, destaca-se primeiramente a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, a partir de

¹ O conceito de gênero aqui utilizado parte de uma abordagem feita por Maria Helena Santana Cruz. Segundo a autora gênero é “[...] o conjunto de normas, valores, conceitos e práticas através das quais as diferenças biológicas entre homens e mulheres são culturais e simbolicamente significadas. Gênero e identidade não são substâncias ou unidades fixas e naturais, mas relações construídas culturalmente [...]” (2012, p. 28-29).

“[...] uma concepção necessariamente integral ou holística de todos os Direitos Humanos” (CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 17).

Posteriormente, a DUHU foi reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993², onde se constata uma concepção que abrange um conjunto mínimo de direitos cujos destinatários são todos os seres humanos, independentemente de seu gênero (feminino e masculino), uma vez que estão essencialmente baseados no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Declaração de Viena em seu Preâmbulo reafirma a dignidade e o valor da pessoa humana, e a igualdade de direitos de homens e mulheres, e a preocupação com as várias formas de discriminação e de violência que as mulheres continuam a estar expostos por todo o mundo. Além disso, incentiva todos os Estados a cumprirem suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal, da observância e da proteção de todos os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais para todos ressaltando que “a natureza destes direitos e liberdades são inquestionáveis” (ONU, 1993, p. 2).

Porém, de acordo com Pérez-Luño “[...] os Direitos Humanos estão positivados apenas no âmbito externo, caracterizando um menor grau de concretização positiva” (1998, p. 47). Significa dizer, que os Direitos Humanos possuem uma abrangência internacional, mas para assegurar sua proteção interna, ou seja, sua concretização positiva, os Estados integrantes da comunidade internacional necessitam ir além para efetivamente garantir uma proteção plena para os Direitos Humanos.

Ainda dentro deste esforço internacional/global da ONU, destaca-se também: a) Declaração e Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo (Egito, 1994); b) Declaração e Plataforma de Ação em Pequim (China, 1995) referente a promoção da agenda da igualdade de

2 Declaração e Programa de Ação de Viena – Conferência Mundial sobre Direitos Humanos realizada em Viena (Áustria), de 14 a 25 de junho de 1993. Disponível em: www.cedin.com.br Acesso em: 02/05/2023

gênero, além de definir o conceito de gênero³ para a agenda internacional; c) Declaração e Plano de Ação de Durban (África do Sul, 2001).

No continente americano menciona-se a criação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), que teve início formalmente com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH), na 9ª Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá (Colômbia), em 30 de abril de 1948⁴, quando foi adotada também a Carta da OEA⁵, proclamando em seu Artigo 3º, os direitos fundamentais da pessoa humana sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo (Art. 3º, L), como um dos princípios fundadores da Organização.

Nesta mesma Conferência da OEA foram concluídas duas importantes Convenções: a Convenção Interamericana sobre Concessão de Direitos Políticos à Mulher, e a Convenção Interamericana sobre Concessão dos Direitos Civis à Mulher, ambas assinadas em Bogotá (Colômbia), em 1948 ficando estabelecido “Que a mulher tem direito igual ao do homem na ordem civil” (MPF, 2015, p. 205-209).

Na composição da estrutura da OEA, encontra-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁶, como entidade autônoma da OEA, instalada em 1960 quando o Conselho da OEA aprovou seu Estatuto, e de acordo com o Capítulo XV,

3 O conceito de gênero adotado em Pequim permitiu passar de uma análise da situação da mulher baseada no aspecto biológico para uma compreensão das relações entre homens e mulheres como produto de padrões determinados social e culturalmente, e, portanto passíveis de modificação.

4 Ressalta-se pela sua importância que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH), adotada pelos Estados Partes da OEA em abril de 1948, é anterior a Declaração Universal dos Direitos Humanos de dezembro de 1948, que já estabelecia em seu Preâmbulo que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência devem proceder fraternalmente uns para com os outros” (OEA, DADDH, 1948).

5 O Artigo 1º da Carta da OEA estipula que dentro das Nações Unidas, a OEA constitui um organismo regional. A Carta da OEA passou por modificações, mediante Protocolos de Reforma, a saber: 1º) Buenos Aires (1967); 2º) Cartagena das Índias (1985); 3º) Washington (1992); 4º) Manágua (1993) - (Cf. OEA, Carta, 1948).

6 É uma unidade administrativa especializada criada na 5ª Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores realizada na Cidade de Santiago (Chile), em 1959.

“[...] tem por principal função promover a observação e a defesa dos Direitos Humanos. e servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria” (OEA, 1948).

Depois de vinte um anos, a OEA, deu um passo importante ao aprovar a Convenção Americana dos Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica em 1969, enquanto instrumento vinculado ao Sistema Interamericano reafirmando “que pessoa é todo o ser humano”, conforme estabelecido em seu Art. 1º, inciso 1º (OEA, 1948).

Posteriormente, a OEA proclamou outras Convenções, a saber: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, Cartagena, 1985; Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Protocolo de San Salvador, 1988; Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, Montevideu (Uruguai), 1989; Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção (Paraguai), 1990; Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores, México, 1994; Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, em Belém do Pará (Brasil), 1994 (Cf. TRATADO DE DIREITOS HUMANOS, vol.3, 2015).

Tendo em vista que neste estudo um dos focos principais é a violência, enfatiza-se a importância da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará (Brasil), de 1994, onde se afirma que a violência contra a mulher “[...] constitui violação dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e limita todos ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades” (MPF, 2015, p. 213).

Ao finalizar os instrumentos normativos da OEA, menciona-se, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999, na Guatemala, para “[...] prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras

de deficiência e propiciar a sua plena integração à sociedade” (BRASIL, 1999, p. 3).

Por outra parte, depois de várias conferências, inúmeras reuniões e discussões a ONU aprovou em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, denominada Convenção da Mulher (sigla em inglês *CEDAW*), que entrou em vigor em 03/09/1981, sendo considerada uma espécie de divisor de águas na história dos direitos femininos.

Cabe enfatizar que a *CEDAW* é pioneira no tratamento sobre os Direitos Humanos das Mulheres, tanto na promoção pela busca da igualdade de gênero como na proteção em relação às discriminações (PIMENTEL, 1979, p.14). Em outras palavras, a *CEDAW* se transformou em um importante instrumento internacional para o reconhecimento dos Direitos da Mulher como Direitos Humanos, consolidando avanços principiológicos, normativos e políticos (PIMENTEL, 1979, p. 15).

Menciona-se outro instrumento internacional sobre Direitos Humanos fora do sistema universal (ONU) e regional (OEA): a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais⁷ (*European Convention of Human Rights*), assinada em Roma (Itália), pelo Conselho da Europa em 1950, com o compromisso de “[...] assegurar a garantia coletiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal” (UE, 2021, p.5).

Ao finalizar este tópico cabe fazer referência ao primeiro Tratado Internacional sobre a Violência e Assédio no Mundo do Trabalho, ou seja, a Convenção sobre Violência e Assédio (Nº190) e sua Recomendação (Nº 206), aprovadas e adotadas na Conferência Internacional do Trabalho (CIT), da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁸, em 21/06/2019, que entram em vigor dois anos depois (25/06/2021).

7 A Convenção Europeia passou desde sua aprovação por várias modificações introduzidas por Oito Protocolos, dos quais o último foi introduzido em 2021.

8 Cabe lembrar que a OIT foi criada em 1919, para promover a justiça social. É uma agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU).

Destaca-se, que pela primeira vez, depois de cem (100) anos da criação da OIT, estas novas normas internacionais do trabalho fornecem uma definição de violência e assédio instituindo uma estrutura comum para sua prevenção, tratamento e eliminação, com o objetivo de ajudar a construir um mundo de trabalho justo, respeitoso e seguro para todas as pessoas por meio do diálogo social (OIT, 2021).

O governo brasileiro em março deste ano (2023) deu um passo muito importante na busca pela igualdade de gênero no mundo do trabalho, ao iniciar o processo de ratificação da Convenção nº 190, sobre Assédio e Violência no Trabalho, e da Convenção nº 156, sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família (OIT, 2023).

Entretanto, segundo o Relatório da OIT publicado em 06/03/2023, as desigualdades de gênero no acesso ao emprego, nas condições de trabalho e a disparidade salarial entre homens e mulheres pouco melhoraram nas últimas duas décadas, de acordo com o novo indicador desenvolvido pela OIT, o *Jobs Gap*, que capta todas as pessoas sem trabalho que estão interessadas em encontrar um emprego (OIT, 2023).

Após esta concisa análise da cronologia da proteção internacional dos Direitos Humanos a partir de um sistema normativo universal/global (ONU), dos sistemas regionais (OEA) e União Europeia (UE), se verificou que existe um esforço internacional na prevenção e efetivação dos Direitos Humanos das Mulheres, a partir de uma perspectiva de gênero. Porém tais instrumentos normativos não conseguiram na prática, apresentar resultados mais concretos para impedir o aumento nos índices de todas as formas de violência e discriminações contra as mulheres e meninas.

3 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A (DES) PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA AS MULHERES E MENINAS

Apesar do avanço normativo de proteção aos Direitos Humanos, constata-se ainda uma violação na proteção aos Direitos Humanos das Mulheres e Meninas, ou seja, violência de gênero, que segue restringindo o direito a uma vida digna, livre de discriminações, violência e pobreza, que se intensificou ainda mais com o início da pandemia da COVID-19 levando bilhões de pessoas em todo o mundo, ao isolamento social “[...] reforçado por medidas para a redução de circulação urbana, como a suspensão de atividades não essenciais e diminuição de frota de transportes públicos” (ONU, 2020a, p. 5).

As medidas protetoras utilizadas para conter o contágio global do novo Coronavírus (COVID-19) acabaram resultando concretamente no aumento da violência contra as mulheres e meninas, pois tais medidas impulsionaram a convivência doméstica e familiar “[...] em espaços e condições nem sempre adequados para comportar as recém-criadas necessidades de ensino à distância, teletrabalho e cuidados domésticos” (ONU, 2020a, p. 5).

Em outras palavras, o isolamento social fez com que a dimensão da violência praticada contra as mulheres e meninas aumentassem paulatinamente, já que os dados apresentados no Relatório sobre Violência da ONU Mulheres⁹ em 2020 demonstram a importância dos organismos internacionais no enfrentamento da violência a partir de uma perspectiva de gênero.

As múltiplas formas de violência contra as mulheres e meninas continuam a existir e, não são invisíveis, mostrando o seu lado sombrio mesmo durante a pandemia. Aliás, desde a colonização imposta pelos portugueses, as mulheres brasileiras têm convivido com desigualdades constantes e abrangentes, somadas a violência nos mais diversos espaços - privado e público -, em

9 A ONU Mulheres é uma entidade das Nações Unidas criada em 2010, para promover a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres. Tem por objetivo fortalecer e ampliar os esforços mundiais em defesa dos Direitos Humanos das Mulheres e Meninas, e atua como Secretariado da Comissão da ONU sobre a situação das Mulheres (CSW).

casa, na rua, no trabalho (formal e/ou informal), e na sociedade contemporânea, também nos ambientes virtuais.

Ressalta-se que no Brasil as causas históricas da violência¹⁰ contra as mulheres são estruturais e dizem respeito às desigualdades sociais, discriminações e de poder baseadas no gênero, raça e cor, que afetam diretamente a renda mensal, as condições de moradia, o acesso à educação, a incidência de violência, e a representação política aumentando assim os níveis de vulnerabilidade econômica e social para as pessoas de cor ou raça preta, parda ou indígena, como vem demonstrar ao longo dos anos, por exemplo, os diferentes indicadores sociais do IBGE¹¹ e do IPEA¹².

É importante frisar o papel da ONU Mulheres como uma liderança global em defesa das mulheres e meninas, apoiada pela fusão de quatro organizações da ONU: a) a Divisão da ONU pelo Avanço das Mulheres; b) o Instituto Internacional de Pesquisa e Treinamento pelo Avanço das Mulheres; c) o Escritório da Assessora Especial para Questões de Gênero e o Avanço das Mulheres; d) o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para as Mulheres.

Na busca de estabelecer padrões globais para alcançar a igualdade de gênero, a ONU Mulheres tem trabalhado com os Governos e a sociedade civil na formulação de leis, políticas, programas, ações e serviços que são essenciais para a sua concretização. Por isso, devido ao aumento das formas de violência de gênero durante a crise sanitária da pandemia da COVID-19, o Secretário-Geral da ONU, António Guterres lançou em outubro de 2020, através do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)

10 Outros indicadores sobre violência podem ser consultados no ATLAS DA VIO-LÊNCIA 2021, desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em parceria com o Instituto Jones dos Santos Neves (IJSN), sob a coordenação de Daniel Cerqueira.

11 Os principais indicadores sociais utilizados pelo IBGE são: educação, saúde, mercado de trabalho, qualidade de vida, infraestrutura urbana, segurança pública, pobreza e desigualdade e meio ambiente.

12 Os indicadores utilizados pelo IPEA no Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça são: população, chefia de família, educação, saúde, Previdência e Assistência Social, mercado de trabalho, trabalho doméstico remunerado, acesso a bens duráveis e exclusão digital, pobreza, distribuição e desigualdade de renda, uso do tempo, vitimização.

com colaborações técnicas substantivas da ONU Mulheres, o documento Rastreador Global de Resposta à COVID-19, com viés de Gênero.

Com uma perspectiva de gênero o Rastreador Global atua em três frentes: o combate à violência, o apoio aos cuidados não remunerados e a segurança econômica. O Relatório do Rastreador Global demonstra que as medidas adotadas pelos Governos em relação à políticas públicas de gênero estavam focadas na prevenção ou resposta à violência contra a mulher (ONU, 2020b, p.1).

Neste esforço conjunto a ONU ativou também suas Plataformas e Redes com o objetivo de mobilizar compromissos e ações para acabar com a violência baseada em gênero no contexto da COVID-19, mencionando-se, por exemplo, a campanha UNA-SE pelo Fim da Violência contra as Mulheres, que é uma edição anual promovida pelo Secretário-Geral da ONU, desenvolvida desde 2008, baseada na Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995, que articula também outros compromissos com as Coalizões de Ação Geração Igualdade, “[...] para acelerar investimentos, sensibilizar autoridades públicas para as políticas de prevenção e enfrentamento a violência” (ONU, Brasil, 2021, p. 1).

As Coalizações de Ação, atendem ao objetivo do Fórum Geração Igualdade, que é um encontro global liderado pela sociedade civil para a igualdade de gênero, organizado pela ONU Mulheres, e coorganizado pelos Governos do México e França, que busca alcançar resultados tangíveis sobre a igualdade de gênero durante a Década de Ação das Nações Unidas (2020-2030) e do Desenvolvimento Sustentável (ONU, 2020a, p. 1).

Esta plataforma serviu para impulsionar no Brasil, a campanha UNA-SE pelo Fim da Violência contra as Mulheres – Vida e Dignidade para Todas, cujos objetivos foram adotados em 2021.

A campanha em território brasileiro fez uso de várias ações para chamar a atenção de que a violência é um desafio que pode ser superado, destacando-se, por exemplo, a realização de eventos *on-line* e presenciais, iluminações de prédios na cor laranja em

adesão global à mensagem da ONU, publicação de distintos conteúdos nas redes sociais e sites da ONU Brasil e instituições parceiras.

Todo este empenho é necessário, pois ficou demonstrado que a violência contra as mulheres e meninas, está presente em diversos países. O aumento da violência não tem limites ou fronteiras territoriais - é internacional/global. A igualdade de gênero é um Direito Humano Fundamental que precisa ser garantido de maneira eficaz e fraterna para todas as mulheres e meninas.

4 O VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO FACILITADOR NA PROTEÇÃO HUMANA DAS MULHERES E MENINAS

No cenário até aqui apresentado constatou-se que a violência e o abuso aos Direitos Humanos seguem atingindo principalmente as mulheres e meninas. Por isso, este tópico busca avaliar a categoria Fraternidade a partir de um enfoque diferenciado onde se adota a nomenclatura Valor-Princípio Fraternidade, que será apresentada na sequência.

A opção por apreender a Fraternidade como valor se refere a sua utilização como um dos lemas da Revolução Francesa de 1789, junto com os demais valores Liberdade e Igualdade. Como valor a Fraternidade é um bem relacional, que faz parte da consciência humana que necessita ser vivenciada, permitindo o exercício de uma vida digna e respeitosa para todas as pessoas independentemente de sua faixa etária, gênero, raça e cor.

A Fraternidade também é um valor universal, reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, que em seu Artigo 1º declara que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. (ONU, 1948).

Por outro lado, esta dimensão relacional da Fraternidade, enquanto valor, não está sozinha. Junto a ela, se coloca a sua

dimensão jurídica, como princípio do Constitucionalismo moderno, quando algumas Constituições ocidentais começaram a inserir a Fraternidade, ora como valor, ora como princípio.

Desta maneira, entende-se que a Fraternidade pode ser nominada como um Valor-Princípio compreendida:

[...] a partir de uma dimensão relacional e jurídica que necessita ser vivenciado com responsabilidade, um dever do cidadão para com outro cidadão, do cidadão para com a comunidade, com a participação do Estado, ou seja, um compromisso de todos os seres humanos e, de instituições públicas e privadas, que atuam em uma sociedade livre e plural para com o alargamento e concretização da liberdade e da igualdade, que ficam basicamente prejudicadas pela ausência do Valor-Princípio Fraternidade (OLIVEIRA; CASTAGNA, 2021, p. 350).

Cabe lembrar que o Valor-Princípio Fraternidade precisa ser vivenciado por todas e todos os membros de uma comunidade, onde mulheres e homens possam exercer a sua cidadania por completo, já que “[...] a fraternidade é uma condição humana [...] a ser conquistada, com o compromisso e colaboração de todos” (BAGGIO, 2008, p. 54).

O autor Machado, ao tratar sobre o tema, Direitos de Fraternidade, aponta o advento do Constitucionalismo fraternal, ao citar a Constituição Federal brasileira de 1988¹³ destacando tratar-se de uma “[...] moldura jurídico-constitucional de um Estado não mais comprometido com uma ideologia puramente liberal (Estado Liberal) ou social (Estado Social), ou até liberal-social, mas com a construção de um Estado Fraternal” (2017, p. 134).

Deste modo, uma relacionalidade fraterna, pode ser uma forma de superação do discurso liberal e individualista, caracterizado

13 Inclusive, o Preâmbulo constitucional prevê um Estado destinado a assegurar uma sociedade fraterna, porém ainda há debates sobre a efetividade dessa inserção no texto constitucional. O que demonstra a importância do resgate sobre este Valor-Princípio (OLIVEIRA; CASTAGNA, 2021, p. 353-354).

pelos egoísmos que mesmo na sociedade contemporânea, não deixam que na prática exista uma convivência voltada para o Outro, para o nosso, para o coletivo resultando na maioria das vezes no desrespeito à dignidade dos seres humanos, principalmente, das mulheres e meninas.

Por conseguinte, o Valor-Princípio Fraternidade pode ser utilizado como instrumento facilitador, fundamento e essência na proteção dos Direitos Humanos, pois independentemente das formas de violência contra as mulheres e meninas, existem responsabilidades e compromissos que devem ser assumidos pelo Estado, pela sociedade civil, pelas empresas, bem como por instituições públicas e privadas, na busca por uma sólida igualdade de gênero.

O reconhecimento do Valor-Princípio Fraternidade como uma atitude concreta e fraterna de inclusão do Outro em respeito as suas diferenças - sejam elas sexuais e ou de gênero, pode contribuir para uma proteção efetiva dos Direitos Humanos das mulheres e meninas ao estimular uma mudança de paradigma com vistas à erradicação da violência.

É fundamental o respeito ao Outro, mesmo que seu gênero seja diferente do meu. Não é possível desconhecer ou ignorar o lado sombrio da violência contra as mulheres e meninas, que precisam defender seus direitos para promover e alcançar a igualdade de gênero, pois é essencial que a dignidade humana de todas e todos os envolvidos não seja ignorada ou depreciada.

Então romper com os obstáculos de ordem pessoal, social, cultural e mesmo jurídicos que impedem a concretização da igualdade de gênero, como um Direito Humano Fundamental é possível, desde que, cada um de nós assuma fraternalmente e de forma consciente o seu compromisso com o Outro, especialmente em relação às mulheres e meninas, que seguem impedidas de usufruir sua plena cidadania.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se a partir de uma breve cronologia da proteção internacional dos Direitos Humanos, que desde o século XX existe uma preocupação concreta com a efetivação dos Direitos Humanos das mulheres e meninas, que paulatinamente passaram a incorporar uma perspectiva de gênero.

Entretanto, apesar de toda proteção normativa internacional constatou-se a persistência de gravíssimas violações dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais praticadas contra as mulheres e meninas - violência de gênero -, pois a busca pela igualdade de gênero – Direito Humano Fundamental -, ainda não foi alcançada, cujas consequências, têm se refletido também em uma violação direta de seus direitos econômicos, sociais e culturais.

Esta violência histórica de desigualdades estruturais se intensificou devido a crise sanitária da COVID-19 fazendo com que a ONU e a ONU Mulheres implementassem mais programas, ações, serviços e redes específicos na prevenção e eliminação da violência contra as mulheres e meninas nas suas mais diversas formas.

Deste modo, a violência contra as mulheres e meninas é uma violação de Direitos Humanos, e um desafio que pode ser superado por todas as cidadãs e cidadãos, pois somos parte de uma comunidade internacional/global, onde deve existir o compromisso de reconhecer o Outro em sua dignidade humana e, a vivência da fraternidade enquanto uma nova relacionalidade de inclusão do Outro, pode facilitar a erradicação da violência e promover a igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antônio Maria (Org). *A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”*. In: **O princípio esquecido** – A Fraternidade na reflexão atual das ciências política. São Paulo: Cidade Nova, 2008, vol.1.

BRASIL. Ministério da Educação. **Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência**, Guatemala, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**: Conquistas do Brasil. Org. Andrea Giovannetti. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

CRUZ, Maria Helena. Percursos, Barreiras e Desafios de Estudantes Universitários de Camadas Populares no Ensino Superior na UFS/SERGIPE/BRASIL (2008). In: **Gênero e trabalho**: diversidade e experiências em educação e comunidades tradicionais. Organizadoras: Maria do Rosário de Fátima Andrade Leitão; Maria Helena Santana Cruz. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2012.

EU. União Europeia. **Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e os seus Oito Protocolos**, Roma/Itália, 1950. Portugal: Conselho da Europa, 2021.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como categoria jurídica** – Fundamentos e Alcance. Curitiba: Appris, 2017.

MPF. Ministério Público Federal. **Tratados de Direitos Humanos**: Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. Coleção Internacional, vol.3. Brasília: MPF/PGR, 2015.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de.; CASTAGNA, Fabiano Pires. O Valor-Princípio Fraternidade e a crise no ensino jurídico: repensando a formação dos atores do

Direito. In: **Educação, Direito e Fraternidade**: temas teóricos conceituais. Organizadores VERONES, Josiane Rose Petry; BRITO, Rafaela Silva; FONSECA, Reynaldo Soares da. Caruaru: ASCES, 2021, vol1.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, Bogotá, 1948.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH)**, Bogotá, 1948.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana sobre Concessão de Direitos Políticos à Mulher**, Bogotá, 1948b.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)**, Santiago do Chile, 1959.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)**, Pacto de San José da Costa Rica, 1969.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura**, Cartagena, 1985.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Protocolo de San Salvador, 1988.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar**. Montevideu/Uruguai, 1989.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte**. Assunção/Paraguai, 1990.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores**. México, 1999.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas**, Belém do Pará, 1994.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência**, Guatemala, 1999.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Violência e Assédio no Mundo do Trabalho**: uma Guia sobre a Convenção n. 190 e Recomendação Nº 206. Escritório Internacional do Trabalho. Genebra: OIT, 2021.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Notícias**, 2023. Disponível em: ilo.org/brasilia/noticias. Acesso em: 10 maio 2023.

ONU. Organização das Nações Unidas. PNUD e ONU MULHERES lançam o Rastreador Global de Resposta à COVID-19 com viés de Gênero. **ONU Brasil**, 2020a. Disponível em: www.brasil.un.org. Acesso em: 20 mar. 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. Coalizões de Ação geração Igualdade, 2020b. **ONU Mulheres**. Disponível em: www.onumulheres.org.br. Acesso em: 20 mar. 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (DUDH) de 1948.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher** (CEDAW), Nova York, 1979.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração e Programa de Ação de Viena. **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**. Viena, Áustria, 1993. Disponível em: www.cedin.com.br. Acesso em: 02 maio 2023.

PÉREZ-LUÑO, Antonio. **Los Derechos Fundamentales**. 7.ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIMENTEL, Silvia. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. CEDAW, 1979.

O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O DIREITO AMBIENTAL COMO PROPULSORES DE UMA CIDADANIA PARTICIPATIVA E DEFENSORA DA SUSTENTABILIDADE

Daniela Richter
Josiane Rose Petry Veronese

1 INTRODUÇÃO

Desde a Conferência de Estocolmo, em 1972, sobre o meio ambiente, as nações do mundo inteiro firmaram o compromisso de proteger e melhorar o meio ambiente às presentes e futuras gerações da humanidade. O fato é que a preocupação ambiental passou a ser pauta de discussão, mas que muito pouco ainda tem sido efetivado em termos de sustentabilidade.

Pensando nisso, o presente ensaio trata do desafio proposto ao direito da criança e do adolescente sobre esse enfoque, no contexto de ser possível o estímulo e o desenvolvimento de atitudes sustentáveis por meio do comprometimento das próprias crianças e adolescentes, enquanto receptores da Doutrina da Proteção Integral.

Para tanto, iremos abordar o Direito da Criança e do Adolescente como ramo autônomo do direito, bem como faremos uma descrição da Doutrina da Proteção Integral e da possibilidade da fraternidade, enquanto categoria jurídica, auxiliar na

sua concretização. Após, demonstraremos as polêmicas envolvidas ao tema da sustentabilidade e, ao final, objetivamos, especificamente, trabalhar a relação dos dois direitos: o ambiental e o da criança e do adolescente na tentativa premente de entrelaçá-los, enquanto direitos difusos.

Nesse contexto, utilizaremos o método de abordagem dedutivo, partindo-se do paradigma normativo inaugurado pelos artigos 225 e 227 da Constituição Federal de 1988, que, segundo o primeiro, elege o direito humano como direito fundamental das presentes e futuras gerações enquanto que o último consagra a doutrina da proteção integral como princípio que deve nortear o tratamento conferido a Crianças e adolescentes, bem como dos documentos internacionais que versam sobre direitos de sustentabilidade.

2 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A IMPORTÂNCIA DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Primeiramente, cumpre consignar, que na seara específica dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, na Constituição Federal de 1988, restou acabada e/ou superada a divisão entre as classes de Direitos Fundamentais, “conformando-os estruturalmente de maneira toda particular e diversa daquela pela qual vêm conformados os direitos fundamentais dos adultos, visando atingir efetivamente proteção mais abrangente aos primeiros” (MACHADO, 2003, p. 136).

Assim, muito embora se atribua uma classe específica aos direitos da criança e do adolescente, qual seja a de 3ª dimensão, tem-se pela especificidade dos sujeitos envolvidos e da importância do reconhecimento dos direitos permeados a esta fase, que, na realidade, é preciso um esforço conjunto da concretização de todas as dimensões, como requer a Doutrina da Proteção Integral.

Nesse limiar, é certo que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos reconhecidos ao ser humano em geral, já

que além de serem reconhecidos em tratados internacionais, foram ratificados no ordenamento interno. E, nem se poderia interpretar de maneira diversa tal designação, face ao princípio da igualdade insculpido no *caput* do artigo 5º, da nossa Constituição e, do artigo 3º, *caput* e inciso IV, do mesmo diploma legal.

Seguindo esta perspectiva, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 226 notáveis mudanças no direito de família, consagrando uma especial referência, considerando-a como a base da sociedade que recebe proteção especial do Estado. Em razão dessa importância, foi que o legislador pátrio reafirmou tais preceitos no Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente nos artigos 19 a 25. Desse modo, podemos asseverar que essa conformação à convivência familiar constitui-se em um dos elementos basilares da Doutrina da Proteção Integral, inaugurada com a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, que declarou que todas as crianças possuem características específicas devido à condição de desenvolvimento em que se encontram e, que as políticas básicas voltadas para a infância devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado (PEREIRA, 2008, p. 21).

É nesse sentido que deve caminhar a proteção integral, reconhecendo-se a dimensão de humanidade de crianças e adolescentes, que são titulares de direitos de personalidade, pois conforme Silva (2009, p.33):

[...] falar em *desenvolvimento da personalidade* pressupõe o reconhecimento da dimensão de humanidade da criança, que é tomada em sua integralidade: aspectos físicos, morais, psíquicos, lúdicos, havendo clara interdependência e influências recíprocas entre eles.

Como já mencionado, a proteção integral está estabelecida na Constituição Federal, em seu art. 227, *caput*, onde todos esses direitos especiais da criança e do adolescente¹ devem ser

¹ Oportuno esclarecer que a emenda 65/2010, estendeu tal proteção também ao jovem.

garantidos pela família, pelo Estado e pela sociedade, no que se compreende como uma corresponsabilidade compartilhada.

É inevitável, pois, tal referência aos entes responsáveis, já que também é reafirmada no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. E, mais, o parágrafo único deste artigo determina que a prioridade implica em: i) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; ii) b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; iii) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; iv) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Segundo Liberati, a Doutrina de Proteção Integral:

É baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral. É diferenciada porque impõe uma distinção entre o tratamento que se deve dar à maioridade e à minoridade. Por serem pessoas em desenvolvimento, as crianças e os adolescentes são considerados absolutamente incapazes no campo civil. (1991, p. 2).

Alertamos de que não se tem como limitadamente conceituar essa prioridade, pois é a sua condição peculiar de desenvolvimento e sua consequente vulnerabilidade que garantem os direitos a este grupo, em todos os âmbitos: individual ou difuso, o que demanda políticas públicas.

Esse novo paradigma no tratamento das crianças foi recepcionado pela ordem constitucional brasileira antes mesmo de a Convenção sobre os Direitos da Criança ter sido aprovada, o que só veio a acontecer no ano de 1989. Isso prova a influência das mobilizações sociais realizadas ao longo dos dez anos que antecederam a aprovação do documento internacional e que se mostraram determinantes para a inserção da Doutrina da Proteção Integral na ordem jurídica nacional, alinhando o Brasil, aos princípios eleitos pela Convenção Internacional.

Com isso operou-se verdadeira revolução paradigmática em direção ao novo Direito da Criança e do Adolescente, a partir do reconhecimento da integralidade dos direitos de quem se encontra em fase especial de desenvolvimento. Assim, reconheceu-se a primazia de crianças e adolescentes, transformando seus direitos de forma integral e unitária e, deste modo, foram estabelecidas as diretrizes sobre as quais foi construída a Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa legislação, elaborada em consonância com os novos princípios e valores que orientaram a Constituição Federal trouxe a criança e o adolescente como *sujeito-cidadão*, expressão por nós já utilizada (Veronese, 1999, p. 82-85), para explicar que o Estatuto se aplica a todas as crianças e adolescentes, e não somente àqueles em situação irregular, como ocorria no período anterior, sob a vigência do Código de Menores de 1979, o qual era fundamentado na Doutrina da Situação Irregular.

Ressaltamos que a ampla proteção é garantida pela sistemática adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assim estruturado: a) medidas de prevenção (artigos. 70 a 85) cuja finalidade é se antecipar a qualquer dano, pois elas visam a chamar a atenção da família, sociedade e Estado para temas sensíveis, com potencial para produzir vulnerabilidade à população infanto-adolescente; b) medidas de proteção, a serem levadas a efeito quando os direitos das crianças e adolescentes já foram violados por ação própria ou de outro (art. 98); c) medidas específicas de proteção, que visam disciplinar a apuração e aplicação de medida socioeducativa nos casos de ato infracional praticado por adolescente.

Nesta perspectiva, a intervenção cuidadosa e inspirada no princípio do melhor interesse, conforme preconizado nos diplomas legais citados, dirigem-se a todos esses sujeitos de maneira indiscriminada, tanto para aquele que é vitimado, quanto para quem praticou um determinado ato passível de responsabilização. Por outras palavras, crianças e adolescentes receberam tal status e tais proteções pela qualidade que lhe é intrínseca, ou seja, pela sua condição peculiar de desenvolvimento e, isto, por si só, faz com que seus direitos mereçam uma “resposta” estrutural diferenciada da dos adultos.

Dessa forma, percebe-se que o Estatuto e a Constituição Federal veem a criança e o adolescente como cidadãos merecedores de direitos próprios e especiais, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, que estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral.

Esta vulnerabilidade especial faz com que recebam precedência de atendimento e de destinação de recursos, dentre outras prerrogativas, conforme o parágrafo único do art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que transmuda a natureza das obrigações do Estado, da Família e da Sociedade, já que a Doutrina da Proteção Integral enseja uma tutela coletiva e um dever de asseguramento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Isto é, ela estabelece um dever de prestação positiva e, é neste ponto, que hoje, torna-se crucial destacar que um de seus desdobramentos não pode deixar de ser a preocupação com a sustentabilidade.

3 REPENSANDO OS PADRÕES DE SUSTENTABILIDADE

Destacamos, inicialmente, que nos limites que permeiam este artigo, é preciso que se caracterize o dever de respeito e a necessidade de ações sustentáveis, para após caminharmos para o desenvolvimento de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e o assegurarmos às presentes e futuras gerações.

Historicamente, foi por meio da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU que os Estados puderam canalizar suas reivindicações em prol de uma política mundial preservacionista do meio ambiente, sem dúvida, impulsionados pela nova visão de que o meio ambiente não era autorrenovável. Dentro dessa perspectiva, o grande marco dessa internacionalização foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, em 1972². É a partir de

2 Na oportunidade, ficaram acertadas, dentre outras coisas, a votação da Declaração de Estocolmo, o Plano de Ação para o Meio Ambiente, uma resolução sobre aspectos financeiros e organizacionais no âmbito da ONU e uma resolução que instituiu um organismo especialmente dedicado ao Meio Ambiente, o Pnuma.

então que se multiplicaram os documentos internacionais sobre o tema. E, embora esse não seja o momento mais oportuno, permite-se equipará-la com a dos Direitos do Homem de 1948, já que é inegável que ambas contêm similar relevância para o Direito Internacional e para a Diplomacia dos Estados, exercendo o papel de valor guia na definição dos princípios mínimos que as legislações a respeito devem conter.

Resguarda-se, também, atenção especial a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, de 1989 – ponto basilar de ligação dos temas da presente análise – de que em seu artigo 29, item 1, letra “e”, estabeleceu a necessidade de “imbuir na criança o respeito ao meio ambiente” e, em seu artigo 24, 2, “c” previu que a criança tem direito de gozar do melhor padrão de saúde possível, com o dever dos estados-membros de erradicar as doenças e o comprometimento na aplicação de “tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental”, o que sem dúvida corrobora a necessidade de um padrão de vida sustentável.(ONU, 1989).

Em 1992, passados 20 anos, portanto, da Conferência de Estocolmo, a ONU convocou outra, no Rio de Janeiro, desta vez, tendo como enfoque o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, pois apesar de ter ocorrido muitos avanços nesse período, paralelamente, também ocorreram grandes catástrofes ambientais³.

A aludida Conferência, também conhecida como a Eco-92, teve, resumidamente, como resultados a assinatura pelos Estados participantes de duas Convenções multilaterais, quais sejam, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e a Convenção sobre a Diversidade Biológica; a subscrição de três documentos: A Declaração do RJ sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Declaração de Princípios sobre as Florestas e a Agenda 21; a adoção de compromisso dos estados relativos à determinação de pauta de próximas reuniões diplomáticas multilaterais, sob a égide da ONU; o comprometimento dos Estados

³ Podemos citar, exemplificativamente, a repercussão internacional do acidente nuclear com a usina da cidade de Chernobyl, na Ucrânia, em 1986.

em respeitar as regras do princípio do poluidor-pagador; o da preservação; a integração da proteção ao meio ambiente em todas as esferas da política e das atividades normativas do Estado e a aplicação dos Estudos de Impacto Ambiental (Objetivos da Declaração do RJ) (COSTA, 2002) A Agenda 21, em seu Capítulo 28, por sua vez, destacava a necessidade da participação e cooperação das autoridades locais para elaboração de estratégias que interrompam e revertam os efeitos da degradação ambiental, “no contexto de crescentes esforços para promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente saudável”.

Ressaltamos também que a Assembleia Geral realizou uma sessão especial em 1997, chamada de Cúpula da Terra + 5 para a revisão e avaliação da implementação da Agenda 21, bem como para realizar recomendações para sua realização. Ao final, o documento construído recomendava a adoção de metas “para reduzir as emissões de gases de efeito estufa que geram as mudanças climáticas” e “uma maior movimentação dos padrões sustentáveis de distribuição de energia, produção e uso” como pré-requisito para o desenvolvimento sustentável (ORGANIZAÇÃO, 1997).

No ano de 2002, aconteceu a Conferência do Desenvolvimento Sustentável, em Johannesburgo, no Continente Africano, num esforço conjunto para compensar as necessidades humanas com os recursos que a terra oferece. Para se desenvolver o conceito de desenvolvimento sustentável “a Comissão recorreu à noção de capital ambiental”, demonstrando que tanto os países ricos, quanto os pobres, no futuro, se depararão com a “insolência dessa conta”. (ALMEIDA, 2002).

Podemos aferir da análise de alguns dos documentos internacionais que os princípios do desenvolvimento sustentável estão presentes em muitas das conferências da ONU, exemplificativamente na Segunda Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos de 1999 e que se deu em Istambul, a Cúpula do Milênio, de 2000, bem como seus objetivos de Desenvolvimento do Milênio, em que é possível extrair-se um objetivo direto, o sétimo, sobre a garantia e a sustentabilidade ambiental e, por fim,

cita-se a Reunião Mundial de 2005. Desse modo, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento entende que desenvolvimento sustentável seria “satisfazer as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades”. (ONU, 2000)

Com vistas a complementar o significado de sustentabilidade, Calsing escreve que:

O desenvolvimento sustentável é um direito de todas as partes e não devem ser abortadas as políticas de desenvolvimento para que possa ser protegido o clima. A proteção climática é compatível com o desenvolvimento, que deve ser adaptado para promover meios energéticos limpos e renováveis. (CALSING, 2005, p. 78).

Dando continuidade, como efetivo contributo na evolução da causa do desenvolvimento sustentável, a Assembleia Geral declarou o período compreendido entre 2005 e 2014 como a Década das Nações Unidas da Educação para o Desenvolvimento Sustentável. Em 2005, a comunidade internacional reuniu-se nas Ilhas Maurício e aprovou a Estratégia de Maurício que aborda questões como as mudanças climáticas e a elevação do nível do mar, desastres naturais e ambientais, mas em especial, o que se chama a atenção aqui é a preocupação com o desenvolvimento de capacidade e educação para o desenvolvimento sustentável.

Para continuar discutindo estas importantes questões, a comunidade internacional voltou a se encontrar no Rio de Janeiro, em junho de 2012, na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio +20, tratando de metas que se preocupam com o desenvolver uma economia e um desenvolvimento sustentável, sendo capaz de, ao mesmo tempo, tirar as pessoas da linha da pobreza e de ampliar a coordenação internacional para o desenvolvimento sustentável.

Para além disso, tivemos em 2015, o documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento

Sustentável” que traça o compromisso para a edificação e prática de políticas públicas que promovam o desenvolvimento sustentável. É um verdadeiro fio condutor para a comunidade internacional a fim de promover um mundo mais sustentável até 2030. Trouxe 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, e 169 metas para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos. Nada mais é do que diretrizes para os mais variados setores da sociedade optarem por escolhas para melhorar a vida das presentes e futuras gerações. (ONU, 2015)

No ordenamento interno, a sustentabilidade, nas palavras de Ayala (2011, p. 108):

[...] encontra claro desenvolvimento na ordem jurídica brasileira, associado a partir da Política Nacional do Meio Ambiente e, posteriormente aos objetivos da Constituição ambiental de 1988, expõe coerência com o movimento global de transformação da qualidade da ação pública e de valorização de um modelo de governança ambiental, os quais levam em consideração às novas modalidades de ameaças existenciais, tendo nas mudanças climáticas globais sua principal representação.

Como podemos observar, as últimas décadas foram profícuas para o desenvolvimento de legislações nacionais e internacionais, que consagram os princípios preservacionistas. Contudo, como alterar uma cultura meramente extrativista arraigada há milênios na humanidade? A Declaração de Estocolmo, já trazia um caminho, uma solução, a mais segura e eficaz: a educação (reafirmado no ODS nº 4) – uma educação em questões ambientais como forma de tomada de consciência individual e coletiva, capaz de alterar a conduta dos indivíduos para assumirem a responsabilidade na proteção e melhoramentos no meio ambiente, mas ela por si só, não é suficiente, é necessário políticas públicas que possam implementá-la (previsão similar no ODS 17). Nesse ponto é que se pretende discorrer o próximo tópico, com

o objetivo de dar visibilidade a proteção integral de crianças e adolescentes no desenvolvimento de comportamentos e atitudes sustentáveis e, acrescente-se, sob o diapasão da fraternidade.

4 O ENTRELAÇAMENTO DE DIREITOS: DESAFIOS EM PROL DA SUSTENTABILIDADE

O processo de mudança é um caminho longo e requer interdisciplinaridade, pois no mundo sustentável, nada pode ser praticado em apartado, é preciso um diálogo permanente entre todos e, aqui, destacamos mais um desafio ao Direito da Criança e do Adolescente, a partir do seu protagonismo de crianças e adolescentes, reais sujeitos (atores ativos), com vistas a desenvolver um mundo sustentável, que ratifique a condição de direitos das presentes e futuras gerações.

É, portanto, pela via do desenvolvimento de políticas públicas e de uma perspectiva fraternal que se partirá para a tentativa de concretização da educação ambiental e de um direito sustentável. No que tange a uma definição conceitual, seus diversos significados convergem, sintetizando principalmente que elas envolvem mais do que uma única decisão, ou seja, abrangem múltiplas decisões que apontam rumos e estratégias governamentais.

De fato, precisa-se, urgentemente, vencer o desafio da implementação da educação ambiental como meio de concretização da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento de uma cultura sustentável. No entanto, não se pode olvidar, de que é por demais complexo e dificultoso, estando muito além da mera posituação desses direitos e da boa vontade dos governantes, já que eles, depois de reconhecidos e proclamados como direitos fundamentais, desencadeiam, naturalmente, a existência de deveres e responsabilidades dos governos e da sociedade, trazendo implicações intrínsecas como a constante busca de novos conhecimentos, a necessidade do aperfeiçoamento do instrumental técnico, o

fomento de ações educativas, a destinação de recursos e a criação de serviços especiais para tal finalidade. Por isso de extrema importância o ODS 17 que aborda meios e situações para a efetivação da sustentabilidade.

Nesse contexto, ressalta-se o quanto é necessária à relação do Direito com a Educação:

O direito, ao incursionar pelo campo da educação, justamente no momento em que a educação repensa seu papel na formação do ser humano integral, ou seja, nos planos físico, intelectual, afetivo, emocional, espiritual e social, em que se percebe a necessidade de nos endereçarmos nesse processo com novas perspectivas voltadas para um aprofundamento da nossa humanidade, pela via do resgate dos valores imperecíveis que compõem cada ser, aponta para algo novo: o estabelecimento de um encontro profundo, um encontro ético entre o direito e a educação. (VERONESE; OLIVEIRA, 2008, p. 66).

A partir dessa premissa que correlaciona dois ramos do conhecimento humano – Direito e Educação – sob o viés da interdisciplinariedade, compreende-se como imprescindível o estabelecimento de uma relação entre o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito Ambiental, no tocante à sustentabilidade, em especial, do repensar comportamentos e atitudes de cada cidadão por meio de um olhar fraterno, das políticas públicas e da tentativa premente de concretização dos ODS.

Por conseguinte, pode-se dizer que a estrutura legal-constitucional vincula não só o administrador a produzir políticas que respeitem o resguardo dos direitos ambientais, como, ainda, o legislador e o julgador, que ao atuarem, no exercício de suas funções de Poderes de Estado, não podem contrariar os preceitos a que estas normas se destinam, sob o risco de criarem-se normas inconstitucionais e de interpretações contrárias à constituição.

Nesse processo, adiciona-se a noção da existência da figura do Estado como instituição a serviço do bem comum e, assim,

entende-se ser vedada qualquer interpretação que rotule o texto constitucional vigente como uma mera promessa, de materialização remota ou, mesmo, improvável, pois ela é reflexa da expectativa de milhões de brasileiros que aspiravam mudanças significativas da realidade socioambiental, com a consequente melhora na qualidade de vida.

Isto posto, entendemos que se torna impossível falar em mudança significativa da realidade sem que se coteje, seriamente, um esforço conjunto de todas as esferas de poderes e da sociedade, pois, se é certo que o Poder Executivo é o mais visado nessa tarefa, também, não é menos provável que essa árdua missão de materializar a preservação ambiental seja exclusiva dele. E, é aí que entra a educação e o desenvolvimento de um protagonismo infanto-adolescente com uma cultura fraterna, por meio dos instrumentos, estratégias que possam ser descortinados pelo direito fraterno, no qual se deve orientar os envolvidos ao seu autoconhecimento e a ter consciência de seus atos, estimulando atividades solidárias e sustentáveis, de interesse e ajuda ao próximo e a natureza.

Destacamos que o Direito, sob a perspectiva da fraternidade, visa a valorização do ser e a responsabilização social, é algo que contribui para a “experiência vivida com relacionamentos positivos e enriquecedores, traduzidos em direito justamente para assumir caráter estável e institucional”. (GORIA, 2008, p. 26)

Retomando a ideia da responsabilidade dos entes estatais, temos que o Poder Legislativo possui a delegação de pensar e refletir sobre toda a normatividade, sobre os objetivos e fundamentos da Constituição Federal, em prol dos direitos fundamentais, bem assim da fiscalização do Poder Executivo, no intuito de que este nunca se perca no caminho direcionado pelo texto constitucional.

Ao Poder Judiciário, de igual modo, incumbe o zelo da atividade jurisdicional, para que esta seja pautada sempre por decisões condizentes aos princípios, aos objetivos e aos direitos fundamentais que a própria Constituição Federal garante o que, sem dúvida, se sobressai nas causas em que os direitos ambientais reclamam tutela.

Agrega-se a estas questões a possibilidade de crianças e adolescentes, a partir dos direitos previstos e catalogados na legislação brasileira, sentirem-se copartícipes no processo de respeito ao meio ambiente. Neste sentido se constrói a ideia de um protagonismo com vistas a uma cidadania ambiental.

Constatamos que no contexto prático brasileiro, infelizmente, as demandas socioambientais longe estão de atingirem um marco satisfatório de prestação. Situação esta, estabelecida em decorrência de vários fatores, como a crise econômica generalizada, a pouca expressão dos movimentos sociais, a corrupção nos poderes de Estado, a dependência às instituições financeiras mundiais, a acumulação de capital e renda por uma elite minoritária, a expansão demográfica descontrolada, a falta de consciência preservacionista, somente para citar alguns dos muitos exemplos existentes.

Tais questões não mais podem ser adiadas, pois entendemos como completamente sem sentido que um Estado Democrático de Direito, como a República Federativa do Brasil, tenha disposições constitucionais tão avançadas e, paradoxalmente, um universo cultural e uma realidade socioambiental tão distante das normas positivadas. Por isso, enquanto não se encontrarem alternativas viáveis, é preciso além do esforço dos agentes políticos, do esforço da população em geral, uma tomada de consciência da importância do dever de educação e de sustentabilidade em matéria ambiental, de modo que se possa preservar o meio ambiente sadio e equilibrado às presentes e futuras gerações.

Parece-nos que a obrigação de amparo dos mencionados direitos não só as gerações presentes como também às futuras gerações, consiste e decorre de um direito de igualdade, de solidariedade e de consciência/ação intergeracional, já que o meio ambiente é considerado bem de uso comum de todos e, desse modo, se não se preservarem os bens da natureza, no presente momento, as gerações futuras não conhecerão certas espécies e certos lugares do planeta terra.

Na compreensão de Fernández-Largo (2002, p. 297), trata-se muito mais de uma obrigação moral dessa formulação legal no

intuito de resguardo às futuras gerações, já que toda a humanidade está envolvida com um maior ou menor grau de responsabilidade no uso dos bens que a natureza oferece. Ainda que nos pareça complexa tal afirmação, pois não se sabe os ideais sociais que essas futuras gerações presenciarão, muito menos as circunstâncias de fato de suas vidas, o que se pode efetivamente fazer é cuidar do ambiente em que se vive, como meio de transmitir os ideais preservacionistas e sustentáveis às outras gerações, a fim de que cada uma tenha suas próprias responsabilidades, podendo eleger suas preferências democraticamente e isso só será atingido, sem dúvida, por meio da educação .

Sabemos que a educação é capaz de modificar os indivíduos e alterar as culturas. É ela que torna possível a formação de uma nova consciência, a da participação e da cidadania. Apenas ela é capaz de fazer do homem dono e ator de sua própria história, condutor de seu próprio destino, fazendo assumir sua responsabilidade histórica, cuidando da sua vida, da dos outros, de todos, dizendo não a escravidão, defendendo a liberdade, a solidariedade, a paz, a participação e o meio ambiente.

Nesse sentido, para Villas Bôas (REVISTA DE DIREITO PRIVADO, p. 11):

[...] salvaguardar o dever de respeito à ecologia é garantir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida às presentes e futuras gerações; é reconhecer que o postulado da solidariedade inspira e fortalece a base da ecologia, a qual destaca as relações recíprocas entre o homem e o seu meio ambiente natural, social, econômico e moral, entre outras, além das relações dos seres vivos entre si e o meio ambiente em que vivem.

Diante do exposto, percebemos, ainda, a necessidade de darmos uma maior visibilidade à fraternidade na concretização desses objetivos. E por quê? Pois a categoria fraternidade é perfeitamente adequada à pretensão ora mencionada, já que esta “como valor, apresenta-se também como resposta para a crise

da universalidade que envolve a dimensão e os significados dos Direitos Humanos” (BUONUOMO, 2008, p. 36).

O conceito de fraternidade pressupõe a completude da liberdade, igualdade e de sua relação com a dignidade humana, elementos indispensáveis à concretização da Doutrina da Proteção Integral, ou seja, o reconhecimento do afeto como valor jurídico e dos demais direitos citados faz renascer a esperança de que novos valores são incorporados à vida das pessoas com um sentimento de responsabilidade, de coparticipação, de postura ativa ao invés de crítica, situação compatível com atitudes sustentáveis.

Já foi dito que a Doutrina da Proteção Integral impõe um dever de funcionamento de medidas concretas a serem aplicadas as crianças e adolescentes.

Sabemos que o envolvimento com políticas públicas é responsabilidade primeira dos entes federativos, principalmente do município, mas é responsabilidade de todos participar e contribuir para que seus objetivos sejam concretizados e, isto perpassa pelas várias nuances da sociedade civil.

A rede de proteção de crianças e adolescentes é “o conjunto social constituído por atores e organismos governamentais e não governamentais, articulado e construído com o objetivo de garantir direitos gerais e específicos de uma parcela da população infanto-juvenil” (FALEIROS, 2008, p. 79).

Nesse contexto, a ideia de fraternidade juntamente com a relação que se estabeleceu entre o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito Ambiental, apresenta-se como uma possibilidade de intervenção junto aos sujeitos no cumprimento de seus deveres recíprocos, já que cada vez mais se tenta resgatar “o dever de todos”. Não basta, pois, uma resposta simplista às catástrofes naturais, é preciso aplicabilidade de uma nova postura e a tentativa de responsabilizar e ao mesmo tempo conscientizar os agressores, para que o conflito motivador da agressão seja efetivamente substituído pela informação.

O primeiro passo para esta nova percepção do fenômeno está no fato de conscientizar crianças e adolescentes sobre

comportamentos e atitudes sustentáveis e, educá-los com vistas a inclusão desse grande tema no contexto familiar e comunitário, uma vez que a resposta a ser dada à agressão e a violência contra o meio ambiente deve constituir um momento de reflexão e de socialização. Entende-se, pois, que a categoria jurídica da fraternidade e políticas educacionais podem ser responsáveis por essa transformação, promovendo a humanização e novos círculos que serão renovados ao passar das gerações, mas para isso, será necessário que a criança e o adolescente sejam capazes de se sentir parte do processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria e prática do constitucionalismo contemporâneo demonstra que os novos direitos vêm sofrendo o impacto de aglutinação dos problemas essenciais e corriqueiros das condições de vida, aceleradas pela expansão do capitalismo. Tal situação estimula e determina o esforço de se propor novos instrumentos jurídicos, novas políticas públicas, capazes de regular essas novas transformações.

Afirmou-se a concepção básica, norteadora da Doutrina da Proteção Integral, de ser a criança e o adolescente titulares da condição de peculiar pessoa em processo de desenvolvimento. Assim, pela completude externada pelo Direito da Criança e do Adolescente entendeu-se ser viável a promoção da sustentabilidade por meio de seu protagonismo. Mas como viabilizar esta promoção? Como fazer sair do papel, das leis, o desejo efetivo de um meio ambiente equilibrado e saudável?

Não há como negar que a Constituição Federal do Brasil de 1988 traz a noção de uma cidadania solidária, ou seja, responsável pela definição de que o Estado, por meio da apresentação dos serviços e políticas públicas sejam necessários, com vistas ao atendimento dos interesses da sociedade, em especial aos objetivos lá previstos. É exatamente neste quadro que se justifica a necessidade do estudo de novas opções à sustentabilidade,

bem como da ativação do papel dos responsáveis pela proteção integral (família, sociedade, Estado, escola), tanto na proposta de políticas educacionais, quanto na prevenção do desrespeito ao meio ambiente, por meio de uma dimensão política que seja capaz de abarcar a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

A fraternidade, em especial, deve ser compreendida como um elemento de reconhecida imprescindibilidade relacional, ou seja, como elemento presente (fundante) nas relações, seja na relação com o outro singularmente considerado, seja na relação com o outro em termos institucionais, assim ela seria capaz de garantir, viabilizar o sonho de muitos: uma sociedade fomentada e fomentadora da cultura fraterna, da cultura da não-violência e, de um ambiente sadio e equilibrado.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental de segunda geração e o princípio de sustentabilidade na política nacional do meio ambiente. In: **Revista de Direito Ambiental**, vol. 63, p. 103-132, jul/set, 2011.

BUONUOMO, Vincenzo. Em busca da fraternidade no Direito da comunidade internacional. IN: CASO, Giovani et al (Orgs.). **Direito & fraternidade**. ANAIS do Congresso Internacional: “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade? Direito e fraternidade: ensaios, prática forense”. São Paulo: Cidade Nova: LTR, 2008.

COSTA, José Kalil de Oliveira. Educação Ambiental, um direito social fundamental. In: **10 anos da Eco-92: O direito e o desenvolvimento sustentável**. HERMAN, Benjamin Antônio (Org.). São Paulo: IMESP, 2002.

FALEIROS, Vicente de Paula; FALEIROS, Eva Silveira.

Escola que protege: enfrentando a violência contra crianças e adolescentes. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2008.

GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito: algumas reflexões. IN: CASO, Giovani et alii (orgs.). **Direito & fraternidade**. ANAIS do Congresso Internacional: “Relações no Direito: qual espaço para a fraternidade? Direito e fraternidade: ensaios, prática forense”. São Paulo: Cidade Nova: LTR, 2008.

LARGO, Fernandez. **Teoría de los Derechos Humanos – Conocer para practicar**. Salamanca, Madrid: San Esteban – Edibesa, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentários**. Brasília: Instituto Brasileiro de Pedagogia, 1991

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

ONU. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. 2015
Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 20 maio 2023.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos; PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; SALLES, Cintia Philippi. Agenda 21: estágio do compromisso brasileiro para o desenvolvimento sustentável do país. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 23, Jul / 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais:** retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Rosane Leal da. **A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos do ciberespaço.** Florianópolis: UFSC, 2009. Tese de Doutorado, Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. **Educação versus Punição:** a educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Das sombras à luz:** o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. IN: **Os novos direitos no Brasil:** natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato (Orgs), São Paulo: Saraiva, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr, 1999.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE

Augusto César Leite de Resende

1 INTRODUÇÃO

A tomada de consciência da crise ecológica da modernidade ensejou uma mudança de percepção da relação do homem com a natureza, inicialmente na comunidade acadêmica, mas posteriormente na sociedade civil e, dentro desse contexto, o direito internacional impôs, através da Convenção da Diversidade Biológica, a proteção e a promoção da biodiversidade aos Estados signatários, dentre os quais a República Federativa do Brasil.

Desse modo, surge a possibilidade de estabelecimento de um diálogo cooperativo, caracterizada pelo entrelaçamento entre o ordenamento jurídico interno e a ordem jurídica internacional, a permitir a sedimentação de uma relação construtiva de aprendizado, intercâmbio e aperfeiçoamento recíprocos, que garanta a promoção e a proteção da diversidade biológica.

As ordens jurídicas interna e internacional devem estabelecer uma cooperação na defesa da biodiversidade, num exercício jurisdicional coletivo de promoção da dignidade humana e do meio ambiente, consubstanciado num diálogo caracterizado pelo chamado “controle de convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada.

Nesse toar, o presente artigo científico tem por objetivo precípua analisar, através de uma pesquisa doutrinária e legislativa, a proteção da biodiversidade por meio do controle de convencionalidade.

2 CRISE ECOLÓGICA

A modernidade, que Anthony Giddens (1991, p. 11) conceitua como o “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”, substituiu as sociedades primitivas pela sociedade moderna, donde o capitalismo e a industrialização são duas de suas dimensões (GIDDENS, 1991).

A sociedade moderna se caracteriza por ser um grupo social em estágio avançado de desenvolvimento industrial, com grande circulação e consumo de bens e serviços oferecidos graças a uma produção intensiva, pois o homem contemporâneo tem uma necessidade ilimitada de adquirir e usar inúmeros bens e serviços (FAJARDO, 2010).

Na sociedade de consumo, os produtos não são fabricados em função do seu respectivo valor de uso ou da sua utilidade, mas antes em função de seu perecimento calculado, da sua morte (BOUDRILLARD, 2011), ou seja, os bens e serviços inseridos no mercado de consumo têm vida curta e sua morte é programada. É a chamada “obsolescência programa”, estratégia utilizada pelas empresas para aumentar seus lucros, prática esta consistente em reduzir o tempo de vida útil dos seus produtos e serviços, a fim de obrigar os consumidores a comprá-los reiteradamente, induzindo, portanto, o consumo (EFING; PAIVA, 2016).

Os indivíduos são incentivados a consumirem desnecessariamente e, neste caso, a “publicidade realiza o prodígio de um orçamento considerável gasto com o único fim, não de acrescentar, mas de *tirar o valor* de uso dos objectos, de diminuir o

seu valor/tempo, sujeitando-se ao valor/moda e à renovação acelerada” (BOUDRILLARD, 2011, p. 45), induzindo as pessoas, assim, a adquirir novos produtos.

O processo de desenvolvimento econômico e o avanço industrial, em especial após a segunda metade do século XX, “criaram um mundo num sentido mais negativo e ameaçador, um mundo no qual há mudanças ecológicas reais ou potenciais de um tipo daninho que afeta a todos no planeta” (GIDDENS, 1991, p. 71).

O consumo é uma necessidade vital do ser humano, pois consumimos para viver, ou seja, “é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos” (BAUMAN, 2008, p. 37).

Por outro lado, o consumismo, conceituado como a “expansão de um conjunto de valores hedonistas que estimula o indivíduo, ou a sociedade, a buscar satisfação e felicidade através da aquisição e exibição pública de uma grande quantidade de bens e serviços” (PORTILHO, 2010, p. 25), é um dos principais problemas da sociedade moderna porque os atuais padrões de consumo e estilos de vida estão nas bases da crise ambiental da atualidade.

Segundo Fritjof Capra (2005, p. 157) “a busca de um crescimento econômico contínuo e indiferenciado é claramente insustentável, pois a expansão ilimitada num planeta finito só pode levar à catástrofe”. Enfim, as nossas atividades econômicas, estilos de vida e hábitos de consumo estão destruindo a biodiversidade e o planeta a um ponto quase irreversível, razão pela qual devemos reduzir ao máximo o impacto de nossas atividades no meio ambiente.

A crise ecológica vem das bases de nossa percepção porque com a modernidade os homens passaram a não mais enxergar a natureza como um ser vivo, além de não enxergarem também que são inseparáveis dela e da Terra (HARDING, 2008). Deve-se superar a ideia mecanicista-cartesiana de que a compreensão do comportamento do todo deveria partir das propriedades de

suas partes, a partir de uma visão sistêmica em que as propriedades essenciais de um organismo são propriedades do todo e que somente podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo (CAPRA 2006).

Como ensina Edgar Morin (2013, p. 104), “as vias para se responder à ameaça ecológica não são apenas técnicas; elas necessitam, prioritariamente, de uma reforma do nosso modo de pensar para englobar a relação entre humanidade e a natureza em sua complexidade”. Por isso, deve-se reconhecer que “somos filhos da Terra, filhos da Vida, filhos do Cosmo” (MORIN, 2013, p. 104) e que o “pequeno planeta perdido denominado Terra é o nosso lar – *home*, *Heimat*; que ele é nossa mãe, nossa Terra-Pátria” (MORIN, 2013, p. 104), ou seja, “devemos nos sentir solidários com este planeta, cuja vida condiciona a nossa” (MORIN, 2013, p. 104).

Tem-se a necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção, isto é, da forma de pensar e dos nossos valores, a fim de se reconhecer uma visão holística do mundo, no sentido de que seres humanos e a natureza estão interligados e são interdependentes (CAPRA, 2006). A interdependência e a interconexão entre ser humanos e natureza é flagrante porque não há possibilidade de se separar o homem da natureza, pelo simples fato de que é a natureza quem fornece a vida aos seres humanos. Sendo assim, é mister a compatibilização do desenvolvimento com a proteção da natureza, mediante a promoção do desenvolvimento sustentável, como instrumento de garantia não somente da vida biológica, mas da vida com dignidade e qualidade para as presentes e futuras gerações (DALY, 2005).

O sentido de desenvolvimento vai além do conceito de desenvolvimento puramente econômico, visto que pressupõe uma aproximação centrada nos Direitos Humanos, donde se dever ter sempre em mente a paz, a economia, o meio ambiente, a justiça e a democracia (RISTER, 2007). A expressão “desenvolvimento sustentável” foi publicamente utilizada pela primeira vez em 1979 no Simpósio das Nações Unidas sobre as Inter-relações entre Recursos, Ambiente e Desenvolvimento. Contudo, é o Relatório

Brundtland, denominado “Nosso Futuro Comum”, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1987, que apresenta uma das definições mais conhecidas sobre desenvolvimento sustentável.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), realizada na cidade do Rio de Janeiro em junho de 1992, valorizou o direito ao desenvolvimento em harmonia com a proteção do meio ambiente. De fato, o Princípio 4 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento estabelece que “a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste” e, em seu Princípio 25, ressalta que o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis. Desse modo, não se pode falar em desenvolvimento que não seja sustentável.

Segundo Ignacy Sachs (2007, p. 22-23) o desenvolvimento sustentável se fundamenta sobre três pilares ou dimensões, quais sejam, o social, o econômico e ambiental:

[...] trabalho atualmente com a ideia do desenvolvimento socialmente includente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado. Ou seja, um tripé formado por três dimensões básicas da sociedade. Aprofundemos um pouco esses conceitos. Por que socialmente includente? Porque os objetivos do desenvolvimento são sempre éticos e sociais. É disso que se trata. Como promover o progresso social? Com base num postulado ético de solidariedade com a nossa geração, uma solidariedade sincrônica com a nossa geração. E temos que fazê-lo respeitando as condicionalidades ecológicas, as condicionalidades ambientais, a partir de um outro conceito ético: o conceito ético da solidariedade diacrônica com as gerações futuras. Por outro lado, para que as coisas aconteçam, é preciso que sejam economicamente viáveis. A viabilidade econômica é uma condição necessária, porém certamente não suficiente para o

desenvolvimento. O econômico não é um objetivo em si, é apenas o instrumental com o qual avançar a caminho do desenvolvimento incluyente e sustentável.

A concepção de desenvolvimento necessita se compatibilizar com a concretização da dignidade da pessoa humana e à defesa do meio ambiente, de forma que o desenvolvimento deve ser perseguido sem provocar danos ao meio ambiente ou, ao menos, com o mínimo de impactos negativos na natureza, promovendo, assim, o que se convencionou denominar de desenvolvimento sustentável.

3 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o fim do nazismo, tem-se a emergência do processo de valorização da dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, a reconstrução dos Direitos Humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional (PIOVESAN, 2015), cujas expressões máximas foram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A visão inicial do direito internacional era totalmente antropocêntrica porque não havia nenhuma preocupação com a proteção do meio ambiente. Após a Segunda Guerra Mundial, porém, a globalização, o desenvolvimento econômico e o avanço tecnológico intensificaram o processo de degradação da biosfera de forma irresistível, colocando em risco o equilíbrio ecológico e, com isso, a existência da humanidade e da vida no planeta (MORIN, 2013).

A internacionalização da proteção da natureza pode ser dividida em três fases: a) uma fase anterior à Conferência sobre Meio Ambiente Humano de 1972, marcada pelo surgimento

dos diversos movimentos preservacionistas e a conscientização global do problema ambiental; b) uma segunda fase que compreende o período entre a Conferência de Estocolmo de 1972 e a Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, caracterizada pela preocupação setorial e fracionada do meio ambiente, com tratados específicos de proteção do mar, flora, fauna e ar; c) uma terceira fase, cujo marco temporal é a Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento aos dias atuais, marcada pela proteção transectorial do meio ambiente, ou seja, da biodiversidade, e novas modalidades de governança ambiental (FONSECA, 2017).

Até os anos 1960, prevaleceu o antropocentrismo, em que o meio ambiente é protegido com o objetivo precípua de assegurar o bem-estar do homem, num sentido utilitarista de que a natureza pode ser subjugada em favor dos interesses humanos (CHALFUN, 2010). Em 1962, Rachel Carson chamou a atenção do mundo para uma série de problemas ambientais decorrentes dos avanços tecnológicos e industriais empreendidos pelo homem após a Segunda Guerra Mundial. Em sua obra *Silent Spring*, relatou os efeitos nocivos ao meio ambiente e à saúde humana em virtude do uso crescente e indiscriminado de inseticidas e herbicidas, em especial o Dicloro-Difenil-Tricloroetano, conhecido como DDT, provocando comoção e indignação nos Estados Unidos da América e no resto do mundo (SAMPAIO, 2012).

Com isso, houve uma discussão mundial mais ampla sobre o problema do crescimento econômico ilimitado inerente ao capitalismo, cujo ponto máximo ou divisor de águas foi a Conferência de Estocolmo de 1972 sobre o meio ambiente. A Declaração de Estocolmo serve de paradigma e referencial ético à sociedade internacional, no que se refere à proteção internacional do meio ambiente como direito humano (SCHMIDT, 2010). A referida Declaração influenciou o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano entre os direitos sociais do homem por diversas Constituições nacionais, tratados internacionais de Direitos Humanos,

dentre os quais a Convenção sobre Diversidade Biológica, e instrumentos de *soft law* (BOSELMANN, 2010).

O regime de proteção internacional do meio ambiente tem, assim, a sua origem não no direito dos tratados, mas em conferências internacionais e em documentos de *soft law*, uma vez que a questão ambiental não estava na pauta dos interesses econômicos e políticos dos Estados, mas era sim objeto das preocupações científicas com o futuro da humanidade (BOSELMANN, 2010).

No início dos anos 1990 a preocupação da comunidade internacional se volta para a preservação da natureza em seu conjunto e não mais unicamente das partes isoladas do meio ambiente porque “as vias para se responder à ameaça ecológica não são apenas técnicas; elas necessitam, prioritariamente, de uma reforma do nosso modo de pensar para englobar a relação entre humanidade e a natureza em sua complexidade” (MORIN, 2013, p. 104).

O direito internacional, diante da necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção da relação do homem com a natureza, isto é, na forma de pensar os valores humanos, impôs, através da Convenção da Diversidade Biológica - CDB, a proteção e a promoção da variedade de vida na Terra, consagrando na ordem jurídica mundial uma visão holística do mundo, no sentido de que os seres humanos e os demais elementos da natureza estão interligados e são interdependentes (RESENDE, 2016, p. 48-49).

A Convenção da Biodiversidade tem, nos termos de seu art. 1º, como objetivos precípuos a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado (RESENDE, 2016).

E a diversidade biológica é definida pela própria Convenção, em seu artigo 2º, como a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Nessa esteira, Márcia Rodrigues Bertoldi e Karyna Batista Sposato (2012, p. 77) lecionam que a biodiversidade é “a vida sobre a terra”, de modo que o seu conceito compreende a diversidade de espécies da fauna, da flora e de micro-organismos, a diversidade de ecossistemas e a diversidade genética dentro de cada espécie.

Os seres vivos, humanos e não humanos, o ar, o solo e os recursos hídricos formam a própria natureza, que funciona num todo. As partes que a compõem são interdependentes e inter-relacionadas e a interferência em um componente de um ecossistema gera desequilíbrio para os demais, razão pela qual se impõe a preservação da integridade e equilíbrio do ecossistema (BECKERT, 2003). Desse modo, a Convenção da Diversidade Biológica é importante instrumento jurídico, na medida em que obriga a preservação da biodiversidade.

Os seres vivos são membros de comunidades ecológicas inter-relacionadas e interdependentes e portadores de igual consideração moral, de modo que se deve promover a preservação da vida e não a sua destruição. Assim, os valores morais são inerentes a todos os seres vivos porque os seres humanos e os não humanos são constitutivos de um todo só, a teia da vida (CAPRA, 2006). Ademais, o preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica reconhece expressamente que toda a vida tem um valor intrínseco, vale dizer, dignidade, independentemente da utilidade que tenha para os seres humanos (RESENDE, 2016).

O direito internacional, ao consagrar o valor intrínseco dos elementos não humanos da natureza, ainda que no preâmbulo da Convenção da Biodiversidade, reconhece que o ser humano não ocupa uma posição superior ou privilegiada em relação aos

demais elementos da natureza (RESENDE, 2016). Além disso, abraça a ideia de dignidade da própria vida de um modo geral e assegura a preservação de todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa admitir que a proteção da vida em geral constitua exigência da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012).

O valor intrínseco da diversidade biológica é princípio da comunidade internacional (RESENDE, 2016) com forte conteúdo axiológico, de modo que, enquanto valor fundamental da ordem jurídica internacional, condiciona a compreensão e a interpretação dos textos normativos (ARONNE, 2013), inclusive internos.

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS NACIONAIS EM FACE DA CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA

A Convenção da Diversidade Biológica tem a natureza jurídica especial de tratado internacional de Direitos Humanos, na medida em que se destina à proteção da biodiversidade e, por consequência, do indivíduo, diferenciando-se, por isso, dos tratados internacionais tradicionais, que são celebrados em benefício recíproco dos Estados pactuantes (ALCALÁ, 2015), e seus preceitos são vinculativos e obrigatórios por parte dos Estados signatários (DONNELLY, 2013).

Na qualidade de tratado internacional de Direitos Humanos, as normas da Convenção da Biodiversidade integram, ainda que estejam fora do texto constitucional escrito, a Constituição material e invisível da República Federativa do Brasil. Assim, os direitos consagrados na aludida convenção compõem o catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos e devem ser tutelados no âmbito interno da jurisdição brasileira, inclusive mediante o chamado controle de convencionalidade, sob pena de responsabilidade internacional.

O escalonamento hierárquico do sistema jurídico é presuposto do controle de constitucionalidade e do controle de

convencionalidade, uma vez que uma norma somente é juridicamente válida se foi editada conforme o devido processo legislativo e se não infringe uma norma de hierarquia superior (ALEXY, 2009). A compatibilidade das leis infraconstitucionais com a Constituição Federal não é suficiente para lhes garantir validade. É mister que a legislação ordinária nacional também seja compatível com os tratados internacionais de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2013). Caso a lei esteja em desconformidade com a Constituição ou com qualquer tratado de Direitos Humanos, ela será considerada inválida e deverá ser, portanto, retirada do ordenamento jurídico brasileiro.

Os tratados internacionais de Direitos Humanos têm hierarquia constitucional, ou seja, têm estrato normativo hierárquico superior à legislação infraconstitucional, de modo a possibilitar o controle de convencionalidade das leis no Brasil, que consiste na verificação da compatibilidade do direito interno aos tratados internacionais de Direitos Humanos em que o Brasil seja signatário (MAZZUOLI, 2013).

Portanto, a Convenção da Diversidade Biológica, na qualidade de tratado internacional de Direitos Humanos, serve de parâmetro de controle de validade da legislação brasileira e de vetor hermenêutico do direito interno.

O controle de convencionalidade é mecanismo vocacionado à proteção dos Direitos Humanos positivados em tratados internacionais (SAGÜES, 2010), de modo a exigir que o Brasil harmonize seu direito doméstico aos parâmetros protetivos mínimos constantes em tratados internacionais (MAZZUOLI, 2013), no caso às normas da Convenção da Diversidade Biológica.

O controle de convencionalidade pode ser difuso ou concentrado. O controle difuso de convencionalidade é exercido pelo juiz nacional que o exerce na esfera doméstica, mediante a verificação da compatibilidade dos atos legislativos com a Convenção da Diversidade Biológica. O controle concentrado de convencionalidade, por sua vez, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal (MAZZUOLI, 2013) e, em outra esfera multinível, pelas Cortes Internacionais, que têm a última palavra sobre

a interpretação e a aplicação do direito internacional (PIOVESAN, 2014).

O controle difuso permite a qualquer juiz ou tribunal realizar, no julgamento de uma demanda, a análise incidental da convencionalidade da legislação invocada pelas partes da ação judicial. O magistrado decidirá sobre eventual incompatibilidade da norma com tratados de Direitos Humanos em caráter *incidenter tantum*, para, então, julgar o mérito da ação. O controle por via de exceção é, portanto, questão prévia ao exame de mérito da demanda, tal como o controle difuso de constitucionalidade.

A inconvenção da norma doméstica deve ser verificada pelo juiz ou tribunal nacional *ex officio* (SAGÜES, 2010), isto é, independentemente de provocação das partes ou do Ministério Público. E a decisão judicial proferida em sede de controle difuso de convencionalidade produz efeitos *inter partes*, à semelhança do controle difuso de constitucionalidade, somente alcançado as partes do processo (MAZZUOLI, 2013).

A fiscalização abstrata de convencionalidade se exerce perante o Supremo Tribunal Federal por meio da ação direta de inconstitucionalidade (MAZZUOLI, 2013), a partir de uma ideia de constitucionalismo compensatório (RESENDE, 2019), através do qual o Pretório Excelso aferirá a compatibilidade da legislação infraconstitucional federal e estadual com a Convenção da Diversidade Biológica, que têm, reiterar-se, *status* de norma de constitucional. A legislação municipal também se sujeita a duplo controle de validade, de modo que o controle concentrado de convencionalidade dos atos normativos municipais será exercido por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de convencionalidade têm eficácia *erga omnes* (SAGÜES, 2010), efeitos *ex tunc* e efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Uma vez proferida a decisão e declarada a inconvenção de ato normativo bra-

sileiro em face da Convenção da Biodiversidade, nenhum órgão estatal interno poderá orientar-se sem sentido contrário.

A declaração de inconvenção importa na invalidade do ato normativo assim reconhecida, carecendo, portanto, de eficácia jurídica. Nesse contexto, a incompatibilidade da legislação nacional com a Convenção da Diversidade Biológica produz um dever judicial de não aplicação do preceito inconvenção aos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário (SAGÜES, 2010).

Trata-se de obrigação jurídica do Poder Judiciário nacional realizar, num primeiro momento, o controle de convencionalidade (HITTERS, 2009), isto é, verificar a compatibilidade de qualquer ato normativo interno (SAGÜES, 2010) com a Convenção da Diversidade Biológica, que integra o bloco de convencionalidade, servindo de parâmetro para análise da compatibilidade das normas nacionais às garantias de promoção e de proteção da biodiversidade e de utilização sustentável dos recursos naturais positivadas no referido tratado internacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico teve por objetivo central analisar, através de uma pesquisa dedutiva, doutrinária e legislativa, a proteção da biodiversidade por meio do controle de convencionalidade, mediante um profícuo diálogo entre a ordem jurídica brasileira e o direito internacional dos Direitos Humanos, especificamente a Convenção da Diversidade Biológica.

As atividades econômicas, estilos de vida e hábitos de consumo estão destruindo a biodiversidade e o planeta a um ponto quase irreversível, razão pela qual se deve reduzir ao máximo o impacto das atividades humanas no meio ambiente, mediante a promoção do desenvolvimento sustentável e o reconhecimento de uma visão holística do mundo, no sentido de que seres humanos e a natureza estão interligados e são interdependentes.

O direito internacional, diante da necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção, isto é, na forma de pensar os valores humanos, impôs, através da Convenção da Diversidade Biológica - CDB, a proteção e a promoção da variedade de vida na Terra. A referida Convenção tem a natureza jurídica de tratado internacional de Direitos Humanos, seus preceitos são vinculativos e obrigatórios e foi incorporada ao direito nacional como norma constitucional. Por tais razões, a Convenção da Diversidade Biológica serve de parâmetro de controle de validade da legislação brasileira.

O controle de convencionalidade é mecanismo vocacionado à proteção dos Direitos Humanos positivados em tratados internacionais, de modo a exigir que o Brasil harmonize seu direito doméstico aos parâmetros protetivos mínimos constantes na Convenção da Diversidade Biológica.

Nesse contexto, o instituto do controle de convencionalidade é uma importante ferramenta para garantir a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos naturais, a permitir um diálogo cooperativo entre o sistema jurídico interno e o direito internacional dos Direitos Humanos em prol da natureza e da dignidade humana, na medida em que é obrigação jurídica do Poder Judiciário nacional aferir a compatibilidade de qualquer ato normativo interno com a Convenção da Diversidade Biológica, isto é, de realizar o controle de convencionalidade.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos Humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKERT, Cristina. Dilemas da ética ambiental: estudo de um caso. **Revista Portuguesa de Filosofia**, Lisboa, n. 59, 2003.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 75-93, julho/dezembro de 2012.

BOSSELMANN, Klaus. Direitos Humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 3.ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2006.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2005.

CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos – ambientais e os direitos dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador: Evolução, ano 5, vol. 6, p. 209-246, jan./jun. 2010.

DALY, Herman E. **Economics in a full world**. Scientific American, EUA, Vol. 293, n. 3, p. 100-107, set. 2005.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3. ed., New York: Cornell University Press, 2013.

EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth de. Consumo e obsolescência programada: sustentabilidade e responsabilidade do fornecedor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 117-135, jul./dez. 2016.

FAJARDO, Elias. **Consumo consciente, comércio justo: conhecimento e cidadania como fatores econômicos**. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2010.

FONSECA, Fúlvio Eduardo. A Convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Brasília, v. 50, n. 1, Janeiro/Junho de 2007. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292007000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 mai. 2023.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**. Año 07, n. 02, p. 109-128, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das Leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 6. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, vol. 06, n. 02, p. 142-154, jul./set. 2014.

PORTILHO, Fátima. Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

RESENDE, Augusto César Leite de. **O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é doméstico: diálogo e cooperação entre ordens jurídicas como modelos de empoderamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 260, 2019.

RESENDE, Augusto César Leite de. O reconhecimento da dignidade dos elementos da biodiversidade com base no diálogo entre o direito internacional e o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Internacional, Brasília**, v. 13. n. 2, 2016, p. 38-51.

RISTER, Carla Abrantkski. Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências. São Paulo: Renovar, 2007.

SACHS, Ignacy. Primeiras Intervenções. In: NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; VIANA, João Nildo. **Dilemas e Desafios do Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**. Año 08, n. 01, p. 117-136, 2010.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito ambiental: doutrina e casos práticos**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMIDT, Rafael Vitória. Os Direitos Humanos e o direito internacional do meio ambiente. **Revista Unoesc & Ciência – ACSA**. Joaçaba, v. 1, n. 1, p. 71-78, 2010.

TECNOLOGIA E RESPONSABILIDADE: REFLEXÕES SOBRE AS NOVAS TAREFAS DA FRATERNIDADE

Geralda Magella de Faria Rossetto

1 INTRODUÇÃO

Três principais temas – envoltos sob o condão de crises e de riscos - ocupam o debate central nos dias atuais. Trazidos para a presente pesquisa, são eles, sem ordem de importância: a questão ambiental; a questão tecnológica; e a questão da responsabilidade frente aos riscos e as crises anunciadas e denunciadas. Essas três temáticas são enfrentadas tais como se apresentam, respectivamente, na esfera dos seguintes aspectos, a saber: socio-ambientais, sociopolíticos e sociojurídico – este último, porque pertinente à tecnologia, é examinado pelo viés da regulação, dito, também, ambiente legal.

No mais, lança-se mão da categoria da responsabilidade – no caso, o “princípio responsabilidade” - e da categoria da fraternidade, tendo como base as novas tarefas trazidas pela sociedade de risco e, também, a civilização tecnológica. Provavelmente a “receita” mais genuína relativa a responsabilidade (e isto inclui a sua prática), na acepção Teórica Jonasiana, seja exatamente a relação do agir humano, o agir que se espera e o que deve ser, o meu agir, não pode pôr em risco o interesse das gerações futuras. Trata-se, pois, de alcançar alguns pontos que tecem a compreensão da agenda ambiental e do cenário tecnológico, tendo

por fontes, tanto a perspectiva do princípio responsabilidade, como, também, a dinâmica da fraternidade frente aos novos direitos emergentes que vão sendo construídos.

No presente estudo, todas essas principais categorias são orientadas a partir de algumas posições filosófico-jurídicas delineadas por alguns autores, a saber: em relação a temática da responsabilidade, a pesquisa dirige o olhar em face do “Princípio Responsabilidade”, cuja orientação segue a linha diretiva de Hans Jonas, no sentido de que “O futuro da humanidade é o primeiro dever do comportamento coletivo humano na idade da civilização técnica, que se tornou ‘toda poderosa’ no que tange ao seu potencial de destruição” (JONAS, 2009, p. 229).

Em relação à questão ambiental, propõe-se apresentar um panorama da realidade ambiental na sociedade de risco, em face da exploração pesada e constante de atuação humana. Nesse sentido, como resultado de séculos de intervenção, sobretudo nos séculos XX-XXI, em que avançou a queima de combustíveis fósseis, o consumo desenfreado de energia, o uso e a exploração do solo e da terra, de modo desigual e insustentável, quer em face das populações mais pobres em detrimento dos povos originários, como também em face dos animais e da própria vegetação, florestas, rios e mares, despontam as consequências, cujos efeitos estão na ordem do dia: elevação do aquecimento global acima dos níveis pré-industriais, além de deflagrar e contribuir para os eventos climáticos extremos mais frequentes e mais intensos, que tem causado impactos cada vez mais avassaladores, com riscos para as pessoas e os animais, para a fauna e a flora, para o solo e a própria natureza, em todas as regiões do mundo.

Em relação à tecnologia, o presente estudo procura mostrar um campo de fenômenos positivos e negativos. Uns, disseminados por riscos e, também, por crises; outros recepcionados em um contexto de contingências presentes na sociedade digital, decorrentes do desenvolvimento técnico e científico.

Em ambos, segue possível a recepção e a incorporação, como, também, a sua crítica. Nessa linha, em face da emergência atinente ao fenômeno tecnológico e dos novos direitos decorrentes, o estudo aborda as questões regulatórias decorrentes do contexto seguinte: a interação entre o humano e a tecnologia, especialmente a inteligência artificial e os dados gerados e compartilhados, que não devem mais ser interpretados como comumente se fazia brindar: através da velha lógica dialética homem/técnica, natural/artificial, senão frente a um cenário de potencialização dos riscos, de reestruturação e produção de novas formas de vínculos com o futuro, de maneira a operar conforme uma lógica preventiva e precaucional,

Quanto à fraternidade, são adotadas as proposições de quatro autores – no caso, Machado (2017), Fonseca (2019), Baggio (2009) e Lubich (2015 e 2018), fervorosos defensores e propagadores de uma matriz central, às voltas com o amparo da fraternidade em face da ciência, especialmente da jurídica, da política e da tradição filosófica. Uma fraternidade que se vê amparada por uma base salvífica, antropológica, de responsabilidade, portanto, principiológica, também categorial, política e jurídica, que dá sustentação e elo à capacidade comunicacional, relacional e de estar em redes, ou de ser redes, dialógicas, compartilháveis, canceláveis, coláveis, instagramáveis, linkeáveis, seja por imagens, vídeos, áudios e textos, reais e virtuais (dificilmente ficcionais, mas digitais), conforme encontram-se presentes na sociedade digital, informacional por excelência.

Para cumprir com a metodologia, recorre-se ao método hipotético-dedutivo de abordagem, com revisitação de alguns autores que tratam das temáticas principais abordadas, em sua forma central ou transversal. A pesquisa segue a matriz bibliográfica (fontes secundárias) e documental-legal (fontes primárias), com revisão nacional e estrangeira, principalmente, o emprego de livros, revistas especializadas, leis e tratados, e normas jurídicas variadas, inclusive sites de interesse das temáticas.

2 HABITABILIDADE DA TERRA: AS QUESTÕES SOCIOAMBIENTAIS DAS CONDIÇÕES DE VIDA NO PLANETA

Muito já foi e segue dito pelos ambientalistas e estudiosos de plantão a respeito da urgência absoluta das questões ambientais e os severos riscos a que estamos comprometidos, envolvidos e expostos, ainda que diretamente responsáveis:

[...] exponencial desenvolvimento técnico e científico iniciado na era industrial, a sociedade contemporânea (ou pós-industrial) passou a poder ser caracterizada pelas suas grandes complexidade e contingência, características que trazem consigo a potencialização dos riscos e dos perigos nela existentes. (BEN, 2022, p. 19).

Leff em acertada posição anota que “A crise ambiental é a crise de nosso tempo” (2003, p. 15), representativa de uma evidente consequência – ainda que ignorada: “o risco ecológico questiona o conhecimento do mundo” (2003, p. 15), a conferir novos significados, novos rumos e novas orientações ao curso da vida da humanidade, cujos rastros tem configurado um cenário atroz no Polo Norte (o Ártico), tomado como exemplo:

O rápido degelo em curso em toda essa região, causado em parte pela queima de combustíveis fósseis, aumenta a oferta desses combustíveis, pois quanto menos gelo na região, mais fáceis se tornam a exploração de suas jazidas de petróleo e gás natural e sua exportação. O círculo vicioso é impulsionado também pelo fato de que o gelo é escurecido pela fuligem emitida por essa exploração, o que aumenta a absorção da radiação solar na região (diminuição do albedo), acelerando ainda mais o degelo e, portanto, o aquecimento. (IHU, 2023a).

A respeito dos riscos, uma das consequências mais visíveis refere-se à questão climática, cujo panorama dá conta de uma realidade avassaladora: “Observa-se no Ártico, que já se aquece duas a três vezes mais rapidamente que a média global, uma perigosíssima alça de retroalimentação do aquecimento” (IHU, 2023a), o que levou a doutrina a situar referida crise, dentre outros aspectos, segundo a denominação “(in)justiça climática”, cujo significado decorre da dívida geracional, do roubo do futuro, da própria condição de todas as injustiças ou o atravessamento das desigualdades, resultado das profundas fissuras que a humanidade atravessa e, para as quais, é preciso reivindicar o direito ao futuro: a permanência e a continuidade da vida, inclusive da vida humana, uma dimensão de habitabilidade, aqui e agora, e, também, nos tempos que advirão, ou conforme adianta Aditi Mukherji, um dos autores do Relatório Síntese, objeto de comunicação no **Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC)**, realizado em **Interlaken**, na **Suíça**: “A justiça climática é crucial, porque aqueles que menos contribuíram para as mudanças climáticas estão sendo afetados de forma desproporcional” (IHU, 2023b).

Nesse sentido, “Quase metade da população mundial vive em regiões altamente vulneráveis às mudanças climáticas. Na última década, as mortes por enchentes, secas e tempestades foram 15 vezes maiores em regiões altamente vulneráveis (IHU, 2023b), ou seja, “as perdas e os danos que já estamos enfrentando e continuaremos experimentando no futuro, atingindo especialmente as pessoas e os ecossistemas mais vulneráveis” (IHU, 2023b) seguirão entre nós, de modo que, “Agir corretamente agora pode resultar na mudança transformacional essencial para um mundo sustentável e equitativo”. (IHU, 2023b).

Basta ver como, a doutrina de ponta tem se posicionado a respeito da condução climática – em que pese a dificuldade extrema de superação da crise ambiental – sendo importante o contributo que vem da tecnologia, a qual tende a revelar e oferecer sustentação e modelos para superação da crise.

Conforme pontua Rualdo Menegat: “é que nós humanos estamos alterando nosso próprio tempo” (IHU, 2023c), o que está ocorrendo, segundo o geólogo, dá conta de que, “desde a **Revolução Industrial**, as atividades humanas já se fazem registrar de modo geológico, isto é, vem deixando marcas incontestes na **memória física da Terra**: trata-se da pegada geológica da humanidade” IHU, 2023c).

Esse cenário desastroso, implica em duas condições, a de desenvolvimento resiliente ao clima e a questão de adaptabilidade. Ambos, precisam ser tratados com critério e cuidado. Não falta quem insista no modelo de superação, na medida e possibilidade da adaptabilidade às condições que vão sendo “construídas” – ainda que à força – do resultado do aquecimento e da consequente alteração climática. Contudo, não se pode esperar que essa adaptação seja a mais adequada resposta, ainda que possível.

Portanto, a permanência e continuidade da vida, inclusive da vida humana, torna-se progressivamente mais desafiadoras a cada aumento do aquecimento. Sendo assim, é certo que as tomadas de posição e as “escolhas” levadas a termo nos próximos anos terão um papel crucial na decisão do futuro humano e das gerações vindouras, o que, também, não afasta as consequências em relação à natureza que hoje conhecemos e, muito menos, dá razão para ausência do Estado, dos Países, das instituições e da sociedade em geral.

Corroborando, Mazzucato adverte sobre a presença de um “Estado empreendedor” (2021), de modo que, convém certas escolhas cujo alvo tem sua razão no centro do debate ambiental, qual seja, em prol de limitar o catastrófico aquecimento global, é imperioso que o **financiamento** e sua qualidade para mitigação e adaptação climática deve ser aumentado exponencialmente. (IHU, 2023d).

No mais, em vez de manter as expectativas de que as instituições financeiras **privadas** possam incutir e levar adiante as alardeadas promessas de trilhões de dólares em **emissões zero**

por meio de ações críveis e responsáveis, convém cobrar dos **Estados** a assunção do papel que lhes cabe. A tradução dessa importante “tarefa” confere mobilização e direcionamento das finanças em face de **metas climáticas claras e ambiciosas, que** moldarão os mercados financeiros ao alinhamento dessas metas. Preencher a lacuna de financiamento depende de uma **re-formulação radical financeira** e uma mudança substancial nos fluxos financeiros. Nenhuma das duas coisas irá ocorrer sem **intervenções políticas**. (IHU, 2023d).

Detalhe: esse panorama é muito semelhante com a situação regulatória pertinente às questões tecnológicas, e, dada a vinculação com que uma (questão ambiental) depende da outra (a própria questão tecnológica), é de todo salutar que as pelepas e reivindicações sejam postas na mesa de negociações, lado a lado, uma e outra, em conjunto. Aliás, para serem eficazes, escolhas dessa magnitude precisam estar eivadas em valores, visões, tradições e conhecimentos diversos, incluindo o conhecimento científico, o conhecimento relacionado às tradições, às culturas e ao conhecimento local.

No mundo de hoje, a questão ambiental não se encontra isolada, ela conjuga esforços da ordem tecnológica, de transição verde, de descarbonização, e, também, quanto ao Estado, de investimentos verdes e de comprometimento político verde. Todas essas ações, atitudes, e demandas pertencentes ao “mundo verde” se entrelaçam umas com as outras, como é o caso das questões de cunho digital e as questões ambientais, as quais encontram-se relacionadas. Sobretudo hoje, quando se encontram ausentes algumas instituições e o próprio mercado, que apesar de terem plenas condições de encontrar uma solução para esse dilema, ao invés, se ausentam do processo. Muitas vezes, é o próprio Estado que exerce esse protagonismo, em detrimento de um mercado cada vez mais dependente de atrações e vantagens financeiras diretas.

A esse respeito, Mazzucato advoga que a presença liderada pelo mercado segue enraizada na percepção de que as instituições

financeiras privadas obtêm capital de modo mais efetivo que qualquer outra instituição. Ora, a liderança do mercado deve abster-se de “escolher vencedores” ou “distorcer” a concorrência e limitar-se a “reduzir os riscos” das oportunidades do investimento verde para torná-las mais atraentes para os principais investidores privados. Em muitas ocasiões a história é bem diferente: são os atores públicos que assumem a liderança na formação, investimento e criação de mercados, cujos efeitos trazem benefícios tanto para o setor privado quanto para a sociedade em geral, e, assim, muitos dos grandes avanços tecnológicos que fazem parte da vida aconteceram porque órgãos públicos fizeram investimentos considerados muito arriscados pelo setor privado. (IHU, 2023d).

Contudo, tenhamos em conta o papel decisivo que o financiamento privado tem a desempenhar sem desmerecer a atuação do setor público. Aliás, apenas o público detém o condão de mobilizar e coordenar investimentos na escala necessária para descarbonizar a economia global, de modo a incluir a seguinte abordagem, indicada conforme lição de Mazzucato:

- i) os **Estados** devem assumir como “investidores de primeiro recurso”, ao invés de intervir apenas como “credores de último recurso”. Em todo o mundo, são as instituições financeiras públicas que se encarregam de empregar bilhões de dólares, podendo disponibilizar **finanças de longo prazo**, orientadas para as missões – o que o setor privado muitas vezes não está disposto a prover – e, em contrapartida, mediante os empréstimos diretos de bancos públicos, com boa governança e **moldagem de mercado**, decorrem oportunidades de investimento; (IHU, 2023d)
- ii) repensar a relação entre o **setor público e o privado**, especialmente frente ao compartilhamento de **riscos e recompensas**, levando em conta que, quando a esfera pública assume os riscos para atingir os

objetivos sociais, não cabe ao setor privado apropriar dos resultados financeiros; (IHU, 2023d)

iii) com o propósito de direcionar o investimento privado para atividades verdes e para reduzir o investimento em atividades prejudiciais, os Estados devem fortalecer e atualizar as **regras** que regem os **mercados financeiros**, tais como, bancos centrais portadores de políticas alocativas de crédito verde, de regras e padrões como **reforço regulatório** para evitar lavagem verde e arbitragem regulatória; (IHU, 2023d)

iv) os formuladores de políticas precisam reconhecer que o **financiamento da dívida** – fornecido tanto pelo setor público como pelo privado – não é necessariamente um substituto dos gastos fiscais diretos. Instrumentos financeiros reembolsáveis não conciliam com as características de bem público de investimentos do **clima, de modo que**, investimentos em justiça climática e **reflorestamento** trarão retornos de longo alcance, mas não pode ser usado para **pagar um empréstimo**; (IHU, 2023d)

v) os países do Sul Global devem buscar suas próprias agendas domésticas de descarbonização e de adaptação, auxiliando os que estão mais expostos ao colapso climático acelerado ou estão enfrentando dívidas pendentes. É imperativo que os países do Norte Global – que são responsáveis pela maior parte das emissões na atmosfera – ajudem a reduzir esses encargos por meio de cancelamentos de dívidas, reestruturação de dívidas, compensação de perdas e danos e até mesmo substituindo empréstimos climáticos por concessões climáticas; (IHU, 2023d)

vi) seja como for, todas os investimentos nas escalas necessárias exigirão coordenação estratégica em todas as áreas de formulação de políticas sociais, ambientais, fiscais, monetárias e industriais. (IHU, 2023d).

3 A QUESTÃO DA REGULAÇÃO TECNOLÓGICA: O AMBIENTE SOCIOJURÍDICO

Convém um esclarecimento primeiro, ainda que por si não baste, mas é suficiente para apresentar esta parte inicial do estudo: a tecnologia é portadora do elo que une os temas objeto do presente estudo.

Digna de uma virada paradoxal, paradigmática, inenarrável em possibilidades e arranjos, advém a tecnologia e seus aparatos múltiplos, aos milhões. Das redes digitais, informacionais, midiáticas, educacionais, para citar alguns exemplos, às plataformas, estar on-line e porque não off-line, passa a ser exigência dos dias ultramodernos. As redes são hoje as praças, as ágoras da nova democracia tecnológica. Assessoradas pelos novos modelos familiares, pelos novos aportes educacionais, pela sociedade *hightech*, a civilização tecnológica avança e se apresenta em sociedade de risco, ou, então, quando muito, em sociedade informacional.

Se há algo que a tecnologia em suas múltiplas possibilidades conseguiu proporcionar, nascente de seu novo “legado” histórico, a grosso modo, refere-se a duas habilidades, ambas tidas como “inteligentes”. A *primeira*, nos permitiu “habitar” um novo universo: o *virtual*, e, conseqüentemente, as referências desencadeadas dão mostras de um tal redimensionamento da vida e de suas relações. Estar em rede e, praticamente, ser rede, pela possibilidade de sua incorporação no cotidiano do fazer, do ter e do estar, equivale a uma nova característica - uma “**habitabilidade**” socioambiental digital, e, assim, “existir” frente às novas condições atuais da vida no planeta: a partilha do pão passa a residir no compartilhar e a moradia passa em revista pelas redes, inclusive as sociais. Sem dúvida é um rompimento de velhos paradigmas em prol da construção de **novas abordagens** e compreensões do modo humano de estar no mundo.

A segunda, tem a ver com “preparar os computadores para fazer o tipo de coisas que a mente é capaz de fazer” (BODEN, 2020, p. 13), cuja tipicidade mais referenciada reside na inteligência

artificial (IA), de modo que, “A inteligência não é uma dimensão única, mas um espaço ricamente estruturado com diferentes habilidades de processar informação” (BODEN, 2020, p. 13). Consequentemente, é perceptível que “a IA utiliza muitas técnicas diferentes e se dedica a muitas tarefas diferentes” (BODEN, 2020, p. 13), cujas aplicações estão em toda parte no carro, na casa, na escola, nas ruas, na alimentação, no hospital... nos quatro cantos do mundo, nos cinco elementos: na utilização do fogo, no ar, no mar, na terra, no éter (ou no céu) como referem alguns.

Contudo, é possível que seu passo mais instigante e desestabilizador para as novas estruturas ironicamente já solidificadas, advém do historicamente estabelecido em prol do novo: as relações, depositárias de um **diálogo truncado, cede aos** bites acelerados – facilitando a guinada humano-tecnológica inteligente, em vista de uma abertura necessária e emergencial.

Nos últimos anos, atentos aos sinais dos tempos, frequentes na tecnologia que se apresenta em um constante modelo extensivo de crescimento, ganha palco a abertura em favor da vida – ou paradoxalmente, fechar em sua proteção, justificadas pelos muitos entrelaçamentos dos dados, significativos de sérias ameaças ao direito à privacidade digital. De duas uma, a mesma inteligência artificial que é apta à proteção é igualmente apta a antiproteção. Por exemplo, a que dispensa o trabalhador ou a que reorganiza o campo do trabalho, também o assola. Castells admoesta o quadro dantesco deste desafio, com um pé na realidade humana das profissões laborais:

Se ainda restam dúvidas quanto ao fato de a principal questão trabalhista na Era da Informação não ser o fim do trabalho, mas sim as condições dos trabalhadores, elas foram definitivamente dirimidas com a explosão, durante a última década, do crescimento da mão de obra infantil mal remunerada. (2020, p. 196).

É a lógica humana, plasmada na inteligência artificial, que deve impregnar as novas plataformas, as teias e as redes, a

norma e a lei, a perceber que os novos tempos exigem avançar um passo à frente: a favor “de um **diálogo entre seres humanos a um diálogo interespécies**” (IHU, 2023e), ou seja, “o ser humano está inter-relacionado, não somos o umbigo do mundo. O ser humano é um entre outras espécies” (IHU, 2023e).

Contudo, sabemos, premonitoriamente e por esferas da ciência, a presença de diversos olhares a mirar a inteligência artificial e, por meio dela, assistir a sua organização, o processo e as relações da força sempre crescente da IA, lentamente adquirida – e nos últimos tempos seguindo uma urgência acelerada – por dispositivos, multiplamente diferenciados. Cosimo Accoto apresenta a seguinte ordem a respeito da organização e distribuição tecnológica em face da inteligência artificial, centrada nas hiperinteligências, as quais atendem pelos aspectos seguintes, cuja transcrição convém pela riqueza dos apontamentos:

Existe uma maneira filosoficamente superficial e politicamente ingênua de olhar para a inteligência artificial. É a maneira instrumental (trata-se apenas de tecnologia), dicotômica (nós humanos versus as máquinas), antropocêntrica (mantendo o humano no circuito e no controle), alinhadora (respeito aos valores humanos) e dominante (o humano é responsável por as decisões) de um certo humanismo. Muitas vezes é acompanhada por uma inclinação anestésica da ética fácil e consoladora. E há, no entanto, uma outra maneira mais filosoficamente treinada e globalmente consciente que interpreta a passagem de época que estamos vivenciando de forma complexa e sofisticada. É um humanismo capaz de apreender o estatuto de provocação cultural e intelectual da IA na longa duração das civilizações humanas (IHU, 2023f).

Há ainda dois outros modos avaliativos da inteligência artificial, centradas no pensamento de Massimo Di Felice (IHU, 2023f) e de Eliane Schlemmer (IHU, 2023f). Di Felice problematiza ou critica a episteme dualista, separatista e antropomórfica,

trazendo para o palco a problematização da cibernética de primeira e segunda ordem, seguindo à risca diferentes arquiteturas digitais que compõem a rede de redes, bem como a formação de uma novíssima complexidade, não sistêmica, mas conectiva, uma forma neutra, nem externa e nem interna, nem humana e nem artificial, as quais se encarregam de moldar parte significativa das experiências do mundo contemporâneo, criando as condições para a construção do conceito de hiperinteligências, no caso, proposto como alternativa ao conceito de inteligência artificial.

Eliane Schlemmer, revela o protagonismo ecológico-conectivo e a emergência das hiperinteligências. Para tanto, um protagonismo não mais exclusivamente humano, mas ecológico-conectivo, de onde emergem em hibridismos as hiperinteligências. A partir dessa compreensão, problematiza a ideia de conhecimento e de como ele é produzido, seguindo a tendência da visão antropocêntrica e dualista do mundo, que separa a natureza da técnica, a inteligência humana da inteligência artificial. Recomenda a urgência de uma virada epistêmica, capaz de superar a formação de sujeitos, pela formação de ecologias-conectadas, das quais despontam os hibridismos inventivos relativos às hiperinteligências. (IHU, 2023f).

No atual estado da questão, não se pode almejar a redução em uma posição definida, acolhida majoritariamente, inclusive porque, os riscos e as crises deflagradas pela IA estão a clamar as correções de seus conflitos e, especialmente, a proteção de direitos e dos interesses das pessoas, o que está suficientemente demonstrado pela ampla discussão pertinente às demandas regulatórias. Essas três questões, riscos, crises e regulações fornecem uma fonte para analisar a própria crise das demandas presentes no âmbito digital.

Por mais que, em termos regulatórios, os questionamentos e os conflitos são tantos que a esfera sociojurídica se vê descalça nessa caminhada, que é por si, desafortunadamente, um caldeirão de água fervente, que nunca dá conta de apresentar a comida para seus comensais, ou de modo efusivo, centrado na

questão posta da regulação, da palavra sintética ou da imagem sintética, que nunca é convenientemente trazida para a realidade das pessoas, ou que, expostas necessitam de arestas aparadas, a justificar a demanda regulatória. Ora, “O que não é regulado para a geração ou por ela transfigurado não possui eira, nem beira, nem lei. Nem verbo também. É ao mesmo tempo expulso, negado e reduzido ao silêncio.” (Foucault, 2007, p. 10).

Com efeito, a questão regulatória das demandas da tecnologia, ou da internet, pelo significativo estabelecimento e defesa dos direitos envolvidos, pretende consolidar deveres e princípios para a utilização e o desenvolvimento da Internet no Brasil. A iniciativa regulatória, encontra-se centrada na “percepção de que o processo de expansão do uso da Internet por empresas, governos, organizações da sociedade civil e por um crescente número de pessoas colocou novas questões e desafios relativos à proteção dos direitos civis e políticos dos cidadãos”. (CGI.BR, 2023).

Nesse contexto, segue decisivo o estabelecimento de condições mínimas e essenciais não só para que o futuro da Internet seja baseado em seu uso livre e aberto, mas que permita também a inovação contínua, o desenvolvimento econômico e político e a emergência de uma sociedade culturalmente vibrante. (CGI.BR, 2023).

Se se pode considerar como verdade que as eras midiáticas inflacionárias são tais, não apenas porque novas tecnologias expansivas de produção e circulação do conhecimento chegam, porém, muito mais porque, quando a representação das esferas tecnológicas ameaçam com seus tentáculos abarcadores os limites das noções culturais anteriores de realidade, então regulamentos jurídicos e princípios éticos não serão suficientes. Eles serão necessários, mas não suficientes. Precisaremos então de (fazer) uma verdadeira Inovação cultural, segundo defendido por Accoto. (IHU, 2023f).

É certo que a não adoção de parâmetros, que somente a regulação – e dificilmente o bom senso podem oportunizar: o que não está na lei, não está no mundo, é como se não existisse. Já se sabe, antecipadamente, que a recepção da norma, traduzida em documentos pactuados, torna as relações, as condutas e os

comportamentos possíveis, dentro de um parâmetro ordenado. O contrário, no caso o bom senso, é algo simples, porém não há como ser cobrado antecipadamente, somente se pode aguardar as chances de que o mesmo venha a ser exercitado. Exatamente por isso, a luta da regulação é uma luta de razão e de ação, de agir responsável, de clara responsabilidade. A outra é uma luta de crença no ser humano.

Do cenário dessas questões apresentadas, sejam em decorrência da atuação da IA e dos modelos que estão sendo oferecidos, seja pela alta demanda dos conflitos instalados em face da ordem tecnológica, questões de dados pessoais, privacidade, de segurança, demandas outras, nas quais a presença da tecnologia é significativa, como no caso das áreas da saúde, da educação e da esfera ambiental – tendo a mesma sido escolhida neste estudo para análise – instalaram-se variadas crises de toda ordem e sorte. Contudo, neste, elege-se um mínimo classificatório de modo a analisar as questões relativas à crise, especialmente quanto ao(s) risco(s). Para tanto, adota-se uma classificação encontrada na doutrina, conforme a seguir segue exposto.

A existência de risco (ou de riscos), de ordem global, o qual se encontra inserido em outra grande questão emblemática, no caso, a própria questão ambiental, a tecnológica e outras mais, da mesma forma que põe em revista o entrelaçamento de todos os demais riscos globais¹ – e suas crises – os quais, foram definidos em duas escalas: uma ordem de dois anos, no caso, (para 2023-2024) e, em projeção, (para os próximos dez anos), distribuídas em 10 tipos, ordenados por gravidade, conforme traduzidos do *Global Risk Report 2023*, do Fórum Econômico Mundial (WEF 2023a), a saber:

- i) Quanto aos Riscos 2023-2024, anunciativos do agora, do presente, e para o futuro imediato (período de dois anos): 1.Custo de vida; 2.Desastres naturais e eventos climáticos extremos; 2.Confronto geoeconômico;

¹ “Risco global” é definido como a possibilidade de ocorrência de um evento ou condição que, se ocorre, impactaria negativamente uma significativa proporção do PIB global, população ou recursos. (WEF, 2023b).

4.Falha na mitigação da mudança climática; 5.Erosão da coesão social e polarização social; 6.Incidente de dano ambiental em larga escala; 7.Falha na adaptação da mudança climática; 8.Crime cibernético difundido e ciberinsegurança; 9.Crise de recursos naturais; 10.Migração forçada em grande escala. (WEF, 2023a); ii) Agora os riscos ordenados em uma ordem de dez anos: 1.Falha na mitigação da mudança climática; 2.Falha na adaptação à mudança climática; 3.Desastres naturais e eventos climáticos extremos; 4.Perda de biodiversidade e colapso do ecossistema; 5.Migração forçada em larga escala; 6.Crise de recursos naturais; 7.Erosão da coesão social e polarização social; 8.Proliferação dos crimes cibernéticos e ciberinsegurança; 9.Confronto geoeconômico; 10.incidentes de dano ambiental em larga escala. (WEF, 2023a).

Referidos riscos retratam o contexto, o cenário e o drama que a humanidade está vivendo, para os quais há necessidade de respostas e modelos de saída e de resolutividade. O Relatório de Riscos Globais, edição 2023, conforme anotado anteriormente, destaca as múltiplas áreas onde o mundo está em ponto críticos ou em ponto de inflexão. É uma chamada à ação, para preparar coletivamente e moldar um caminho para um mundo estável e resiliente. (WEF, 2023g).

Essa “policrise” com seus “poliriscos” está levando a inflação a níveis não vistos em décadas, globalizando uma crise de custo de vida, de alimentação e de inquietação social. A sensação em curto espaço de tempo poderá dar conta de que tudo, ou quase tudo, está em risco e em crise.

As mudanças resultantes na política monetária marcam o fim de uma era econômica definida pela facilidade de acesso a dívida barata e terá vastas ramificações para governos, empresas e indivíduos, ampliando as desigualdades dentro e fora dos países, com fragmentação da economia e da tecnologia. É esperado que somente algumas economias poderão suportar. A dinâmica da geopolítica também poderá estabelecer ventos contrários

para a cooperação, atuando como uma barreira para os riscos globais. (WEF, 2023b).

Todas essas crises, a começar pela nossa dificuldade de enfrentamento de estabelecer os pontos normativos, de natureza regulatória, somada a nossa cada vez mais ausência cooperacional e de parcos investimentos, fornecem pistas para afirmar que, possivelmente, a IA em conjunto com esses pontos de crises, começará a decidir nosso destino.

4 AS RELAÇÕES DA VIDA E A (RE)TOMADA DA RESPONSABILIDADE: A LIÇÃO DA FRATERNIDADE FRENTE À ANTIFRATERNIDADE NA ESFERA DO AMBIENTE SOCIOPOLÍTICO

A revolução protagonizada pela fraternidade já está em curso, mesmo que não tenhamos nos dado conta dessa tarefa de alta envergadura. Faustino Teixeira lança um convite-alerta inescusável cuja demanda atende os interesses da categoria fraterna: “A palavra forte da esperança, hoje, é ressurgência. Ser capaz de encontrar laços colaborativos voltados para a ressurgência da vida, encontrar os meandros, as brechas para salvaguardarmos a **Criação**. (IHU, 2023e).

Afastada as questões já apresentadas a respeito da crise e dos riscos instalados pelas inúmeras vicissitudes a que a humanidade em termos globais está a suportar e a viver, o cenário seguinte oferece um panorama da proposição a que, em nome da responsabilidade e da fraternidade, haveremos todos de estabelecer, por vocação, por disposição e até mesmo por enfrentamento.

Nunca, ao menos nos registros históricos disponíveis, o **Homo sapiens** esteve numa encruzilhada tão crucial e diante de um desafio tão complexo – político, científico, filosófico e espiritual – como o que hoje enfrentamos. Há muitas razões para nos sentirmos desencorajados, mas há uma razão, decisiva,

a nos encorajar: vencer esse desafio **ainda** depende de nossa capacidade de compreensão, intelectual e emocional, do que está em jogo. Se continuarmos a nos iludir com gradualismos, será muito em breve tarde demais. A partir do próximo decênio, quando o aquecimento médio global estiver próximo (aquém ou além) de 2°C acima do período pré-industrial, o planeta que as corporações e os **Estados-Corporações** tiverem criado já será irreconhecível e terrivelmente hostil à nossa e a inúmeras outras espécies. (IHU, 2023a).

O ponto alto da categoria da fraternidade reside em particulares aspectos. Porém, se pode dizer que a concepção jurídica que lhe dedica a doutrina é, sem dúvida o aspecto de interesse primeiro, a saber:

i) Machado (2017) concebe o sentido da fraternidade como categoria jurídica e a sua respectiva garantia constitucional conforme dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, especialmente em seu preâmbulo; além de concluir “que a fraternidade tem, na ordem jurídica pátria, fundamento constitucional, possibilitando, ao nosso sentir, a percepção do surgimento de uma nova fase da evolução do Estado (do Estado Fraternal), bem como dos direitos fundamentais dele decorrentes” (2020, p. 124).

O vigente sistema jurídico constitucional brasileiro, além de garantir direitos de *status* diferenciado, como destacado, busca assegurar o bem-estar de todos os que se submetem à ordem jurídica pelo constituinte plasmada por meio e a partir da Constituição de 1988 (2017, p. 129), passando a enumerar as oito oportunidades, consideradas pelo autor, na qualidade de “dimensão fraternal do constitucionalismo”, enquanto referência ao bem-estar (MACHADO, 2017, p. 129).

Também, em Machado é possível encontrar “A ideia de fraternidade que ora se pretende difundir exprime igualdade de dignidade entre todos os homens, independente de organização em comunidades politicamente institucionalizadas” (2020, p. 3).

ii) Fonseca (2021), em mais de uma ocasião, tanto em decisões judiciais, de elevado conteúdo e expressão jurídica, como, também, por meio de sua matriz disciplinar, tem registrado por meio de doutrina sua posição a respeito da temática. Nessa linha, sua criteriosa dedicação à construção da teoria da fraternidade tem oportunizado alguns preciosos apontamentos, dentre os quais, destacamos:

O reconhecimento do caráter jurídico da fraternidade demanda sua operacionalização na forma de direito humano fundamental presente nas ordens internacional e interna direcionado à pessoa. Assim, a fraternidade pode ser desdobrada no quadrante das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. (2021, p. 31).

Na verdade, a fraternidade é uma categoria jurídica constitucional materializada numa estrutura normativa de princípio que tem três funções: a função de equilíbrio entre liberdade e igualdade, a função de reconhecimento e a função interpretativa. (2021, p. 41). Enquanto equilíbrio, a fraternidade representa o contraponto aos direitos de liberdade e de igualdade, ao evidenciar o lado dos deveres fundamentais, exigindo do indivíduo e do Estado sua observância, na perspectiva da responsabilidade, a fim de se alcançar o progresso social e incentivar a participação democrática na vida coletiva. (2021, p. 41).

A função de reconhecimento explicita a alteridade e a intersubjetividade no direito, impondo-se do sujeito de direito um olhar para o outro, o respeito às diversidades numa sociedade multicultural (processo de inclusão), o espírito de tolerância, de compreensão mútua e de solidariedade. (2021, p. 41).

Já a função interpretativa deve ser verificada na prática, no momento da definição de sentido de direitos e deveres fundamentais no caso concreto. Além disso, a fraternidade vincula as funções estatais servindo de parâmetro para colisão de direitos fundamentais, para elaboração das leis e para criação de políticas públicas. (2021, p. 42).

iii) Baggio aponta um interessante e muito próximo tema da fraternidade com a questão tecnológica: relacional (ou de relacionalidade), de participação, de deliberação, de dialogicidade (2009, p. 88-90), cujo destaque credita ao paradigma relacional. Para tanto, na linha das dimensões políticas da concepção política da ideia da fraternidade, de nível internacional, refere dois aspectos que nos convém destacar: o da inteligência dialógica (2009, p. 109) e o do paradigma relacional (2009, p. 113), ambos tradutores da “inteligência fraterna”, cuja expressão é por ele indicada, a saber: “Existe de fato uma específica “inteligência fraterna”, que assume exatamente a tarefa hoje mais importante: superar os conflitos e as divisões, recuperar aquilo que é descartado ou desprezado, construir a unidade da família humana.” (BAGGIO, 2020).

Baggio também refere a um retorno às “lógicas originárias” transmitidas pelas tradições religiosas (2009, p. 88). Em revista ao seu pensamento, encontramos ainda um lócus de “núcleos fraternos”, de “grande significado” (2009, p. 87), “quer como conceito, quer enquanto realidade histórica – adquire uma dimensão universal e pode exprimir-se também no terreno civil e político”(?)².

Há ainda um último ponto, o qual convém o destaque, exatamente pelo contraponto que empresta à identidade e expressão da fraternidade, no caso, da antifraternidade. Trata-se da “Violência e palavra” (2009, p. 90), na qual Baggio pondera que “Dessa dupla crise vem a ideia de uma racionalidade instrumental e de uma violência da linguagem com que essa racionalidade, estruturalmente dominadora, se expressa, impondo significados às palavras da mesma forma que tende a impor estilos de vida às pessoas.”.

A respeito dessa “crise”, a qual tratada pelo viés do paradigma relacional fraterno, detém o condão de ser incluída na

² O trecho em destaque é indagativo, mas a conclusão que segue é reafirmativa, de onde decorre a liberdade para assim anotar, em transcrição da obra em destaque, constante das referências, inclusive.

antifraternidade, dos quais são exemplos: “A temporada dos atentados ‘provenientes de dentro’, aberta pela derrubada das Torres Gêmeas, em Nova York, e continuada em Madri e Londres, é apenas o expoente mais visível e desconcertante de uma rede conflitual profunda, ocultada por uma integração superficial.”. (BAGGIO, 2009, p. 97).

A tarefa de alta demanda e envergadura requer alguns posicionamentos de ação e de atuação de modo a enfrentar o que, em uma única palavra, sucede a crise e seus riscos, contracenada pela rotina e permanência da violência entre nós.

Vencer essa tragédia sempre foi compromisso humano: “A história da humanidade é uma redescoberta, lenta e penosa, dessa fraternidade universal” (LUBICH, 2015, p. 117).

Ainda, dito de outro modo, Baggio elucida que:

Certamente a fraternidade surge do coração inteligente do ser humano, sem distinções de culturas ou de religiões. Devemos nos conscientizar, porém, que a fraternidade deve se ascender no coração humano, alimentada e entendida. Tarefa esta que o cristianismo assumiu e que encontra, na ação e no pensamento de Papa Francisco, uma fonte constante, clara. (BAGGIO, 2020).

Não é, senão, a atitude em face do outro: de compreensão, de profundidade cultural para evitar justamente que a diversidade gere suspeitas, medos, mecanismos de defesa, agressividade. (BAGGIO, 2009, p. 97). Também, pode ser dito, em acréscimo ao pensamento de Chiara Lubich (2015, 2018) e a Baggio (2009), a posição concentrada no princípio responsabilidade (Hans Jonas, 2006), cuja matriz detém elementos valiosos ao enfrentamento da violência, atualizando e revisitando os conceitos da crise e dos riscos nos moldes em que apresentadas neste.

iv) Lubich em seu carisma revela que, como resultado do amor sobrenatural, “criamos no mundo, em todo o mundo, a fraternidade” (2015, p. 116). Também adverte que:

A fraternidade verdadeira, real, sentida é o fruto daquele amor que é capaz de se tornar diálogo, relacionamento, daquele amor que, longe de se fechar orgulhosamente no próprio recinto, sabe se abrir para os outros e colaborar com todas as pessoas de boa vontade, para construir juntos a unidade e a paz no mundo. (2018, p. 170).

Em relação à responsabilidade, notadamente o princípio responsabilidade da matriz disciplinar de Hans Jonas (2006), a argumentação neste estudo explora o seu conceito mediante vínculo com a Fraternidade, e, deste modo, propõe atualizar a discussão sobre as crises e os riscos decorrentes do ambiente digital, qual seja, “inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer” (JONAS, 2006, p.48).

Na lição de Hans Jonas, “A marca distintiva do ser humano, de ser o único capaz de ter responsabilidade, significa igualmente que ele deve tê-la pelos seus semelhantes [...]: a faculdade para tal é a condição para sua efetividade” e isto é inseparável da existência do homem tanto quanto ele seja capaz de responsabilidade, tal qual a sua natureza falante. (JONAS, 2006, p. 175-176).

Para Hans Jonas o que há em comum na matriz do princípio responsabilidade pode ser resumido em três fundamentos: totalidade, continuidade e futuro, pela pertinência da sorte do ser humano – este tem o caráter precário, vulnerável revogável - um modo peculiar de transitoriedade, o que justifica o modo de proteção. O ser humano partilha com o homem responsável a comunidade humana e, conseqüentemente, tem sobre ele um direito originário, mesmo que não exclusivo. O ser humano, todo ele, tem seu próprio fim e portanto, não há outra justificativa. (2006, p. 175).

Com efeito, o homem não tem qualquer outra vantagem em relação aos outros seres vivos, a não ser pela assunção de responsabilidade, qual seja, de garantir os próprios fins aos demais. Portanto, as finalidades dos que partilham com ele a condição e a caminhada humana, quer ele compartilhe ou apenas as

reconheça, o que inclui o fim último da própria existência, pode-se resumir: o arquétipo de toda responsabilidade é aquela do homem pelo homem. Isto guarda um significado, por mais unilateral que seja a relação, ela é reversível, o que inclui a possível reciprocidade e, em igual medida condiz com a compreensão de que sou responsável por alguém e também sou responsabilidade de outros. (JONAS, 2006, p. 175).

Todos os seres vivos podem ser alvo da responsabilidade? Para Hans Jonas a resposta é positiva na medida em que “somente o Ser vivo, em sua natureza carente e sujeita a riscos – e por isso, em princípio, todos os seres vivos – pode ser objeto de responsabilidade”. Esta segundo ele é apenas a “condição necessária, não a condição suficiente para tal” (JONAS, 2006, p. 175).

Também é preciso orientar o pacto responsabilidade para além de uma apreciação da ação do simples agir humano, mas sem desmerecer o “deve-se” da responsabilidade (JONAS, 2006, p. 216)

A tônica da teoria do princípio responsabilidade (JONAS, 2006) é um convite à reflexão quanto a responsabilidade moral: o que parte tanto de uma constatação fática – a vulnerabilidade da natureza na era tecnológica (era da técnica, do *homo faber*³), como também a do imperativo kantiano – o *a priori* do respeito a todas as formas de vida, enquanto que o modelo instalado pela “técnica e a prática do princípio responsabilidade” (JONAS, 1985) contempla o conteúdo substancial da tecnologia incluindo os poderes confiados aos homens e as novas formas de atuação e conduta humanas; inclusive a ética da tecnologia como exigência da responsabilidade humana. (JONAS, 1985, p. 15 e p. 33).

3 Há uma reflexão que julgo pertinente ser aqui tomada. Trata-se do *homo faber*, de quem anuncia Hannah Arendt, que se ocupa da fabricação e sobre o qual paira a informação de que “só o *homo faber* se porta como amo e senhor de toda a terra” e do uso de seus utensílios e instrumentos advém a experiência fundamental da instrumentalidade. (2009, p.152 e 166)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que aproxima a tecnologia com a responsabilidade pode ser de variados graus e questionamentos, objeto ou não de estudo, mesmo assim, permite o enfrentamento por diversos ângulos. No presente estudo, foram eleitos alguns aspectos singulares de análise, centradas nas crises e nos riscos que o ambiente digital, centrado na esfera tecnológica, pode estabelecer. Acrescidas à fraternidade, a tecnologia e a responsabilidade, de tal emergência, conferindo uma demanda com significativo grau de complexidade, decorrente do desenvolvimento tecnológico e científico, cujas contingências, presentes na prática, nos diversos conceitos examinados, especialmente os decorrentes da fraternidade, associam comunicação, relacionalidade, responsabilidade e o estar em redes, típicas proposições afeitas à responsabilidade – este, pertinente ao princípio responsabilidade do legado de Hans Jonas.

Neste estudo foi priorizada a apresentação de alguns elementos subsidiários para a reflexão do contexto geral que une fraternidade e tecnologia. Penso que uma das funções mais pertinentes relacionadas aos elementos de estudo extraídos do vínculo destes dois temas, requer demonstrar alguns pontos que estão dentro do campo de debate possível, consequentemente, a respeito dos temas que envolvem fraternidade, tecnologia, responsabilidade e suas bases de expressão, tais como seus aspectos socioambientais, sociopolíticos e sociojurídicos, os quais, submetidos aos riscos e às crises deflagradas pela tecnologia, revelam uma complexidade potencialmente crescente. Por sua vez, dentre as quais emergem temas como a inteligência fraterna, inteligência dialógica, paradigma relacional, para citar alguns exemplos.

Estados, arquivos, gestão, modelos, crises, riscos, ambiente digital, inteligência artificial, ferramentas, organizações lógicas, quando tuteladas por núcleos fraternos, tende a construir modelos assentados em base de responsabilidade.

A humanidade enfrenta um conjunto de riscos que, tanto despertam a condição de parecerem totalmente novos, também envolvem a percepção de que são assustadoramente familiares.

Um risco que olha para nós, tal qual a fórmula arendtiana do deserto, a nos convencer da fórmula da miragem, de “ausência-de-mundo”, da sempre má e velha crise de “viver sob as condições de vida do deserto” (ARENDT, 2008, p. 266), qual seja, “o perigo está em nos tornarmos verdadeiros habitantes do deserto e nele passarmos a nos sentir em casa.” (ARENDT, 2008, p. 267) e, deste modo, passarmos a viver, a pensar e a julgar na “mais adequada forma política de vida no deserto” (ARENDT, 2008, p. 267) e “extremamente bem ajustados às condições do deserto” (ARENDT, 2008, p. 267).

Da condição e qualidade de “um dos primeiros habitantes conscientes do deserto, mas também, por essa mesma razão, uma vítima de sua mais terrível ilusão” o real perigo se dará ao tentar mimetizar e incorporar as exatas condições fantasmagóricas das miragens desencadeadas pela adaptação da vida humana às condições que o escaldante deserto proporciona. O deserto e o homem, em uníssono, conseguem um admirável feito: “a destruição de tudo que há entre nós, pode ser também descrito como a expansão do deserto” (ARENDT, 2008, p. 266), sendo certa a proximidade do ser humano e do deserto, da proximidade das tempestades de areias a ameaçar a existência real dos oásis, de modo que, a adaptação da vida humana ao *habitat* desértico, reduz a fórmula política e, provavelmente, perderemos a faculdade de sofrer, de sermos responsáveis, e com ambos, o agir e a virtude de resistir.

A não ser pelos oásis – “as esferas da vida que existem independentemente, ao menos em larga medida, das condições políticas” – não se conseguiria respiradouros a saciar a sede. Pior: o caminho da vida humana seria reduzido a uma caminhada rumo à morte, qual seja, “Em outras palavras, os oásis, que não são lugares de ‘relaxamento’, mas fontes vitais que nos permitem viver no deserto sem nos reconciliarmos com ele, secarão.” (ARENDT, 2008, p. 268).

Não por acaso, o Relatório de Riscos Globais (WEF, 2023a) explora alguns dos riscos mais graves que podemos enfrentar na próxima década. Como também oportuniza o conhecimento daqueles que já estão entre nós, e que se juntam no apelo de tempos de nítida crise: de baixo crescimento e de baixa cooperação, de fracas discussões regulatórias, de perdas de direitos, e de baixo grau de tutela protetiva. Assim, os compromissos que envolvem um franco grau de responsabilidade correm o risco de corroer a ação climática, o desenvolvimento humano, a resiliência futura e a responsabilidade de uns para com os outros e pelos outros. Nesse cenário, nem a ressurgência parece apta a dar conta de escrever uma nova fraterna e responsável história humana.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A Promessa da Política**. Tradução Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: DIFEL, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria. In: BAGGIO, Antonio Maria (organizador). **O Princípio Esquecido/2**: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Traduções de Durval Cordas, Luziano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista-SP: Editora Cidade Nova, 2009.

BAGGIO, Antonio Maria. O Desafio da Fraternidade. In: OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar. ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. **Direito e Fraternidade Humana**: temas contemporâneos [ePub]. 1. ed. Porto Alegre: Simplíssimo, 2020.

BEN, Gustavo Vinícius. **Dano Ambiental Futuro e Exposições a Substâncias Tóxicas**: a aplicabilidade do *Preventive Medical Monitoring* pelo direito brasileiro. 1. ed. Curitiba: Appris, 2022.

BODEN, Margaret A. **Inteligência Artificial**: uma brevíssima introdução. Tradução Fernando Santos. São Paulo: editora Unesp, 2020.

CASTELLS, Manuel. **Fim de Milênio**. Tradução Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. 7. ed., Edição revista e atualizada. Rio de Janeiro – São Paulo: Paz & Terra, 2020.

Comitê Gestor da Internetno Brasil (CGI.br). O CGI.br e o Marco Civil da Internet. Disponível em: <https://cgi.br/publicacao/o-cgi-br-e-o-marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 01 maio 2023.

FONSECA, Reynaldo Soares da. A Cultura da Paz: o resgate da fraternidade como categoria constitucional. In: TURATTI, Deisemara [et al.]. (Organizadores). **Estudos de Direito e Fraternidade na Fronteira da Paz**: Diálogos com a Pandemia do Covid-19. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2021b.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**: a vontade do saber. Maria Thereza da Costa Albuquerque; J. A. Guilhon Albuquerque. 18. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007, vol. 1, p. 10

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (IHU). O futuro climático depende do controle social das decisões de investimento. 01 outubro 2021. **Luiz Marques**, publicação **Jornal da UNICAMP** e reproduzido por **EcoDebate**, 01 outubro 2021. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/613364-o-futuro-climatico-depender-do-controle-social-das-decisoes-de-investimento>. Acesso em 27 maio 2023a.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (IHU). Uma ação climática urgente pode garantir um futuro habitável para todos, afirma IPCC. 21 março 2023. Comunicado de imprensa

oficial do **Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC)**, 20 março 2023 - a respeito do **Relatório Síntese**. Tradução **Moisés Sbardelotto**. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/627166-uma-acao-climatica-urgente-pode-garantir-um-futuro-habitavel-para-todos-afirma-ipcc>. Acesso em: 26 maio 2023b.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (IHU). A era do Antropoceno e duplo impacto do *Sapiens sapiens urbis*. Entrevista especial com Rualdo Menegat. **Patricia Fachin e Lara Ely**. 20 outubro 2017. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/159-entrevistas/572820-a-era-do-antropoceno-e-duplo-impacto-do-sapiens-sapiens-urbis-entrevista-especial-com-rualdo-menegat>. Acesso em: 24 maio 2023c.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (IHU). Clima: ilusões do mercado e o papel do Comum. Artigo de Mariana Mazzucato. Publicação **Project Syndicate** e reproduzido por **Outras Palavras**, 07 novembro 2022. Tradução **Maurício Ayer**. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/623702-clima-ilusoes-do-mercado-e-o-papel-do-comum-artigo-de-mariana-mazzucato>. Acesso em: 24 maio 2023d.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (IHU). Humanos e não humanos: laços colaborativos voltados para a ressurgência da vida. **Faustino Teixeira**, em debate [online] intitulado “**No mundo de Gaia: humanos, não humanos e a codependência**”. Por **Jonas Jorge da Silva**, 16 maio 2023. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/628694-humanos-e-nao-humanos-lacos-colaborativos-voltados-para-a-ressurgencia-da-vida>. Acesso em: 24 maio 2023e.

Instituto Humanitas Unisinos (IHU). Cadernos IHU ideias. Ano 21, nº 348, vol. 21, 2023. **Depois da Inteligência Artificial**. Cosimo Accoto, Massimo Di

Felice, Eliane Schlemmer. Disponível em: Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/348cadernosihuideias.pdf>. Acesso em: 25 maio 2023f.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (IHU). Riscos globais, crises ambientais e reformas do desenvolvimento. Artigo de Eduardo Gudynas. 25 fevereiro 2023. Eduardo Gudynas, publicada por Cartas en Ecología Política. A tradução é do Cepat. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/626445-riscos-globais-criises-ambientais-e-reformas-do-desenvolvimento-artigo-de-eduardo-gudynas>. Acesso em: 25 maio 2023g.

JONAS, Hans. **Técnica, Medicina e Ética**: sobre a prática do princípio responsabilidade. Tradução Grupo de Trabalho Hans Jonas da ANPOF. São Paulo: Paulus, 2013.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006.

LEFF, Enrique. Pensar a complexidade ambiental. In: LEFF, Enrique (coordenador). **A complexidade ambiental**. Tradução Eliete Wolff. São Paulo: Cortez, 2003, p. 15-64.

LUBICH, Chiara. **A Unidade**. FALMI, Donato; GILLET, Florence; (organização). Tradução de Redação da Editora Cidade Nova. São Paulo: Cidade Nova, 2015.

LUBICH, Chiara. **Igreja comunhão**. LEAHY, Brennan; BLAUMEISER, Hubertus (organização). Tradução de Redação da Editora Cidade Nova. 2. ed., São Paulo: Cidade Nova, 2018.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O Fundamento Constitucional da Fraternidade (Uma década do Núcleo de Pesquisa “Direito e Fraternidade”). In: OLIVEIRA, Olga Maria

Boschi Aguiar de; ROSSETTO, Geralda Magella de Faria.

Direito e Fraternidade Humana: temas contemporâneos.

[Recurso digital: Formato: ePub2]. 1. ed. Porto Alegre: PLUS/Simplíssimo, 2020.

MAZZUCATO, Mariana. **Estado Empreendedor:** desmascarando o mito do setor público vs. privado. Tradução Elvira Serapicos. 5. reimpressão. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2021.

WORLD ECONOMIC FORUM (WEF). **Riscos Globais.** Estes são os maiores riscos que o mundo enfrenta. 4 janeiro 2023.

Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2023/01/global-risks-report-2023-press-conference/>. Acesso em: 24 maio 2023a.

WORLD ECONOMIC FORUM (WEF). **The Global Risks Report 2023.** 18th edition. Insight report., Genebra, 2023.

Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/global-risks-report-2023/>. Acesso em 24 maio de 2023b.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FERRAMENTA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Deisemara Turatti
Matheus Fontella Goulart

1 INTRODUÇÃO

Ao discutir o desenvolvimento sustentável na sociedade contemporânea, perfaz a necessidade de compreender acerca das definições e premissas apresentadas pela literatura. Para a consolidação de um desenvolvimento sustentável, pondera-se sobretudo as diretrizes e os fomentos estatais para a promoção de tais avanços sociais.

As políticas públicas possuem múltiplas definições, para alguns pesquisadores ela é um ramo da política que serve para analisar o governo (MEAD, 1995), ou ainda, as políticas públicas são as ações estatais que buscam a concretização de um objetivo em específico (LYNN, 1980), não obstante, nesse mesmo sentido Peters (1986), disserta que as políticas públicas é a soma das atividades do governo que agem e influenciam a vida dos cidadãos.

O Brasil possui alarmantes indicadores no que tange problemas sociais, sobretudo relacionados à renda mínima, acesso à saúde, direito à moradia, entre outros. Dessa forma, carece um olhar atento e minucioso pois trata-se de direitos fundamentais que devem ser assegurados pelo Estado.

De forma recorrente, constata-se uma inobservância dos agentes políticos para com os problemas sociais, bem como, um

distanciamento da concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos. Tal inversão de valores e inconsistências técnicas impossibilita que haja um desenvolvimento mais sustentável na sociedade.

Diante à problemática exposta a pesquisa possui como objetivo analisar as múltiplas definições da terminologia políticas públicas e compreendê-la como ferramenta de promoção para um desenvolvimento sustentável. O estudo justifica-se pela necessidade de compreender a temática das políticas públicas na área das ciências jurídicas. Sabe-se que o assunto é amplamente debatido nas ciências sociais, na sociologia, filosofia, serviço social e em áreas afins, mas ainda carece de estudos no meio jurídico, pois denota-se que as políticas públicas estão diretamente atreladas ao cumprimento dos direitos fundamentais e somente com a concretização de tais direitos pode-se pensar em um desenvolvimento sustentável na sociedade.

A abordagem metodológica utilizada é a qualitativa e método dedutivo com dados e informações compulsadas na literatura. Na sequência apresentar-se-á as discussões teóricas do estudo, que se encontram divididas da seguinte forma: a) As Políticas Públicas e à relação com os Direitos Fundamentais; b) Sustentabilidade: concepção e abrangência. Findando a presente pesquisa, será exposta as considerações finais ponderando as teorias e conceitos abordados na literatura.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E À RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando busca-se compreender políticas públicas, independente do contexto, perfaz a necessidade de analisá-la como um resultado de dois grandes elementos Estado e Sociedade, na medida em que as políticas públicas são reflexo das obrigações estatais e ainda a tentativa para a realização dos interesses sociais (BITENCOURT, 2013).

Conforme Schmidt (2018), são inúmeras as definições sobre a terminologia “políticas públicas”, todavia destaca-se a concepção

que as políticas públicas são as respostas do poder público aos problemas políticos. Sendo assim, as políticas públicas quando analisadas de uma forma mais holística, são medidas estatais que possuem como objetivo “atender demandas sociais referente a problemas políticos de ordem pública ou coletiva” (SCHMIDT, 2018, p. 122).

O Desenvolvimento Sustentável em uma sociedade, fomentado via políticas públicas, pondera muito além de questões apenas ambientais, porém a sua concretização está cada vez mais utópica visto os entrelaces políticos. Diante a constante insuficiência de recursos para contemplar todas as demandas sociais, as políticas públicas tornam-se uma ferramenta de promoção por parte dos agentes políticos, uma vez que, esses visam atender pressões de grupos sociais, financiadores políticos e até mesmo, concretizar promessas eleitorais (SCHMIDT, 2018).

Com o processo de democratização do Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, o tema das políticas públicas obteve uma ampliação do seu centro de discussão, ultrapassando o âmbito político-administrativo, alcançando a área do direito.

Vale salientar que a categoria jurídica que norteia a concepção de política pública tem natureza coletiva, pois a partir do direito se edificam os programas de ação governamental, para que estejam em conformidade com a Constituição Federal no sentido da concretização dos direitos fundamentais e projeção da cidadania.

As políticas públicas são ferramentas capazes de propiciar, mediante a ação conjunta dos poderes públicos, a realização de direitos fundamentais, conferindo aos cidadãos as circunstâncias vitais para usufruir da plena liberdade e a igualdade material e, via de consequência, da dignidade humana.

Com efeito, juridicamente política pública pode ser assim definida:

Política pública é programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo,

processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006, p. 39).

O programa da ação governamental deve ser o resultado de um processo ou um conjunto de processos regulados pelo direito e, complementa Bucci (2006, p. 264) que: “[a]s políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”. Essas preferências refletem os direitos fundamentais, direitos protetivos e garantidores do mínimo necessário para que um indivíduo exista de forma digna na sociedade.

As vulnerabilidades e as desigualdades sociais manifestadas com grande intensidade clamam pela intervenção do Estado para impedir ou regular a atividade econômica de forma a não comprometer os valores existenciais, nem mesmo a primazia dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, as políticas públicas propiciam a realização dos direitos fundamentais, capaz de fundamentar o Estado de Direito comprometido com o desenvolvimento sustentável e em conformidade com a cidadania. Em outras palavras, Smanio (2013, p. 12) complementa: “As Políticas Públicas são instrumentos importantes para a concretização dos Direitos Fundamentais.”

3 SUSTENTABILIDADE: CONCEPÇÃO E ABRANGÊNCIA

Em tempos remotos, ao se tratar da sustentabilidade, vinculava-se unicamente ao meio ambiente. Na atualidade, sua concepção ampliou-se, assumindo outras dimensões, razão pela qual está em constante construção.

A priori vale diferenciar as expressões sustentabilidade do desenvolvimento sustentável, apesar de estarem interligadas, a sustentabilidade consiste no conjunto de iniciativas, idealizações e soluções;

já o desenvolvimento sustentável diz respeito à forma de instrumentalizar essas concepções e valores no dia a dia da sociedade.

Para Freitas (2012, p. 57-58) a “Sustentabilidade é multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional”. Neste sentido, o autor propõe dimensões da sustentabilidade: a social, a ética, a jurídico-política, a econômica, a ambiental, a estética e, aduz que o dever essencial da sustentabilidade incide no amanhã, pois consiste em,

[...] produzir e partilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, aí abrangidos os componentes primordialmente éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos (FREITAS, 2012, p. 40).

A sustentabilidade aproxima-se dos objetivos sociais, ambientais e econômicos, sendo que originalmente, aliava-se ao ecodesenvolvimento, posteriormente surge como desenvolvimento sustentável e apresenta como critérios: o social, o cultural, o ambiental, o ecológico, o territorial, o econômico e o político (nacional e internacional) (SACHS, 2002, p. 54; 85-87).

O desenvolvimento sustentável, caracteriza-se “[...] como um processo de mudanças, no qual se compatibiliza a exploração de recursos, o gerenciamento de investimento tecnológico e as mudanças institucionais com o presente e o futuro” (CANEPA apud BARBOSA, 2008, p. 6).

A abrangência da sustentabilidade como fator do desenvolvimento sustentável requer a ruptura com a economização como forma de atender as necessidades

humanas e sociais, com a abertura para novas percepções que tem por base uma nova racionalidade.

Enfatiza Leff (2007, p. 405) que a sustentabilidade tem como propósitos “a reconstrução do mundo a partir dos diversos projetos de civilização que foram construídos e sedimentados na história. [...] a partir dos limites e das potencialidades da condição humana, da natureza e da cultura.”

Os tempos (passado – presente - futuro) se entrelaçam e trazem mudanças, transformando os sentidos da civilização por meio de códigos éticos, valores culturais e novos atores políticos e sociais validando os Direitos Humanos, guiados pela autonomia, diversidade cultural, pluralidade e a democracia (LEFF, 2007, p. 407). Esta forma de desenvolver o potencial humano aliado ao sentido da vida tem por base valores como o respeito pelas diferenças e o não preconceito, temas que suscitam processos dialógicos.

No direito brasileiro a sustentabilidade apresenta-se como princípio constitucional e tem por escopo possibilitar, em longo prazo, o bem-estar social, econômico, ético, ambiental e político-jurídico das gerações presentes e vindouras. Ela tem o condão de implantar na sociedade, gradualmente, um novo paradigma, a “determinação ético-jurídica”, que na lição de Freitas (2012, p. 33), tem eficácia direta e imediata e procura:

a) o reconhecimento da titularidade dos direitos daqueles que ainda não nasceram. b) impõe assumir a ligação de todos os seres, acima das coisas, e a inter-relação de tudo. c) sopesar os benefícios, os custos diretos e as externalidades, ao lado dos custos de oportunidade, antes de cada empreendimento.

Com base no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, em que de modo expreso o Constituinte apregoa que o desenvolvimento e o bem-estar, ao lado dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança estão assegurados no Estado Democrático de Direito, a sustentabilidade sobrevém nos termos do art. 225, como qualificadora do desenvolvimento que se anseia para a nação brasileira: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Observa-se que o Preâmbulo traz as diretrizes máximas para a interpretação da Lei Fundamental. Sua importância reside

que ali estão subsídios com atribuição de garantia dogmático-constitucional e pragmática, com a função de preconizar ao Estado ações, de forma imediata para a “[...] efetiva realização dos valores, com conteúdo específico, em direção aos destinatários das normas constitucionais” (MACHADO, 2012, p. 30).

Sendo o desenvolvimento e o bem-estar valores da ordem constitucional vigente, a sustentabilidade configura-se na meta programática a ser alcançada, por este motivo, encontra-se em dispositivos do texto constitucional, o que reforça os dizeres de Freitas (2012, p. 49): “[...] a sustentabilidade é que deve adjetivar, condicionar e infundir as suas características ao desenvolvimento, nunca o contrário.”

O princípio da sustentabilidade pode ser deste modo definido:

[...] trata-se de princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2012, p. 41).

A sustentabilidade como um princípio de dimensão constitucional, indica para a gestão pública a mais perfeita configuração para a promoção da dignidade quanto valor essencial de todos os seres vivos. Por esta razão, ela pode ser caracterizada como multidimensional (social, ética, ambiental, econômica, jurídico-política, estética) como sustentado por Freitas (2012, p. 306 – 307), pois em sua concepção acha-se a inserção e integração das pessoas com a natureza, numa inter-relação: vinculativa, pois se trata de princípio constitucional; associa o bem-estar com as ideias de justiça, liberdade, igualdade e fraternidade; refere a equidade intra e intergeracional, como primazia e, promove o desenvolvimento como condição de humanidade entre os seres vivos.

Adverte Freitas (2012, p. 119) que, “À luz da Constituição, o novo desenvolvimento, moldado pela sustentabilidade como valor e como princípio, mostra-se perfeitamente racional, plausível e cogente.” E nesta concepção, a referência da fraternidade intergeracional, como um modo de relacionalidade humana, compactua com a noção de que o ser humano é co-criador do destino da vida na terra.

A sustentação do tema desenvolvimento, produz significados se os valores projetados pela Carta Política, como a igualdade, a liberdade, a justiça, a segurança, o bem-estar estiverem consolidados e, cujo desígnio maior constitua uma sociedade fraterna, para o presente e, para as futuras gerações. Corroborando Freitas (2012, p. 114), “[...] a sustentabilidade apenas se elucida em contato objetivo com os demais valores e os qualifica, por assim dizer, material e imaterialmente”.

Por conseguinte, vislumbra-se que as concepções da sustentabilidade imprimem uma mutação cultural, pois priorizam inovações que devem ser adotadas frente ao fator desenvolvimento e ao considerar a proteção do meio-ambiente, a qualidade de vida e o bem-estar da humanidade.

De plano amplia-se a noção da dignidade, abarcando todos os seres vivos existentes no universo, em face da multidimensionalidade que o princípio constitucional da sustentabilidade imprime, bem como se ampara a dimensão fraternal, quando, além desta nova visão, existe a preocupação intra e intergeracional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo analisou em primazia as múltiplas definições sobre as políticas públicas, sobretudo, atendeu aos objetivos da pesquisa, bem como respondeu a problemática elencada inicialmente. Sobre a terminologia “políticas públicas” denota-se uma inclinação autoral com o posto por Bitencourt (2013), ao estabelecer que tais políticas são as manifestações dos agentes políticos que visam atender as demandas sociais.

Todavia, de forma recorrente denota-se um distanciamento das políticas públicas para com a sua finalidade, uma vez que, os agentes públicos erroneamente atuam na busca de atender os seus objetivos pessoais e de seus colaboradores.

Sobre a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável, como exposto na pesquisa, há uma diferença semântica entre os termos, ademais, carece aos agentes públicos maiores iniciativas que visem o desenvolvimento sustentável por meio das políticas públicas incorporadas ao dia a dia, sobretudo, atendimento aos direitos fundamentais, tais como, renda mínima, moradia, acesso à saúde, lazer e entre outros direitos que corrobora com a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Consequentemente, a estudos futuros orienta-se a realização de pesquisas documentais, que analisem não somente as políticas públicas implementada, bem como as pretensas políticas públicas inconstitucionais, pois desta forma seria possível mensurar as estratégias dos agentes políticos que agem em detrimento de seus interesses pessoais e de seus apoiadores.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gisele Silva. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. Revista Visões. 4. ed., n.4, v.1, jan/jun., 2008. Disponível em: http://www.controversia.com.br/uploaded/pdf/12883_o-desafio-do-desenvolvimento-sustentavel-gisele.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

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

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução: Lúcia Mathilde Endlich Orth. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

LYNN, L. E. **Designing Public Policy:** A Casebook on the Role of Policy Analysis. Santa Monica, Calif.: Goodyear. 1980.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988. In.: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). **Direito natural:** Uma visão humanista. São Paulo: Cidade Nova, 2012.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico- constitucional. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Instituto brasileiro de direito público. Salvador, n. 23, set./out./nov., 2010. Disponível em: www.direitodoestado.com/revista/RERE/23-SETEMBRO-2010-CARLOS-AUGUSTO-MACHADO.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

MEAD, L. M. **Public Policy:** Vision, Potential, Limits. Policy Currents, Fevereiro: 1-4. 1995.

PETERS, B. G. **American Public Policy.** Chatham, N.J.: Chatham House. 1986.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável.** Paula Yone Stroh (Org). Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, v. 3, n. 56, p. 119-149, 2018.

NICKEL, Juliana; SCHMIDT, João. A importância da participação e controle social notadamente no âmbito das políticas públicas sociais para a formação da cidadania: o caso do Fundeb. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 37, 2022, p. 209-242

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. **O direito e as políticas públicas no Brasil**. Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Martins Bertolini (orgs). São Paulo: Atlas, 2013.

DIREITOS HUMANOS E SOCIAL BOTS: UM OLHAR SOBRE A DESINFORMAÇÃO MULTIPLATAFORMA

Carolina Silva Porto
Clara Cardoso Machado Jaborandy

1 INTRODUÇÃO

A conectividade na era da informação trouxe uma série de desafios para a sociedade contemporânea que muitas vezes são subestimados, uma vez que as redes sociais assumiram um papel central na comunicação, tornando-se fontes de informações. No entanto, essa rápida ascensão das redes carrega consigo um aumento alarmante na propagação de informações falsas, situação que é agravada tanto pela concentração das plataformas sociais nas mãos de grandes empresas de tecnologia, como também pela falta de regulamentação nacional adequada para o uso da inteligência artificial.

Esse cenário caótico coloca a sociedade em um estado de vulnerabilidade e ignorância em relação aos perigos da desinformação. A dinâmica de compartilhamento de informações nas redes sociais possui o poder de manipular a tomada de decisões e, por isso, representa riscos para a sociedade civil, uma vez que mina as bases democráticas devido à falta de acesso a informações precisas. A enorme quantidade de conteúdo disponível nas plataformas digitais, então, pode polarizar as fontes de informação para os indivíduos, resultando na disseminação de conteúdo falso.

Especialmente após as eleições presidenciais norte-americanas de 2016 e o Referendo Brexit no Reino Unido, as discussões sobre as estratégias de manipulação da opinião pública nas redes sociais ganharam destaque na imprensa. O termo “pós-verdade” foi cunhado para descrever essa realidade (Keyes, 2016). Atualmente, existem evidências substanciais do crescimento de uma prática intitulada como *astroturfing*: as plataformas das redes sociais estão infestadas por robôs (*bots*), exércitos de *trolls*, perfis falsos e outros atores maliciosos, que são pagos para disseminar informações de forma coordenada (Santini, 2022).

A popularização das redes sociais mudou a dimensão, importância e implicações sociais do fenômeno da desinformação, pois, em vez de se tornarem uma força promovendo transparência, pluralidade e oportunidades para tornar a esfera pública mais participativa e horizontal, as redes sociais ameaçam a legitimidade e a confiança da população nas instituições democráticas. É crucial encontrar soluções que equilibrem a liberdade de expressão com o combate à desinformação, garantindo um ambiente mais saudável e confiável na era digital.

Isto posto, questiona-se: como a utilização de *bots*, *trolls* e perfis falsos nas redes sociais, especialmente em contextos políticos, influencia a disseminação de informações e a manipulação da opinião pública? Para responder a esta pergunta, este artigo tem como objetivo analisar a utilização dessas ferramentas nas redes sociais, examinando também o papel das plataformas de redes sociais no combate à disseminação de desinformação e práticas similares.

Para isso, será adotada metodologia de abordagem qualitativa, baseada em uma pesquisa bibliográfico-documental que se utilizará da revisão de artigos científicos, legislações e pesquisas anteriores pertinentes ao assunto, utilizando também uma abordagem interdisciplinar. Isto porque, ainda que nos últimos anos o número de estudos e pesquisas sobre o assunto venham crescendo vertiginosamente em áreas como ciências da informação, comunicação e ciência de dados, faltam, no campo do direito,

pesquisas capazes de embasar propostas sólidas de regulamentação ao assunto (Santini, 2022).

Nesse sentido, o primeiro capítulo do texto tratará sobre a desinformação propriamente dita, enquanto no segundo capítulo, serão abordadas as maneiras com que os social *bots* são utilizados nas redes sociais. Por fim, o terceiro, será dedicado a analisar o combate à desinformação no ordenamento jurídico brasileiro.

2 O FENÔMENO DA DESINFORMAÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS

A efetiva promoção da cidadania está intrinsecamente vinculada ao amplo acesso à informação, especialmente nas comunidades geograficamente situadas na América Latina. Isto porque, a informação desempenha um papel fundamental ao estimular a participação popular na política e garantir a realização e proteção dos Direitos Humanos e fundamentais. Assim, o acesso à informação se revela como uma poderosa ferramenta para coibir abusos estatais, incluindo a corrupção, fortalecendo, assim, o papel da democracia na sociedade civil (OEA, 2011).

Considerando, então, que a maioria dos brasileiros obtém informações por meio das redes sociais (Newman, 2022), as quais são facilmente acessíveis, a disseminação de *fake news* nesse ambiente virtual é prejudicial não apenas ao indivíduo, mas também para toda a sociedade. Isso ocorre porque, conforme enfatizado pela OEA no documento intitulado “O Direito de Acesso à Informação no Marco Jurídico Interamericano”, enquanto uma parcela social tem acesso a diversas ferramentas que possibilitam a verificação da veracidade das notícias, outra parcela social, que não possui os mesmos recursos, permanece invisibilizada e ignorada, com seu direito à informação negligenciado (OEA, 2011).

Como consequência, essa parcela da sociedade não tem o conhecimento necessário para efetivar outros direitos fundamentais, mesmo tendo acesso à notícia por meio da democratização da internet, uma vez que não possui os meios e o conhecimento para

confirmá-la (Newman, 2022). Nesse sentido, se faz necessário reconhecer a importância do acesso à informação para a efetivação dos Direitos Humanos, bem como identificar os malefícios do disparo irrestrito de notícias falsas, inventadas ou manipuladas em redes sociais.

Entretanto, é necessário, para iniciar o debate sobre a utilização de social *bots* em multiplataformas, primeiramente, formular um diagnóstico capaz de refletir o conceito de verdade na atualidade para, posteriormente, delimitar o conceito de notícia falsa, demonstrando as espécies existentes. Desse modo, ao final do capítulo, será possível visualizar um perfil extenso abrangente sobre a verdade e a desinformação na atualidade, bem como será possível visualizar em qual tipo de *fake news* este trabalho centrará seu aprofundamento.

Isto porque, apesar de o termo *fake news* ter sido popularizado na mídia para designar todo o tipo de notícia falsa, inventada ou manipulada – ou, até mesmo, para desqualificar informações desagradáveis ou que, após apuradas, revelaram-se não verdadeiras (Oliveira; Gomes, 2019) –, a diferença entre as definições compromete não apenas o estudo acadêmico do assunto. Outros fatores como o grau de abrangência da proteção concedida ao atingido pelas notícias, o nível de responsabilização atribuída àquele que veiculou as informações e, por fim, o modo que se dará a regulamentação geral do assunto também são comprometidos

Por este motivo, é fundamental refletir sobre a verdade e a mentira na atualidade. Isso se deve ao fato de que a verdade factual está sendo questionada e parece estar em processo de extinção, tornando sua relevância para o desenvolvimento dos sistemas políticos de extrema importância. Nesse sentido, Hannah Arendt (2007) destaca que, apesar de a narrativa sobre fatos e acontecimentos poder ser moldada pelos interesses políticos, a verdade intrínseca dos fatos permanece imutável.

Estudiosos como Eugenio Bucci (2019) concordam que a mentira sempre esteve presente nos meios midiáticos e políticos, mas enfatiza a importância de refletir sobre qual tipo de verdade

deve ser valorizada nessas esferas. Para ele, mesmo políticos comprometidos com suas causas muitas vezes propagam mentiras quando lhes convém. Entretanto, é a verdade factual, ou seja, a verdade dos fatos reais, também conhecida como fato, que realmente importa para esses meios.

Essa perspectiva alinha-se com os pensamentos de Hannah Arendt em sua obra *Verdade e Política*, publicada em 1967. A filósofa reflete sobre a manipulação dos pontos de vista sobre fatos e acontecimentos para atender a agendas políticas e jornalísticas. Tanto para Arendt quanto para Bucci, a única vertente de verdade relevante para o debate político, jornalístico e educacional é aquela baseada em eventos reais, narrados de forma precisa. Em outras palavras, a verdade factual deve ser a base para comportamentos políticos, jornalísticos e culturais, pois além de transmitir honestidade e ter um significado moral, também é o portal para o conhecimento e a informação.

No entanto, a verdade factual é frágil e efêmera (Arendt, 2007), uma vez que está suscetível a falsificações e manipulações. Isso ocorre porque é um registro exato do que acontece na realidade, porém, narrado a partir de diferentes perspectivas humanas. Assim, mesmo quando os eventos são claros e diretos, e o comunicador da informação busca transmiti-la de forma íntegra, o discurso pode ser distorcido pela influência de opiniões pessoais e diferentes percepções do emissor (Porto, 2022).

Ainda sobre a verdade na sociedade moderna, a corrente de pensamento inspirada por pensadores como Guillaume-Chrétien de Lamoignon de Malesherbes, destaca que a verdade surge do confronto de diversas opiniões. Nessa visão, os fatos refletem eventos reais, mas a verdade vai além disso, dependendo também do pensamento gerado por essas situações. Portanto, encontrar a verdade requer um ambiente de discussão, debate e exposição de opiniões divergentes (Bucci, 2019).

Essa abordagem não descredita totalmente a verdade factual, mas valoriza a liberdade como elemento crucial para descobri-la. Em sociedades livres, onde o debate e a exposição de

ideias divergentes são incentivados, as pessoas têm acesso à verdade dos fatos (Porto, 2022).

A perspectiva de Malesherbes levanta a questão das bolhas sociais. Indivíduos inseridos em bolhas, onde todos compartilham a mesma opinião sobre um fato, podem estar distantes da verdade. O debate é essencial para alcançá-la e expandir horizontes. Isso é especialmente relevante nos tempos atuais, onde algoritmos de redes sociais tendem a agrupar pessoas com ideias semelhantes, isolando as visões divergentes.

Sharon Rider e Michael Peters destacam ainda que a verdade é o eixo central das instituições modernas, essencial para educação, ciência, política e direito. Esses pesquisadores a definem como um andaime social da civilização, sendo parte essencial da cultura infraestrutural da modernidade.

Outside of philosophy department seminar rooms, truth would seem to be an obvious and everyday affair. We do not need it explained to us; in our way of life, truth, and its cognate concepts (right, correct, accurate, real) and truth-telling activities are central to our institutions of science, politics, law, and education. But more fundamentally, it is part of the cultural infrastructure within which we exist and make sense of the world. It is one of a handful of abstract concepts that serve as a kind of intellectual scaffolding in our civilization (Rider; Peters, 2018).

Embora o conceito de verdade varie entre as definições apresentadas anteriormente, é possível categorizar as informações inverídicas em três espécies, todas abrangidas pelo termo *fake news*, que é usado como um conceito guarda-chuva na prática. Essas espécies são: desinformação, informação incorreta e informação ruim (Porto, 2022).

A desinformação, também conhecida como *dis-information* em inglês, compreende informações falsas, distorcidas ou criadas com o objetivo deliberado de prejudicar um indivíduo, causa ou ideologia, violando sua dignidade e honra (Porto, 2022).

A informação incorreta é simplesmente uma informação inverídica, que pode ter sido manipulada, distorcida ou inventada. A diferença essencial entre a desinformação e a informação incorreta reside no intento do emissor da notícia. Na informação incorreta, ao contrário da desinformação, não há intenção de causar prejuízo ao alvo das *fake news* (Porto, 2022).

Por outro lado, a informação ruim difere das anteriores porque, embora seja verdadeira, é divulgada com a intenção de causar dano, prejuízo ou violação da imagem de alguém. Exemplos disso incluem discursos de ódio, discursos abusivos e vazamentos de fotos e conversas. Nesse sentido, a informação ruim se assemelha à desinformação em relação à intenção do emissor, pois o dano é o principal objetivo da divulgação da notícia (Porto, 2022).

Diante disso, neste trabalho, adotaremos a terminologia *fake news* para se referir, na verdade, à desinformação, ou seja, informações falsas propagadas com a intenção de causar violação a terceiros.

Isso se justifica porque o campo jurídico não trata a mentira pura e simples como um objeto central do Direito. A ciência jurídica concentra-se nos impactos que a mentira causa quando direcionada a um alvo específico (Rais, 2018), sendo, portanto, a desinformação em si o foco do debate acadêmico.

3 AS REDES SOCIAIS E A DESINFORMAÇÃO: COMO ATUAM OS SOCIAL BOTS?

A popularização das redes sociais on-line tem gerado transformações significativas em suas dimensões, importância e implicações sociais. No entanto, ao invés de se tornarem uma força política global que promove a transparência, pluralidade e participação na esfera pública, surgem preocupações de que essas plataformas possam comprometer a legitimidade e a confiança nas instituições democráticas (Santini, 2022).

As estratégias utilizadas pelas redes sociais, incluindo atuação, representação, programação, coordenação e camuflagem,

ainda carecem de compreensão plena. A sociedade não possui o conhecimento aprofundado sobre como governos, empresas e outras instituições as utilizam, nem sobre o grau de influência que exercem sobre os usuários e o impacto em sua formação de opinião, tanto dentro quanto fora da internet. Esta falta de conhecimento, por si só, denuncia a opacidade das práticas das empresas de tecnologia (Santini, 2022).

Neste sentido, *trolls* e *social bots* são perfis programados para disseminar informações ideologicamente enviesadas, com a finalidade de influenciar a percepção e formação de opinião, afetando diretamente as decisões dos indivíduos como consumidores, eleitores ou cidadãos. Esses agentes agem de maneira similar a fã-clubes ou militância política, imitando comportamentos comunitários ou de torcidas organizadas para disseminar mensagens, aumentar sua popularidade e falsificar interações on-line (Santini; Salles; Tucci, 2019).

Há uma crescente demanda por pesquisas empíricas sobre esses agentes e suas intenções, considerando o alto grau de personalização que adotam e sua capacidade de hiper-segmentação nas ações orquestradas nas redes sociais. Essas ações são organizadas por meio da combinação de *big data*, inteligência artificial, mineração de dados, automação e criação de perfis falsos nas redes sociais (Santini, 2022).

A terminologia bot é derivada da palavra *robot* e, no âmbito abordado, refere-se a uma classe específica de algoritmo desenvolvido para automatizar múltiplas tarefas computacionais em plataformas de redes sociais online.

Esses algoritmos possuem a capacidade de emular a comunicação humana, incluindo os padrões temporais de produção e disseminação de conteúdo, bem como a expressão de sentimentos. Os *social bots* têm sido utilizados para infiltrar-se em debates políticos, manipular o mercado financeiro, subtrair informações pessoais, disseminar notícias falsas e propagar desinformação (Ferrara *et al.*, 2016).

No Brasil, a adoção dessas técnicas de propaganda computacional foi observada nas redes sociais desde 2010 e tornou-se

mais evidente durante as campanhas políticas para as eleições municipais do Rio de Janeiro em 2016. No entanto, há indícios de que tais estratégias estejam sendo empregadas em diferentes contextos e para diversas finalidades, extrapolando o escopo restrito de campanhas políticas e eleitorais (Santini, 2022).

Nessas plataformas de redes sociais, milhões de *social bots* interagem diariamente com os usuários. Alguns deles revelam abertamente sua natureza como *bots* informativos, como é o caso dos *wikibots* e *chatbots* de atendimento comercial ou experimental, a exemplo do polêmico bot criado pela Microsoft chamado Tay, que rapidamente se transformou em uma máquina de discurso de ódio (Jones, 2018). Entretanto, a maioria atua de forma dissimulada, operando perfis reais ou fictícios.

É imperativo esclarecer que *social bots* e contas falsas não são sinônimos, embora frequentemente sejam erroneamente associados. A designação bot é comumente empregada para fazer referência a perfis que utilizam algum grau de automação (Santini, 2022).

Existem dois tipos distintos de *trolls*. O primeiro tipo consiste em perfis humanos reais que são remunerados para postar mensagens com motivações políticas, frequentemente com conteúdo pró-governo. O segundo tipo abrange perfis humanos reais que divulgam conteúdo provocativo, politicamente incorreto ou preconceituoso, seja por convicção política, religiosa ou simplesmente por motivações emocionais (Santini, 2022).

A utilização de *trolls* e perfis falsos para disseminar informações falsas antecede os escândalos associados à eleição americana. Desde 2010, mais de 28 países, incluindo o Brasil, foram acusados de empregar a manipulação pública online para disseminar desinformação, conforme relatado por Oxford. Além dos objetivos políticos, os bots são utilizados para inflar o número de seguidores e curtidas em contas de redes sociais, influenciar discursos, manipular a opinião pública e interferir nos rankings de notícias em ferramentas de busca (Porto, 2022).

Rose Marie Santini elenca três estratégias principais para propagar a desinformação. A primeira delas ocorre por meio de

censura seletiva e engloba a remoção seletiva de conteúdos nas plataformas online, privilegiando os conteúdos que atendem a propósitos específicos. Essa tática é uma importante ferramenta da propaganda computacional. A segunda, ocorre por meio de manipulação de algoritmos de busca, ou seja, busca fazer com que certas notícias, informações ou fontes de desinformação tenham maior probabilidade de aparecer nas primeiras páginas de uma pesquisa no Google ou em outras plataformas. Por fim, pode também ser citado o hackeamento e vazamento seletivo de informações sensíveis, que envolve o acesso a informações privadas e sua divulgação com o intuito de prejudicar os alvos das campanhas de desinformação (Santini, 2022).

Compreender e combater essas estratégias é fundamental para garantir a integridade das informações e preservar a confiança do público nas redes sociais e na esfera pública como um todo.

Ultrapassados os conceitos iniciais, cabe expor os motivos que catalizam a utilização de social bots. A rápida difusão de informações falsas em âmbito virtual é impulsionada, primeiramente, pela ausência de regras para aplicação da Inteligência Artificial e, em segundo plano, pela utilização de algoritmos que promovem segmentações do alcance do conteúdo e a adaptação do público alvo das notícias.

As questões envolvendo Inteligência Artificial (IA) ainda são controversas, uma vez que no processo de utilização destas tecnologias, a mente humana deixa de ser parte pertencente do processo de tomada de decisão, constituindo-se como mais uma etapa na linha de produção tecnológica: o impulso inicial. Manter este impulso nas mãos do ser humano, dificulta, ao menos por hora, que a capacidade de raciocínio humano seja substituída pelo pensamento codificado das máquinas. Assim, as Inteligências Artificiais possuiriam, a priori, tão somente o potencial de realizar atividades similares às humanas, a partir de uma reprodução do algoritmo a que foram programadas (Brkan, 2019).

Quando empregadas com a finalidade de atuação em redes sociais, as Inteligências Artificiais são chamadas de Social Bots

(Brkan, 2019) e atuam como contas automatizadas, existentes em determinadas plataformas, e obedientes a algoritmos específicos, que possuem a habilidade de interagir com os demais usuários das redes sociais por meio do reconhecimento de palavras-chave utilizadas nos posts destes indivíduos.

Para além da automatização, o perigo no emprego dos social bots reside em uma outra característica: estas Inteligências Artificiais podem, a partir de informações previamente condicionadas, gerar e espalhar conteúdo de maneira escalável produzindo visibilidade pública e engajamento muito maiores quando comparadas a atuação orgânica de um ser humano. (Brkan, 2019)

Muitos bots são programados para simular o comportamento de usuários humanos, a fim e influenciar a opinião pública. Stieglitz *et al* (2017) indicam que bots podem se comunicar de forma tão eficaz quanto usuários reais. A resposta afetiva das pessoas a conteúdos publicados por bots é equiparada às respostas a conteúdos publicados por usuários comuns. (Brkan, 2019, p. 13)

Por esse motivo, os social bots são cada vez mais utilizados em aplicações políticas, reforçando discursos e campanhas de difamação e, em consequência direta,

atuando contra a democracia. É necessário, portanto, considerar, além dos efeitos técnicos, os efeitos sociais – e, por isso, jurídicos – do fenômeno para mensurar o impacto na democracia, na propagação de determinados discursos e na sociedade como um todo.

4 CONTROLE E REGULAÇÃO: ENTRE O DIREITO E O PODER DAS BIG TECH

Apesar do imenso problema que a desinformação e a utilização de social bots para disparo de *fake news* representam na esfera sócio-política, a solução não é simples e o ordenamento

jurídico possui dificuldade para lidar com o tema. Isso porque, a coalisão entre direitos fundamentais como a liberdade de expressão e o direito à informação, por exemplo, se balanceada de maneira incorreta, em larga escala, além de causar a óbvia violação destes direitos, pode gerar instabilidade democrática. (Sarlet; Siqueira, 2020).

Em outras palavras, da mesma maneira em que a divulgação de *fake news* em mídias sociais por si só representa uma mácula a qualquer democracia consolidada ou em formação, a restrição à liberdade de expressão que pode ser imposta ao emissor da informação também é encarada como uma grave afronta aos princípios de um estado democrático e, por este motivo, a regulação da utilização de social bots e a responsabilização do emissor da notícia ainda são assuntos delicados para o âmbito jurídico. (Porto, 2022)

Por representar uma base democrática tão importante, a liberdade de expressão, em si, é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro – por exemplo, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos IV, IX e XIV¹ – e em âmbito internacional, com as previsões da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. (Mazzuoli, 2019)

Essa última, da qual o Brasil é signatário, traz em seu artigo 13 a positivação da proteção à liberdade de expressão, nas dimensões individual e social deste direito². Isso se dá a partir do reconhecimento de que a liberdade de expressão, incorpora, além do direito de externar uma opinião ou pensamento, também o próprio direito à informação, ou seja, o direito de informar e de ser informado, de receber e repassar informações. (Mazzuoli, 2019)

1 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

2 Artigo 13. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse

Sendo assim, ao reconhecer a existência de proteção jurídica em panorama nacional e internacional à liberdade de expressão em todas as suas espécies e, ao verificar que, durante a pandemia, o conflito entre tais garantias individuais atentou diretamente contra a vida e a dignidade de milhares de indivíduos, se faz necessário também reconhecer a insuficiência dos artifícios jurídicos para lidar com um dos mais importantes desdobramentos da concretização e do exercício deste direito: a desinformação.

Algumas tentativas no sentido de iniciar os debates sobre o tema surgiram, principalmente com a pandemia. É o caso da Resolução 01/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, intitulada *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, que, ao recomendar diversas medidas de enfrentamento à pandemia, com base nas recomendações oficiais da OMS, incluiu, dentre essas medidas, a necessidade da disseminação de informações corretas sobre o COVID-19, vacinação e medidas de prevenção. (OEA, 2020)

O supracitado documento ainda roga pela execução ética das funções públicas pelos governantes, além de reiterar a importância da imprensa como veículo de compartilhamento de notícias verídicas e de reafirmar a necessidade da promoção de acesso à informação por todas as parcelas populacionais, durante a pandemia – com foco nas medidas de enfrentamento a COVID-19 – e após o seu fim. (OEA, 2020)

direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Ou seja, admite-se a importância da informação como método de precaução aos avanços da pandemia e, com isso, demonstra-se uma evidente preocupação da comunidade jurídica internacional com o avanço dos fenômenos da infodemia e, por reflexo, da pós-verdade. Ademais, a Resolução 01/2020 demonstra a importância do papel dos líderes governamentais na formação de consciente popular de uma nação e a preocupação com a conduta que alguns apresentam.

A nível nacional, conforme apurado por Alana Maria Passos Barreto e Clara Cardoso Machado Jaborandy (2021), a proposta mais debatida na Câmara dos Deputados no ano de 2020 foi o Projeto de Lei nº 2.630/2020, conhecido como PL das *Fake News*. Tal projeto, apesar de ter sido aprovado pelo Senado Federal, despertou discussões no cenário jurídico justamente por trazer previsões que põem em risco, de alguma maneira, a liberdade de expressão e o direito à privacidade da sociedade brasileira.

Além disso, o PL das *Fake News* tem seu conteúdo restrito à propagação de desinformação em âmbito virtual, mais especificamente a partir do uso de plataformas digitais, como os aplicativos Whatsapp e o Telegram. Nas palavras das supracitadas autoras, “em síntese, o PL significa uma grande base de dados com todas as mensagens de todos os usuários dos aplicativos mencionados.” (Barreto; Jaborandy, 2021)

Dessa maneira, além de sugerir algumas inserções legislativas questionáveis – sob o ponto de vista, como já dito, de violação à privacidade, intimidade e liberdade de expressão dos usuários dessas tecnologias –, o Projeto de Lei nº 2.630/2020 não traz inovações capazes de inibir o disparo de *fake news* ou sequer de punirem aqueles que promovem a desinformação. (Barreto; Jaborandy, 2021)

Como se não bastasse, ao se restringir aos aplicativos de troca de mensagens instantâneas, o PL das *Fake News* se revela insuficiente também sob a ótica da preocupação com as *fake news* veiculadas offline. Ou seja, mesmo com a frágil aplicação dos instrumentos jurídicos já existentes, não há qualquer menção,

ou demonstração, no referido projeto de lei, de intenção de ampliação do debate para que se discuta, nacionalmente, uma possível regulamentação da responsabilização dos emissores de notícias falsas em ambiente não virtual. (Barreto; Jaborandy, 2021)

A visualização da conjuntura jurídica atual demonstra a insuficiência dos meios tradicionais do ordenamento jurídico na contenção do assunto. Por isso, se faz necessário analisar, ainda que de modo breve e incipiente, o papel das empresas de tecnologia na autorregulamentação de suas plataformas. Isto porque, a transparência na atuação e no funcionamento das *big tech* é deficiente e faltam informações sobre a utilização de inteligências artificiais e de algoritmos.

Esse cenário de opacidade é refletido, inclusive, na falta de dados oficiais disponíveis por parte das empresas que administram as redes sociais. Essas entidades corporativas se beneficiam da aquisição de dados dos usuários, o que lhes confere uma vantagem competitiva inegável. Contudo, é importante ressaltar que essas plataformas impõem restrições estritas à extração de dados, impondo um desafio gigantesco para que pesquisadores e desenvolvedores obtenham informações sobre suas práticas (Santini, 2022).

Isto é, os indivíduos por trás das da programação das plataformas de mídias sociais e da propaganda computacional operam com um alto grau de sigilo e dissimulação, acrescentando uma camada adicional de complexidade à identificação e coleta de informações (Santini; Salles; Tucci, 2019).

Considerando esse cenário, fica claro que as gigantes da tecnologia, com sua profunda expertise em tecnologia e infraestrutura, emergem como os principais arquitetos e operadores das redes contemporâneas. Tais empresas dominam plataformas cruciais como redes sociais, mecanismos de busca e serviços de hospedagem na nuvem, constituindo o cerne da comunicação e do intercâmbio de informações na sociedade atual (Flew, 2021).

Nesse contexto, a abordagem teórica dessa temática ganha vida ao questionar a extensão do poder que as *Big Tech* exercem na sociedade contemporânea. É notório que, apesar de desempenharem o papel de facilitadoras das conexões tecnológicas, essas

empresas detêm o controle absoluto sobre dados e ferramentas que permitem a manipulação de discursos e opiniões – destaco aqui os algoritmos e as inteligências artificiais que as direcionam.

Nas palavras de Kai Fu Lee (2019), as inteligências artificiais da era digital possuem a capacidade de reconfigurar tanto o mundo virtual quanto o financeiro, conduzindo a uma revolução das fronteiras do mundo físico sob a égide do controle exercido pelas *Big Tech*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se que o combate à desinformação multiplataforma é tema que precisa ser enfrentado tanto no âmbito jurídico, como no social, por meio de regulação em níveis globais e locais, com atenção à educação digital para usuários e a políticas públicas que trabalhem com tecnologia social.

A criação de instrumentos sociojurídicos para regulamentar a utilização dos social bots também merece destaque, pois busca fazer com que o Direito amplie os horizontes numa perspectiva transversal e que, nesse sentido, garanta a democracia, efetive os Direitos Humanos e os conquiste os objetivos, inclusive, da Agenda 2030 da ONU.

Para fins de concretização da Agenda, com foco nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 9 e 17, é necessário o aumento do acesso às tecnologias de informação e de comunicação. Contudo, para a efetividade da comunicação é necessário fomentar a divulgação de informações verídicas, de modo que perpassa pelo cumprimento de outros ODS, a exemplo do objetivo 4, relativo à educação digital, para detectar e evitar o compartilhamento de notícias falsas.

Dessa forma, refletir sobre instrumentos de regulação e responsabilização para o uso irrestrito de social bots, além de possuir o caráter inovador, expande o horizonte jurídico uma vez que engloba o caráter interdisciplinar focado na Agenda

2030. Ademais, estudar a utilização dos mecanismos inteligentes como ferramentas de desinformação multiplataforma e idealizar propostas para adequação e regulamentação destes deve ser pauta prioritária em âmbito local e global.

A problemática da falta de regulamentação para a utilização de social bots é imprescindível à manutenção da evolução harmônica dos meios de comunicação e de informação e, em consequência disso, da própria sociedade e de suas bases democráticas. Logo, compreende-se que a matéria é de grande relevância para a esfera sociojurídica, sendo importante pesquisas que forneçam subsídios para criação de Políticas Públicas e solução tecnológica necessária à superação desse problema, pois a complexidade da sociedade digital é fortemente marcada pela influência das redes sociais, inteligência artificial e pelas novas formas de comunicação.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alana Maria Passos; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A crise jurídica da sociedade de informação: o combate às redes de desinformação e o cenário da infodemia no Brasil.** In: Boletim Historiar. 2021. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/historiar/article/view/15945>. Acesso em 19/11/2022.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRKAN, Maja. **Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making in the framework of the GDPR and beyond.** In: International Journal of Law and Information Technology. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3124901. Acesso em 19/11/2022.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em redes**. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. 5 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: Movimentos sociais na era da internet**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CHSSALLA. **Diagnóstico da situação atual das CHSSALLA brasileiras**. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Brasília, 2019.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados**. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FLEW, Terry. *Regulating Platforms: digital media and society series*. New York: Polity Books, 2021.

HAN, Byung-Chul. *Infocracia*. Petrópolis: Editora Vozes, 2022.

HAWLEY, Josh. *A Tirania das big tech*. Campinas: Vide Editorial, 2022.

KEYES, Ralph. **Era da pós-verdade: Desonestidade e enganação na vida contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2018.

KELLER, Clara Iglessias. **Don't Shoot the Message: Regulating Desinformation Beyond Content**. *In*: Revista de Direito Público. 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6057>. Acesso em 19/11/2022.

LEE, Kai Fu. Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Porto Alegre: Globo Livros, 2019.

LEVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: O futuro do pensamento na era da informática**. São Paulo: Editora 34, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Artigo 13: liberdade de pensamento e expressão. *In*: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org). **Comentário à convenção americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, André Soares Oliveira; GOMES, Patrícia Oliveira. **Os Limites da Liberdade de Expressão: Fake News como Ameaça a Democracia**. *In*: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. 2019. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1645>. Acesso em: 19/11/2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS HUMANOS (OEA): COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano**. 2011

PORTO, Carolina Silva. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INFODEMIA E SOCIEDADES DISTÓPICAS: A desinformação como ameaça aos Direitos Humanos no Brasil**. 2022. 122 fls. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos). Aracaju: Universidade Tiradentes, 2022.

PORTO, Carolina Silva; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito humano ao meio ambiente sadio, fake news e o princípio**

jurídico da fraternidade: um caminho possível para a ODS

13. In: Revista Direito em Debate. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/issue/view/262>. Acesso em: 19/11/2022.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTINI, Rose Marie. Máquinas de opinião: propaganda computacional, contágio e desinformação nas redes sociais. In: SALDANHA, Gustavo; CASTRO, Paulo César; PIMENTA, Ricardo (Org.) *Ciência da Informação: Sociedade, crítica e inovação*. IBICT: Rio de Janeiro, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. **Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no brasil**. In: Revista de Estudos Institucionais. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/522>. Acesso em: 19/11/2022.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The fight for a Human Future at the New Frontier of Power**. Public Affairs. New York. 2019.

LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Paulo Roberto Barbosa Ramos
Diogo Diniz Lima

1 INTRODUÇÃO

O discurso em torno da jurisdição constitucional tem incidido fortemente na questão democrática. O avanço do Poder Judiciário para uma posição de discussão de questões fundamentais travadas na sociedade, não apenas em um modo clássico de aplicação do Direito, mas com o desenvolvimento de um processo político de clara aproximação legislativa, tem provocado fortes embates na doutrina jurídica, com repercussões em camadas cada vez mais amplas da sociedade civil.

Democracia não é e não pode mais ser concebida como um retorno aos moldes observáveis na civilização grega. A ágora moderna é tão ampla e fluida que os processos decisórios não mais podem ser diretos. Mesmo a democracia representativa tem merecido reparos. Não necessariamente reparos que a aproximem da versão original, mas de constante resguardo das condições necessárias à existência digna dos indivíduos.

Em um mundo marcado pelo acelerado processo de globalização, com formação de estruturas diferenciadas dos marcos fixados desde muito para a Teoria do Estado, é de se estranhar que o discurso corrente tente alinhar novas perspectivas a conceitos cristalizados. Nem a democracia é a mesma, tampouco a separação de poderes o é. Contudo, limites claros devem ser traçados.

Fenômenos como judicialização da política, ativismo judicial, entre outros são cenários, que se desenvolvem temporalmente na estrutura do Estado. Em sua época, com o liberalismo veio a defesa do legislativismo, também de caráter fenomenológico. Da mesma forma, com outras concepções políticas surgem distintos modelos teóricos de pretensa aplicação prática.

A questão central que subsiste, de caráter permanente, é, pois, a manutenção da legitimidade do sistema. A subsistência harmônica dos poderes do Estado após as transformações estruturais típicas da atualidade. Sistemas possuem “regras do jogo”, que são leve ou profundamente alteradas, mas devem seguir aceitas. O sistema permanece enquanto tal até que os seus elementos constituintes não se insurjam contra o modo operacional. A aferição de legitimidade é uma constante e é ela, juntamente com o desenho institucional constitucionalmente projetado, que deve servir de parâmetro de análise.

Temas específicos, como jurisdição dos direitos fundamentais, cuja estrutura normativa exige um trabalho de concretização profundo por parte do Poder Judiciário, tornam de difícil aplicação as teorias procedimentais. De outro lado, os abusos prodigamente observados, inclusive nas mais altas Cortes judiciais, podem subverter as regras do jogo e explicam – mas não justificam certos níveis de ataque que se focam na implosão do sistema institucional – a intensificação do discurso das correntes contrárias ao atual formato da jurisdição constitucional.

Democracia, legitimidade e jurisdição de direitos fundamentais serão conceitos abordados desde uma óptica que analisa o tema sob a perspectiva institucional.

2 DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE

A Democracia segue sendo o império do povo sobre as decisões políticas fundamentais. Esse é seu núcleo e ele permanece inalterado. Sobre este postulado, foi erigido o constitucionalismo surgido

no século XVIII, e é sobre esse postulado que se constroem suas atualizações, que alguns vão denominar de “neoconstitucionalismo”.

José María Porras Ramírez (1995, p. 25) afirma ser a democracia a decisão política e jurídica fundamental do constituinte, aponta também sua vinculação com o conceito de soberania. Fonte primária do poder e requisito necessário à própria denominação de uma organização política como Estado.

A soberania exercida pelo príncipe no modelo absolutista transferiu-se para o povo no modelo democrático. No modelo constitucional, a democracia é plasmada na Constituição, documento fundamental, que somente pode ser compreendido enquanto tal quando restarem atendidas as bases do constitucionalismo, entre elas, a legitimação democrática, que engloba a participação da vontade popular na confecção do documento, bem como sua aceitação final do conteúdo posto. Para Porras Ramírez (1995, p. 29):

Así pues, se viene a demostrar cómo la democracia, al constitucionalizarse, configurándose como poder constituido, aun a través de técnicas preferencialmente representativas, no agota su eficacia en el acto constituyente, ya que, **como principio nuclear Del ordenamiento, informa la estructura e organización de los poderes, inspira el sistema de fuentes y se concreta materialmente en las normas constitucionales** (grifos nossos)

A democracia institucionalizada não significa, como bem demonstrou o autor, um afastamento do princípio democrático. Ao contrário, representa sua aproximação de todos os campos da política (como não poderia deixar de ser), mas também do Direito.

A legitimação, por sua vez, segue sendo vetor de aferição constante. A cada decisão tomada, pode-se apontar duas dimensões. A primeira (e imediata) é pressuposta e formal. A decisão foi tomada atendendo-se a uma estrutura legitimamente (constitucionalmente) estruturada, habilitada para tanto. A segunda,

de natureza material, verifica a compatibilidade da decisão dos poderes constituídos com as decisões fundamentais do povo. Participação, representação e manutenção da postura de aceitação por parte do povo destinatário de tais decisões indicam a legitimidade do ato, bem como a intensidade em que se verificam tais grandezas podem indicar o nível democrático verificado em dado Estado. Nesta linha, Friedrich Muller (2010, p. 50), ao propugnar o povo enquanto instância global de legitimação (ampliação do conceito de “povo ativo”).

Deste modo, a manifestação da democracia não ocorre apenas por ato do Poder Legislativo, ainda que se dê preferencialmente por meio dele. Procedimentos inseridos na estrutura dos outros poderes constituídos, também são diretamente influenciados por tal princípio, não podendo dele escapar. No Brasil, pode-se citar inclusive elementos constitucionais de diálogo institucional entre Poder Executivo e Legislativo, como são os casos da apreciação do veto presidencial, Conselho da República, Conselho de Defesa (estes dois últimos enquanto instituições constituídas transversalmente, para aconselhamento e deliberação junto ao chefe de Estado).

Poder Judiciário e Poder Legislativo também se conectam, por exemplo, ao tratar-se do impedimento do presidente, em que o Senado Federal converte-se em Tribunal Político, sendo a sessão decisiva presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 86 da Constituição Federal).

A separação de poderes, outro aspecto relevante integrante do conceito de democracia, permanece conservada em seu núcleo. Os centros de decisões políticas, de natureza distinta: a função criativa do legislador; a função administrativa do Executivo e a função aplicadora do Judiciário permanecem separadas. No entanto, a complexidade da maioria dos modelos institucionais constitucionalmente projetados atualmente, somente permite preservar separados aspectos centrais de cada Poder. Diversas especificidades de cada função necessariamente se conectam. Tal cenário não significa negar a separação de poderes,

ao contrário, ressalta um de seus principais escopos: o controle do poder, o sistema de checks and balances.

É ainda relevante frisar, no âmbito do Poder Judiciário, e aproximando ainda mais da temática específica aqui tratada, que os procedimentos em controle de constitucionalidade sofreram grande transformação, evoluindo em padrões democráticos, proporcionalmente à intensificação de seu emprego e profundidade. As audiências públicas, a figura do *amicus curiae* e até mesmo a transmissão televisiva aproxima um Poder que se propõe eminentemente técnico do povo e do controle popular.

É significativo citar que a primeira audiência pública tenha ocorrido em 2005, para debater os aspectos controvertidos em torno da Lei de Biossegurança, a qual versava basicamente sobre o direito à vida. A repercussão do julgamento, bem como a participação de diversos setores representativos da seara política, científica e da sociedade civil organizada sobrelevam a impregnação democrática presente no processo. Outros casos foram igualmente relevantes, como a constitucionalidade das cotas raciais para acesso às universidades públicas do país.

No entanto, o Poder Judiciário permanece como o mais fechado ao controle popular. Se de um lado tal fechamento é necessário ao exercício de sua força contra-majoritária para garantir a implementação do pacto constitucional em especial em matéria de direitos fundamentais, de outro é relevante problematizar sobre os limites dessa teoria.

Repousando vistas sobre outro ponto, a democracia não se confunde, pois, com legislativismo. Eventuais abusos por parte de um poder, em um modelo constitucional bem construído como são contidos pela própria dinâmica institucional, cabendo-se então procurar as vias necessárias à estruturação de um sistema que permita a estabilização do exercício dos poderes estatais.

Não se está a negar a função protagonista do Poder Legislativo, mas a sobrelevar a função jurisdicional, especialmente na aferição da legislação ordinária em matéria de tutela de direitos, notadamente direitos fundamentais, normas extraídas

diretamente da constituição. Cuida-se de sobrepesar a força legislativa inovadora com a defesa conservativa da jurisdição constitucional em relação ao pacto fundamental que é a Constituição.

Como dito acima, a função de resguardo de direitos fundamentais e a característica contra-majoritária típica da jurisdição formam o caldo de cultura necessário à expansão massiva desse Poder em relação ao que foi a atuação do Poder Judiciário nos séculos anteriores.

O redimensionamento do Poder Judiciário é um fator histórico. Nestes primeiros anos da segunda década do século XXI, o descrédito da classe política perante a sociedade, somada ao progressivo relevo da tutela de direitos frente ao Estado intensificado após a 1ª e 2ª guerras mundiais puseram em destaque a atuação do Poder Judiciário.

Como redesenhar o sistema constitucional (por conseguinte democrático) ante tal expansão de um de seus poderes (especificamente sendo tratada nesse trabalho o caso judicial)?

Teorias institucionalistas e procedimentais, como a de J. Hart Ely (2010), apontam para posturas institucionais relevantes, mesmo que não respondam a todas as demandas, como a jurisdição de direitos fundamentais – em que muitas vezes uma postura criativa é necessária para a própria efetivação do Direito Constitucional, especialmente em um sistema como o brasileiro em que três décadas não foram suficientes à regulamentação de diversas partes da Constituição de 1988. Assim, é fundamental reanalisar partes específicas do sistema constitucional brasileiro, promovendo-se redistribuição de competências, novos freios e contrapesos, criando novos mecanismos de controle sobre os poderes e aumentando a capacidade dinâmica do sistema em relação à ressonância com os anseios populares que mantém a legitimidade sistêmica.

Não é possível ao Poder Legislativo criar um catálogo exaustivo de regulamentação de direitos. Este é um postulado que explica a própria necessidade de existência do Direito e do Poder Judiciário. E, por sua vez, a aplicação de direitos fundamentais, com normas de textura extremamente aberta exige

a adoção de uma teoria material de Justiça, complementar à teoria procedimental.

A proibição do *non liquet*, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), a norma de abertura do catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF/88), a função de guardião da Constituição atribuída ao STF pela própria norma fundamental (art. 102, caput) fazem com que o papel do Judiciário, especialmente nesta matéria, tenha também um papel criativo, não no sentido legislativo, mas no sentido de concretizar as normas constitucionais.

Com estas considerações iniciais, de ordem conceitual, passa-se à análise de pontos mais específicos, da jurisdição constitucional sob a perspectiva dos juízes constitucionais.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DO TEMA SOB A PERSPECTIVA DOS JUÍZES CONSTITUCIONAIS

Diversas são as abordagens e perspectivas pelas quais se analisa a jurisdição constitucional. Tema de profunda importância, ante sua necessidade operacional em face do sistema jurídico, tem sido objeto de profundas discussões envolvendo a relação entre o trabalho desenvolvido pelos juízes constitucionais em seu labor jurisdicional e seu papel junto ao Estado, tangenciando valores como república e democracia.

Para a presente abordagem, usar-se-á como linha central importante trabalho publicado por Gustavo Zagrebelsky, intitulado “Jueces Constitucionales” (2006), na qual o autor italiano debate a função jurisdicional, desde a perspectiva originalista até a concepção de diálogo entre Cortes Constitucionais. Complementando o prisma aqui utilizado, abordar-se-á os direitos fundamentais como pano de fundo da problemática central, pois esses podem estes figurar como uma baliza elementar nas jurisdições constitucionais.

Fazendo-se um corte epistemológico necessário ao enfrentamento do tema, inicia-se a abordagem a partir do originalismo. Há algum tempo, notadamente nos Estados Unidos, é debatida a premissa originalista, a qual pode ser dissecada em duas linhas centrais de pensamento: o textualismo e o intencionalismo.

O textualismo consiste na busca pelo significado do texto, no momento de sua confecção. Uma operação de interpretação vernacular, a ser desenvolvido pelo jurista em ligação com o resultado do labor legislativo, o que, segundo o jurista italiano, reduziria o Direito Constitucional a mera “filologia histórica dos textos constitucionais”.

Por sua vez, o intencionalismo implica em uma busca ao encontro da vontade da qual emanou a norma.

Tal concepção abrange um debate de fundo, acerca da função política que exercem as Cortes Constitucionais. Neste embate, circunscreve-se também a discricionariedade das decisões, politização e separação dos poderes.

O originalismo propõe balizas cerradas à operação das normas constitucionais, reduzindo a margem interpretativa do juiz. Em verdade, conduz (forçada, mecânica e frustradamente) o intérprete judicial à função de tradutor, de reproduzidor de uma vontade cristalizada no tempo.

Uma crítica possível e imediata ao originalismo diz respeito justamente ao papel exercido pela jurisdição constitucional ao defrontar-se com o tema dos direitos fundamentais. Questiona-se, com legitimidade e pertinência, qual a possibilidade de operacionalização da proposta originalista ante a estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais.

As normas de direitos fundamentais em sua estrutura principiológica representam a construção de um arcabouço normativo que constrói a nível constitucional um catálogo (aberto) de direitos, resguardados por seus conteúdos essenciais, mas estendidos para a posteridade, cabendo à jurisdição constitucional o labor de modernização jurídica da vontade constitucional.

Exigir do juiz constitucional o exercício de uma atividade hermenêutica que busque a compreensão textual ou mesmo a

intenção do constituinte decorrente de um acordo político fundamental distante no tempo para matérias que constitucionalmente foram deixadas em texturas abertas parece pouco razoável, podendo denotar um discurso político que, longe de pugnar pelo equilíbrio entre os Poderes, diminua o Judiciário a um papel aquém do projeto constitucional.

Na linha deste debate, Gustavo Zagrebelsky aporta considerações importantes. A primeira delas diz respeito ao fato de que é impossível proteger a Constituição dos juízes e dos juristas (2006, p. 1143). Em um Estado Constitucional, este não deve ser o objetivo.

O discurso que se trava em torno da harmonia entre os Poderes é válido, especialmente para evitar que o excesso de poder que eventualmente se concentra em área determinada.

Inadequado é fixar qualquer incursão hermenêutica no campo constitucional como ilegítima, pugnando-se pela necessidade de reformas constitucionais para a criação de novos freios. Transformar a Carta Magna em um mosaico fluido, que é legislativamente transformado a cada girar de órbita de vontade políticas transitórias é perigoso, por consistir em um verdadeiro rebaixamento da Constituição ao nível das leis ordinárias.

Nesta linha, ensina Zagrebelsky (2006, p. 1145), que a jurisprudência constitucional é o caminho natural à “Lei da boa vivência constitucional”. Para o doutrinador, a jurisdição constitucional e a reforma constitucional exercem papéis concorrentes. É dizer, a jurisdição constitucional desenvolve um papel de depuração do ordenamento jurídico, bem como de concretização, por meio de suas decisões, das normas de caráter aberto. As reformas constitucionais, por sua vez, revisam, renovam o texto constitucional, a partir do uso de consensos políticos firmados no exercício do poder constituinte derivado.

Tem-se assim um modelo de funcionamento complementar em que a jurisdição constitucional funciona como um output do sistema, enquanto as reformas constitucionais promovem os inputs (NEVES, 2011, p. 91).

A jurisdição constitucional como função máxima de um dos Poderes em que está dividida a República, não deixa de ser

uma atividade política. Maquiar tal realidade, em discursos que partam tanto do Judiciário, escondendo sua atuação política e reduzindo as amarras de legitimidade de seu discurso, quanto de outros Poderes, com o intuito de afugentar os juízes constitucionais, revela-se danoso.

O cerne da questão parece estar em determinar quais incursões judiciais são legítimas e quais ultrapassam os limites institucionais. Exasperar o exercício do caráter contra-majoritário da jurisdição constitucional faz surgir o pernicioso receio de ruptura institucional. A mesma crítica pode ser feita ao aviltamento do exercício atípico por outros poderes, como o excesso de medidas provisórias e decretos sem natureza de norma secundária pelo Poder Executivo ou o exercício arbitrário da atribuição das presidências das casas legislativas para promover um tipo de oposição que não reflete a distribuição de forças eleitas no Poder Legislativo.

Na linha do debate aqui travado, François Rigaux (2000, p. 323) corrobora a tese aqui defendida, assentando que:

Quanto mais se eleva na hierarquia judiciária, mais o juiz se aproxima de uma função quase legislativa. O método de ponderação categórica dos interesses é uma ilustração pertinente disso. Quando o juiz constitucional ou o juiz internacional assume a tarefa de deduzir das penumbras constitucionais um direito, uma liberdade que não é mencionada ali em termos explícitos ou então quando deve dirimir um conflito entre duas normas de categoria igual, ele supre o silêncio do legislador. Alguns dirão que preenche uma lacuna do aparelho normativo, expressão enganosa pois, o mais das vezes, é o próprio juiz que cria a pretensa lacuna, identificando uma necessidade nova, ao mesmo tempo que se esforça para satisfazê-la [...] (grifos nossos)

O supramencionado autor evidencia em seus escritos a função adaptativa da jurisdição, aquela que busca compreender

o arcabouço normativo a partir das necessidades presentes e de adaptá-lo às situações impensadas pelo legislador.

Trata-se de um processo natural, não de um processo apolítico. A produção legislativa e a jurisdição constitucional desempenham o papel complementar em uma engrenagem institucional complexa, contudo, sob vias distintas. Ambas buscam operacionalização de um instrumento de pacificação social que é o Direito, também têm como fim a percepção das realidades, captura de fatos reais e sua conversão em fatos jurídicos. Distinguem-se pois a jurisdição utiliza da abstração e generalidade das normas jurídicas para aplicá-las já adaptadas por meio de normas individuais (sentenças) ou mesmo por meio de decisões erga omnes, as quais exigem maior trabalho hermenêutico. Já ao legislador cabe a modificação normativa, o constante processo de consenso político, de acordos entre grupos políticos e legitimação representativa. Ao legislador caberia, então, a função verdadeiramente inovadora e também revisora da ordem jurídica, ao perceber as modificações adaptativas produzidas a nível jurisprudencial e, alinhando-se ao projeto constitucional, clarear o caminho conjunto percorrido por legalidade e realidade.

Ainda a Constituição tomada em seu sentido jurídico, distinguindo-a de seu sentido político de consenso social, não pode ser sacralizada enquanto entidade imutável. Suas palavras devem fundir-se em seu sentido social. A Constituição não pode ser um plexo lexical, mas um sistema normativo aberto às concepções sociais. Não aberto a ponto de ser completamente alterável, mas, em mantendo níveis

mínimos de proteção de um pacto político inicial, ter a capacidade de renovar-se inclusive juridicamente. Neste sentido, a jurisdição constitucional é um balsamo ao texto, pois, valendo-se de sua abertura principiológica, renova-o e impede a configuração de inaceitável anacronismo entre texto e realidade.

Sobre estes postulados estrutura-se a chamada Constituição Vivente, amparada sob a atuação de uma jurisdição que se

chama criativa. Tal fenômeno, a exemplo do que vaticina Zagrebelsky (2006, p. 1147-1148), não se funda sobre parâmetros democráticos, que dizem respeito a um regime de Governo, ou seja, gira em torno de temas sobre os quais se vota. A jurisdição constitucional remonta à ideia de República, no sentido proposto por Cícero. Opera sobre matérias sobre as quais não se vota, pois já passaram por tal fase deliberativa, ocupando um espaço de necessária decisão, pautada no legítimo consenso e na utilidade comum (*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis comuine sociatus*).

O fenômeno da jurisdição criativa quando harmonicamente empreendido implica em um correto serviço ao projeto constitucional. No entanto, ao desbordar para o fenômeno do ativismo judicial, exige-se maior cuidado.

Não sendo o ativismo objeto central do presente trabalho, basta aqui a busca por apontar limites à essa atividade jurisdicional. Até que ponto pode a jurisdição avançar sob a abertura do arcabouço constitucional sem que, de fato, esteja contribuindo não à preservação da Constituição, mas para sua burla, a partir de um ataque à função precípua de outro poder? Veja-se o que diz a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, logo à quarta página de seu voto, no julgamento da ADI 3510-DF:

[...] ainda como observação preliminar, a se tomar não apenas quanto a esse, mas em relação a qualquer julgamento de controle abstrato de constitucionalidade, preocupa-me o que foi aqui afirmado por um dos ótimos advogados que assomaram a tribuna, na sessão na qual teve início esse julgamento. Segundo o que anotei nas alegações lançadas da tribuna, afirmou um dos eminentes procuradores, que, no presente julgamento, não teria muito a fazer este Supremo Tribunal, pois não haveria um vazio legislativo sobre a matéria. A questão resumir-se-ia na indagação que poderia ser assim traduzida: que legitimidade teria o Poder Judiciário para afirmar inconstitucional uma

lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a comunidade científica apóia? No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica. Quantos Cristos a humanidade já não entregou segundo emoções populares momentâneas? E quem garante quem será o próximo, que poderá sofrer uma injustiça, evitada pelo que o leigo, às vezes, considera ou apelida ser apenas uma “firula legal”? Anotava Hamilton, em O Federalista, que a “independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que – embora o povo rapidamente se recupere após ser bem-informado e refletir melhor – tendem, entretanto, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade. ... é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão por parte dos juízes para cumprirem seus deveres como guardiões da Constituição se as invasões do legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade” (HAMILTON, MADISON E JAY – O Federalista. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, p. 580). É com o só compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento. O juiz faz-se escravo da Constituição para garantir a liberdade que ao jurisdicionado nela é assegurado.

A separação de poderes, por si, não é uma resposta hábil a esta pergunta. Os tempos presentes têm demonstrado a necessária rediscussão da temática da separação de poderes. O exercício das funções atípicas tem sido profundamente ampliado. O Poder Judiciário tem avançado consideravelmente no caminho desta ampliação. Um exemplo que pode ser dado é a tese da mutação constitucional aplicável em relação ao controle difuso de constitucionalidade no que toca ao papel do Supremo Tribunal Federal, relativamente à atuação complementar e posterior do Senado Federal.

Traçar o ponto fulcral que distingue a função jurisdicional da legislativa é um labor ingrato, que embasa há décadas o debate constitucional e a filosofia do direito. Desde as proposições que defendem o originalismo, passando pelo diálogo entre instituições até chegar nos defensores do ativismo judicial, são diversos os argumentos de acentuado quilate que são empregados.

A atuação jurisdicional criativa encontra fundamento e limitação sob as mesmas situações fáticas: a abertura ou o silêncio constitucional. Encontrado tal fundamento autorizador, sempre convidativo quando o tema central são direitos fundamentais, o juiz constitucional avança ao encontro da norma para, reduzir seu campo vago, preenchendo seu conteúdo com o intuito de solucionar questões presentes. Fixando parâmetros que possibilitem a resolução de conflitos.

Já ao legislador cabe cristalizar, por via legislativa, projetos políticos e consensos atuais firmados e amparados por um projeto maior, contido na Constituição

Federal. Sua atividade não necessita atuar na existência da abertura ou omissão da norma constitucional. É de seu próprio papel tanto complementar o sentido da norma constitucional (Lei Complementar), limitar os efeitos de norma constitucional de eficácia plena até a deliberação legislativa limitativa – a qual pode progressivamente ser alterada, adaptando-se às necessidades atuais (normas de eficácia contida) ou mesmo regulamentar a aplicabilidade de norma constitucional cuja eficácia depende

desta atuação assim, também cabendo ao legislador dar o tom a um “embrião normativo”, dar sentido concreto a normas incorporadas ao ordenamento, mas com restrições a ampla produção de efeitos (caso das normas de eficácia limitada)¹.

Pontuada a incapacidade da solução do problema pelo originalismo, bem como salientado o risco do descontrole criativo, cabe analisarmos pontos permissivos e vedados da atuação da jurisdição constitucional, trazendo ao debate a teoria de John Hart Ely.

4 ENTRE JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA: UMA PROPOSTA DE INTERVENÇÃO LEGÍTIMA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PRESENTE NA OBRA DE JOHN HART ELY

O debate objeto do presente trabalho é também o cerne da preocupação da obra de Hart Ely, especialmente quanto à repercussão política da jurisdição constitucional. Seguindo as reflexões de Alexander Bickel, o autor pontua a impossibilidade da atuação da jurisdição constitucional sem que se faça escolhas difíceis, entre valores (aparentemente) conflitantes, o que implicaria em um inevitável posicionamento quanto a conceitos jurídicos, políticos e morais que afetarão a concepção de grupos sociais de interesse dentro da sociedade (HART ELY, 2010, p. 57).

Mas para que essa escolha inevitável não transforme a resolução do conflito em um novo embate político e social, minando a legitimidade do Poder Judiciário, é necessário traçar as linhas – preliminares – de intervenção jurisdicional no campo

democrático, dando ênfase às searas da esfera social e democrática em cuja incursão a jurisdição constitucional seguirá exercendo seu verdadeiro papel.

¹Adotada aqui a clássica teoria da eficácia das normas constitucionais de Josué Afonso da Silva, ainda reconhecendo as polêmicas travadas em torno de tal classificação, bem como conhecendo teorias de elevado valor acadêmico esboçadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, Michel Temer, Maria Helena Diniz, Carlos Ayres Britto, entre outros. SILVA, Josué Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7.ed. São Paulo, Malheiros, 2009

Especialmente em se tratando de jurisdição dos direitos fundamentais, mormente quando se está a tutelar direitos de minorias, é grande a efervescência política ocasionada por tais decisões. Mais ainda quando as normas utilizadas para tais tutelas ou os valores evidenciados na decisão contrastam com a percepção majoritária – de plano manifestada pelos ocupantes dos demais poderes constituídos.

Esse conflito é histórico, relevante do ponto de vista da estabilidade do sistema constituído e oscila consoante tendências mais conservadoras ou ativistas das cortes constitucionais em dado período. Por existir essa permanência da conflituosidade é que se pode recorrer à história e à teoria jurídica adotada por determinadas cortes constitucionais buscando uma solução adequada ao enfrentamento do tema.

Foi essa a solução adotada pelo doutrinador em comentário, apoiando-se em uma nota de rodapé basilar para a compreensão do que seria o comportamento da Corte Constitucional americana sob o comando de Warren (1953 a 1969). Cuida-se de três parágrafos curtos, mas dotados de enorme significado para elucidar toda uma forma de pensar de uma composição plenária que promoveria significativas contribuições ao Direito Constitucional dos Estados Unidos.

Cuida-se do teor da nota de número quatro contida em *United States vs. Carolene Products CO*. O objeto do processo versava sobre transporte interestadual de produtos. No entanto, a repercussão jurídica da observação elaborada pelo juiz Harlan Stone transcendeu as barreiras do caso concreto, apontando-se causas consideradas legítimas para que a jurisdição constitucional afastasse a presunção de constitucionalidade de uma Lei, ou seja, avançasse ao controle da atividade jurisdicional (formal e materialmente). Eis seu inteiro teor:

Pode existir um âmbito mais estreito para utilização da presunção de constitucionalidade quando a legislação aparece, evidentemente, compreendida dentro de uma proibição específica da Constituição,

tal como aquelas das dez primeiras emendas, que se consideram igualmente relacionadas na Décima-Quarta.

É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe estes processos políticos, dos quais ordinariamente se espera que provoquem a repulsa de leis indesejáveis, deve se submeter a um escrutínio judicial mais rigoroso, embaixo das proibições gerais da Décima-Quarta Emenda, do que os outros tipos de legislação.

Tampouco precisamos investigar agora se considerações similares devem ser feitas na revisão de leis dirigidas a singulares minorias religiosas, nacionais ou raciais, ou se preconceitos contra minorias discretas e insulares devem constituir uma condição especial, que tende a restringir o funcionamento desses processos políticos nos quais se pode ordinariamente confiar para a proteção das minorias, e que podem exigir uma investigação judicial correspondentemente mais inquiridora.

Há, como aponta Hart-Ely (2010, p. 101), um primeiro parágrafo de cunho mais interpretacionista do que os dois seguintes, mais preocupados em evidenciar casos que teoricamente justificavam o avanço da jurisdição constitucional sobre o sistema político. Consoante o próprio autor, um assistente do justice Stone esclareceu posteriormente que se tratou de uma solicitação do juiz-presidente Hughes.

No caso brasileiro, esse primeiro parágrafo assume especial valor especialmente pelo fato de que vigora no país uma Constituição formal, rígida e extensa (prolixa). Advertiu a Corte americana que há uma margem muito estreita para que a jurisdição constitucional avance quando há normas escritas e específicas – especialmente proibições – sobre dado tema.

A preocupação sobre a preservação da integridade do texto constitucional fica evidente, mesmo naquela ordem jurídica cuja norma fundamental e significativamente mais sintética. Caberia,

havendo balizas expressas, a harmonização interna do sistema, sem um rearranjo judicial do sistema de valores construído pela Lei Maior.

Relativamente aos segundos e terceiros parágrafos, a situação é mais complexa. Dois elementos centrais estão presentes nesses parágrafos, que são o reforço da posição preeminente do controle popular e o igualitarismo. Mas esses dois campos não necessariamente vão se harmonizar sempre.

Destacando o elemento participação – ainda com conexão com o primeiro parágrafo – acrescenta John Hart Ely (2010, p. 102):

Tomando emprestada a terminologia de Paul Freund, afirmei que ambos os temas em *Carolene Products* estão relacionados à participação: não nos chamam a considerar se este ou aquele valor substantivo é excepcionalmente importante ou fundamental, mas sim se a oportunidade de participar, quer nos processos políticos mediante os quais os valores são identificados e ponderados, quer nos benefícios concretos alcançados por meio desses processos foi restringida de modo indevido. Mas o fato de que dois conceitos podem se podem ser compreendidos numa mesma designação verbal não é suficiente para torná-los compatíveis entre si, e não existe um vínculo evidente e necessário entre um sistema de participação igualitária nos processos políticos, de um lado, e um sistema de participação presumidamente igualitária nos custos e benefícios que o processo gera, de outro; em muitos casos o sistema de participação igualitária nos processos políticos parece calculado para produzir exatamente o efeito contrário.

Essa passagem demonstra a função de retaguarda e sopesamento que a jurisdição constitucional pode legitimamente exercer. Quando o sistema de controle popular e a participação igualitária produzem resultados em que a maioria eventualmente tome decisões tendentes unicamente a seus próprios interesses, eliminando os interesses e a própria existência política e física

das minorias. Considerando-se ainda que – na linha proposta pelo pensador – a proteção das minorias apenas pelo catálogo de direitos e pelo pluralismo são insuficientes (HART ELY, 2010, p. 106).

A jurisdição constitucional então atua para o correto funcionamento da máquina jurídico-política do Estado, evitando que se instaure a lógica do winner take it all (o vendedor leva tudo), ou em que “o governo protege os interesses de uns poucos privilegiados ou mesmo somente daqueles grupos que possam formar uma coalização de maioria” (p. 104). Nesse ponto, caberia ao Poder Judiciário a legítima proteção das minorias resguardando efetivamente seus direitos, não para dizer que poderia haver uma legislação/atuação melhor, mas para afastar do ordenamento jurídico normas que tendam a eliminar minorias e divergências – especialmente políticas e étnicas – evitando-se que a ocupação temporária do poder perpetue-se através de um pacto de grupo.

Nessa abordagem, verificam-se, na verdade, dois elementos da teoria de Hart Ely. O já explicitado acima de proteção das minorias. Mas também a necessidade de atuação da jurisdição constitucional para promover o desbloqueio dos canais de mudança política, de modo que os governantes não possam utilizar-se das ferramentas do Estado às quais têm um acesso provisório para não apenas manter-se no poder, mas alijar a minoria opositora de uma possibilidade real de ascensão política ou mobilidade na pirâmide social. Segundo o autor (2010, p. 137):

Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente voz e voto, os representantes ligados à maioria

efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.

Para atuar evitando tal cenário de mal funcionamento, a jurisdição ocorreria semelhante à atuação jurisdicional/arbitral em uma ação antitruste – mas oposta a uma regulação – devendo-se determinar não o aspecto substantivo, determinar materialmente como deve ser feito, mas intervir pontual e residualmente para que o “mercado político” que está em mal funcionamento sistêmico não produza normas incluídas naquele contexto. Em uma alegoria utilizada pelo próprio autor, a atuação deveria ser semelhante à de um árbitro em um jogo de futebol, devendo haver intervenção quanto um dos times obtém uma vantagem indevida, não devendo-se determinar ou valorar se ganhou o time que merecia (op. Cit., p. 136).

Para que tal desenho de atuação institucional se materialize, deve-se ainda promover a efetiva proteção às liberdades individuais, especialmente a liberdade de expressão, e também a proteção do direito ao voto (evitando-se exclusões injustificadas de grupos que possam afetar de qualquer maneira o resultado) e, posteriormente, já no exercício da atuação política dos escolhidos, a facilitação da representação das minorias, a garantia da transparência do processo legislativo e – uma obviedade – fazer com que o próprio Poder Legislativo se encarregue de legislar.

O recurso à teoria de John Hart Ely é exemplificativo, pois alinha as preocupações centrais deste trabalho, de coadunar a atuação da jurisdição constitucional a uma teoria que permita um balizamento tanto formal quanto material, de modo a garantir que a função contra majoritária típica dessa função judicial não se transforme em uma armadilha de deslegitimação de todo o sistema político, incluindo com a compreensão de todos (maioria e minoria) da inconformidade do modelo adotado com os valores e anseios realmente basilares na sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É tênue a linha entre o labor da jurisdição constitucional e a atividade legislativa. Acentua-se, no entanto, que paradigmas clássicos de separação de poderes foram superados e que a característica de atuação política (ainda que não

predominantemente) dos juízes constitucionais não pode ser ignorada. Deste modo, é a busca pelo equilíbrio constitucional e os mecanismos constitucionalmente previstos para defesa das competências e atribuições de cada órgão que marcarão a relação institucional travada na práxis de um Estado Democrático de Direito.

A pretensa crise em que se colocam diversos modelos constitucionais pelo avanço do Poder Judiciário sobre a função legislativa não condiz estritamente com a questão da legitimidade. Garantia de direitos, proteção da Constituição até mesmo contra o agir estatal são bases de atuação do Judiciário contra o poder majoritário.

Em dadas circunstâncias, teorias procedimentais não são suficientes à tutela de direitos. Pode então o Poder Judiciário agir no cumprimento de seu labor constitucional. Ao Legislativo assistem diversos mecanismos de coibir eventuais avanços abusivos advindos do campo jurídico.

No atual modelo, que não se circunscreve apenas ao Brasil, ainda não é adequado falar em crise democrática. A democracia e seus postulados se matem em seus aspectos nucleares, parcialmente adaptados às circunstâncias políticas e sociais, elementos conjunturais. A legitimação permanece focada tanto na participação (povo ativo) e na postura do povo (povo enquanto instância global de legitimação), como no cumprimento das regras do jogo, estabelecidas na Constituição.

Democracia e legitimidade são conceitos que permanecem válidos, preservados em seus núcleos, mas adaptados em suas peculiaridades.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo**. Revista de derecho constitucional europeo. Nº. 13, 2010, págs. 189-208. Granada.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HÄBERLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.

HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista**. Trad. Hiltomar Oliveira. Belo Horizonte: Editota Líder, 2003.

HART ELY, J. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil I**. vol. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais: separação dos poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Direito – Linguagem – Violência**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** Trad. Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEME, Eliana Franco; ARAUJO, Luiz Alberto David. **O federalismo como sistema de proteção dos direitos fundamentais.** In: RAMOS, Paulo R. B. (org.). Constituição e federalismo no mundo globalizado. São Luís: EDUFMA, 2011. P. 127-141.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 91.

OTTO, Ignacio. **Derecho Constitucional: sistema de fuentes.** 2.ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1997.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Discurso Jurídico e Prática Política: contribuição à análise do direito a partir de uma perspectiva interdisciplinar.** Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997.

RAMOS, Paulo Roberto. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil:** filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes.** Edmir Missio. Trad. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7.ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 536-548.

WARTENBERG, Raúl Letelier. **La Justicia Constitucional en el pensamiento de Jürgen Habermas**. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia e Constitución**. Trad. Miguel Carbonell. Torino: Minima Trotta, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Jueces Constitucionales**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Ano 29. Nº. 117, setembro a dezembro de 2006. P. 1135-1151.

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PROPORCIONALIDADE: SEMELHANÇAS ESTRUTURAIS, MESMOS PROBLEMAS?

Fernando Leal¹

1 INTRODUÇÃO

O direito administrativo no Brasil segue em transformação. Se no início deste século a dogmática administrativista tradicional orientada em construções datadas, em alguns casos, do século XIX, perdeu espaço para o discurso da conformidade constitucional, é perceptível um conjunto recente de movimentos doutrinários e legislativos que encaminham o direito administrativo para uma certa inclinação pragmática (LEAL; MENDONÇA, 2017). Parafraseando Eduardo Jordão, se o presente do direito administrativo é o da constitucionalização, o futuro da área parece destinado a rejeitar o idealismo sustentado sobre o apelo excessivo a princípios constitucionais e avançar para preocupações com as consequências práticas das decisões administrativas e o funcionamento real das instituições (JORDÃO, 2019).

Este momento de transição dos referenciais básicos para a compreensão e desenvolvimento teórico, normativo e dogmático da área produz diversos efeitos. Do ponto de vista metodológico,

¹ Texto publicado originalmente na Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 3, p. 312-348, 2019.

o mais importante deles estaria em uma anunciada redução de importância da proporcionalidade, que ganhou o mundo como principal instrumento de estruturação e condução de processos decisórios orientados na realização de princípios jurídicos em colisão (STONE; MATHEWS, 2008), e na crescente ênfase em mecanismos percebidos como mais aptos para estruturar e orientar processos decisórios orientados na consideração de consequências. Se em um direito administrativo constitucionalizado, em que as possibilidades de justificação de escolhas administrativas são, paradoxalmente, tão amplas quanto as possibilidades de seu controle, o exame de proporcionalidade se torna o último reduto de racionalidade para a tomada de decisão e para o controle das escolhas da Administração (BINENBOJM, 2008), em um direito administrativo que se pretende pragmático, a aspiração por racionalizar processos de decisão e de revisão de decisões administrativas parece exigir uma nova caixa de ferramentas. Nesse novo contexto, o otimismo anterior em torno da proporcionalidade, transformado em frustração pela sua redução, na prática, a um rótulo vazio disponível para justificar qualquer decisão (SILVA, 2002), parece contaminar um novo candidato: a análise de impacto regulatório (AIR). Assim, o protagonismo exercido pela proporcionalidade no presente de um direito administrativo constitucionalizado poderia passar a ser desempenhado pela análise de impacto regulatório no futuro de um direito administrativo orientado pragmaticamente.

A euforia em torno da AIR é facilmente identificável. Se fora do país a sua defesa e o seu uso já não são uma novidade, recentes produções normativas, como as leis 13.874/19, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e a Lei 13.848/2019, conhecida como “Nova Lei das Agências Reguladoras Federais”, revelam que, entre nós, a sua rápida disseminação é questão de tempo. O otimismo em torno dos seus potenciais para orientar decisões sensíveis aos seus efeitos na realidade deixa-se igualmente notar quando se sustenta a ampliação do seu emprego para nortear até mesmo escolhas legislativas que envolvam temas penais, especialmente as que versam sobre segurança pública.

Nesse quadro, se é verdadeiro que a proporcionalidade real parece muito distante da sua melhor versão possível e que existe uma esperança crescente nos potenciais da AIR para permitir o controle de escolhas de agentes públicos sensíveis aos seus impactos no mundo – sobretudo escolhas regulatórias –, não parece ser necessário, para tanto, (i) assumir que AIR e proporcionalidade sejam instrumentos metodológicos estruturalmente tão distantes quanto parecem e (ii) que se acredite que uma possa substituir a outra, como se ambas fossem incompatíveis, ou como se a AIR representasse um substantivo avanço em relação ao teste de proporcionalidade. Ao contrário, o objetivo deste trabalho é precisamente sustentar a existência de aproximações estruturais entre AIR e proporcionalidade para, em razão disso, identificar as possíveis relações de complementariedade e os problemas comuns entre os dois exames. Para tanto, é importante explorar as aproximações e distinções entre os dois exames em razão da sua adequação ou dificuldade para (i) organizar raciocínios prospectivos no direito, (ii) lidar com específicos problemas de interação normativa, (iii) servir como estruturas de justificação destinadas a conduzir processos decisórios de instituições diferentes (Administração, Legislativo ou Judiciário) em momentos que podem ser diferentes (formação da vontade regulatória, seu monitoramento ou sua revisão), que exigem – ou, em uma leitura mais fraca, não excluem – a participação de especialistas ou outros segmentos da sociedade, (iv) justificar posturas de deferência quando usados como mecanismos de controle ou monitoramento de escolhas regulatórias, (v) impedir a sua instrumentalização para a realização de preferências políticas dos seus aplicadores e (vi) impor ônus de prova e de argumentação superáveis por tomadores reais de decisão, escapando de objeções de sobre-razionalidade. Após uma breve apresentação do que AIR e proporcionalidade exigem como padrões de justificação, este texto se organizará em torno dos seis itens indicados até a sua conclusão. Durante esse percurso, o presente texto pretende se servir da experiência acumulada em torno da aplicação da proporcionalidade, sobretudo no país, para o desenvolvimento de reflexões sobre a operacionalização adequada da AIR.

2 AIR E PROPORCIONALIDADE: APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES ESTRUTURAIS

2.1. Aproximações Gerais: AIR e proporcionalidade como metodologias de decisão

Justificar aproximações e distinções entre análise de impacto regulatório e proporcionalidade é um empreendimento que já parte de uma significativa dificuldade: enquanto a estrutura do exame de proporcionalidade em torno dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é, ainda que o sentido dessas expressões possam variar em diferentes realidades jurídicas (GRIMM, 2007), amplamente conhecida e estável, não há uma estrutura amplamente aceita e tampouco um uso sistematicamente organizado da análise de impacto regulatório. Ao contrário da proporcionalidade, a AIR, apesar de cada vez mais utilizada no mundo como um componente central de estratégias de administração regulatória, recebe ainda conformações muito distintas – às vezes até em uma mesma jurisdição (OECD, 2009). Por esse motivo, se um dos polos da comparação pode ser sem maiores dificuldades identificado, não é claro como, na condição de estrutura metodológica de justificação, dever-se-ia desenvolver uma AIR.

Em um plano mais geral, tanto AIR como proporcionalidade se aproximam como roteiros organizados de percursos de justificação de decisões de agentes públicos. Nessa perspectiva, a utilidade de cada um como instrumento capaz de promover racionalidade e, assim, contribuir para aceitabilidade de escolhas públicas, decorre da sua pretensão declarada de (i) conduzir o processo de justificação, especialmente pela distribuição de ônus de prova e ônus de argumentação, (ii) possibilitar o conhecimento das razões que sustentam as decisões que sobre eles se sustenta, (iii) permitir, como consequência da etapa anterior, o seu controle crítico, e, finalmente, (iv) abrir as portas para aprendizado institucional, seja pelo refinamento dos percursos de justificação

existentes, seja pela sua substituição por novas alternativas após a sua aplicação frequente no tempo e em diferentes lugares.

Como se nota, ter um mecanismo de justificação conhecido e estável é útil não só para a apreciação da qualidade das decisões que dele se seguem, como para o desenvolvimento de reflexões sobre a adequação da própria metodologia de decisão para a realização dos seus propósitos após a sua efetiva aplicação na realidade. Sua necessidade, ademais, torna-se maior quanto mais complexo for o processo decisório que pretende organizar em uma comunidade política que exige razões daqueles que decidem na esfera pública – especialmente quando as suas decisões pressupõem a consideração e a valoração de múltiplos elementos.

O fundamento dessa necessidade está na associação entre a (i) complexidade do momento presente da decisão, (ii) o aumento da incerteza projetável no futuro sobre o que é passível de ser conhecido e antecipável, (iii) a dificuldade de estabilizar, como legado do passado, os produtos do processo decisório e, como constante, (iv) o dever de justificar decisões. Nesse contexto, a necessidade *metodológica* se apresenta como chave central para lidar com os principais dilemas do Estado Administrativo contemporâneo: a sua justificação e a adequação das suas ações com a Constituição; as suas credenciais democráticas; a capacidade epistêmica daqueles que nele decidem (VERMEULE, 2013). Isso porque métodos, por meio dos roteiros que fornecem, erguem a pretensão tanto de orientar a promoção de objetivos constitucionais como reforçar os seus papéis como limites, abrem-se para a participação da sociedade e requerem a incorporação do melhor conhecimento disponível para a justificação de decisões. É, portanto, sobre a aptidão presumida de mediar as relações centrais entre normatividade, legitimidade e conhecimento que se sustenta o investimento em metodologias de decisão como AIR e proporcionalidade: quanto mais claro e apurado for o método para a otimização desses propósitos, maior o seu potencial para realizar as suas promessas de amarrar, ao menos procedimentalmente, as incertezas do futuro a guias disponíveis e confiáveis

prontos para serem operacionalizáveis em qualquer momento. Assim, ainda que a proporcionalidade se apresente como instrumental metodológico aplicável para problemas jurídicos que envolvem princípios jurídicos em colisão e a AIR como um procedimento destinado a informar agentes públicos a respeito da conveniência e dos caminhos possíveis para implementar atos regulatórios destinados a realizar objetivos econômicos ou sociais relevantes (OECD, 2009), ambos erguem, antes de tudo, a pretensão de *orientar* escolhas públicas e, desse modo, satisfazer as expectativas dos afetados direta ou indiretamente por essas escolhas de que elas se sustentam sobre razões e podem ser controláveis. Nessa dimensão, os dois instrumentos de justificação possuem um caráter *prospectivo*, na medida em que se revelam úteis para conduzir a decisão que *ainda* será tomada. Essa, aliás, parece ser a justificação subjacente do dever imposto pelo artigo 5º da lei 13.874/19, segundo o qual “as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão *precedidas* da realização de análise de impacto regulatório”.

Sem embargo, instrumentos de justificação – e não é diferente com a AIR e a proporcionalidade – também desempenham importante papel *retrospectivo*, uma vez que podem ser usados para justificar a revisão de escolhas de agentes públicos ou, especificamente no caso da AIR, a avaliação de alternativas regulatórias já implementadas destinadas a averiguar se seus objetivos foram alcançados. Nessa dimensão, tanto AIR como proporcionalidade se voltam ao *passado*, pois se ocupam da apreciação, do acompanhamento e de eventual revisão de escolha anteriormente feita. A provocação de um tribunal para avaliar, por exemplo, um ato legislativo já promulgado que restringe e promove direitos fundamentais ou a eficácia de uma escolha regulatória abre a oportunidade para a invocação, respectivamente, da proporcionalidade e da AIR para *reconstruir* a decisão

já tomada e, assim, justificar a sua manutenção ou exclusão do mundo. Assim, se na dimensão anterior tanto AIR como proporcionalidade se relacionam com o controle de escolhas de agentes públicos pela possibilidade de orientação *ex ante*, neste aspecto as duas se aproximam enquanto mecanismos úteis para orientar racionalmente a revisão *ex post* de decisões.

Essas possíveis aproximações iniciais, no entanto, não são suficientes nem necessárias para sustentar a existência de relações de identidade entre os dois exames. A pergunta que segue aberta até este momento, que afeta especialmente a identificação clara dos potenciais da AIR para a realização das voações metodológicas anteriormente traçadas, é “como” ou “por quais meios” os seus objetivos de indução de qualidade e aperfeiçoamento da atividade regulatória serão realizados. Se a AIR é um procedimento administrativo voltado a auxiliar o agente regulador a tomar melhores decisões a partir da consideração sistemática dos efeitos esperados de diferentes alternativas regulatórias (incluída a possibilidade de descarte de regulações que se mostrem desnecessárias) (VALENTE, 2010; MENDONÇA, 2018), é incerto como esse procedimento se estrutura ou mesmo como ele *deveria* se estruturar (VALENTE, 2010). Com outras palavras, ainda que exista algum consenso mais amplo sobre (i) o papel da AIR para justificar a *necessidade* de uma escolha regulatória e para tornar o decisor sensível às *consequências* relativamente a outras alternativas a essa escolha e (ii) a importância de esses aspectos serem apreciados a partir de evidências empíricas e do uso de métodos científicos para a validação de escolhas regulatórias, não existe amplo consenso sobre as etapas pelas quais essas análises devem passar e sobre quais são as consequências relevantes das diferentes alternativas regulatórias que devem ser consideradas no processo decisório (VALENTE, 2010) (se exclusivamente econômicas ou, como no exemplo inglês, de outras naturezas, como sociais e ambientais, ou mesmo as relacionadas à promoção de crescimento inclusivo).

Para Salgado e Borges (2010, p. 7), por exemplo, a estrutura da AIR “é, tipicamente, dividida da seguinte forma: título

da proposta; objetivo e efeito esperado da política regulatória; avaliação do problema político; consideração das opções alternativas; avaliação de todos os impactos distributivos; resultados da consulta pública; estratégias de *compliance*; e processos para monitoramento e avaliação”.

José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 371), por sua vez, sugere a sua organização em cinco etapas: “(i) a qualificação e a coleta de dados a respeito das possíveis consequências dos atos regulatórios; (ii) a adoção de critério de valoração de tais consequências; (iii) a avaliação delas; (iv) a adoção, correção ou rejeição do ato; (v) seu monitoramento”. Radaelli (2005), por fim, apresenta os principais elementos do que considera um formato tipicamente *ideal* de AIR: a definição do problema que requer uma ação regulatória; a explícita consideração de diferentes opções, incluindo a opção de não intervenção regulatória; a consulta pública e a participação dos potenciais afetados; a escolha de um método para a análise das diferentes opções; a análise das opções; testes especiais, como os que envolvem aspectos concorrenciais e impactos de gênero; critérios de escolha entre as diferentes opções e sua aplicação para justificar a escolha regulatória sugerida para o decisor; monitoramento e levantamento de informações sobre a alternativa privilegiada.

Esse pequeno inventário de possibilidades revela como a AIR pode assumir diferentes roupagens para a justificativa de uma escolha regulatória. Em razão disso, o seu papel para funcionar como uma espécie de linguagem comum que fixa os referenciais de argumentação, como qualquer instrumento de metodologia, dos diálogos a serem estabelecidos entre reguladores, regulados e outros afetados pela implementação de alternativas regulatórias tende a ser mais importante no plano local, ao contrário da proporcionalidade, que, com os seus três exames bem definidos, acaba servindo, pelo menos do ponto de vista teórico, como linguagem universal para a orientação de processos de decisão e de revisão de decisões que se estruturam em torno de objetivos constitucionais colidentes. Essa constatação é o ponto de partida

para explorar mais de perto as duas estruturas de justificação e, assim, identificar com maior precisão em que elas se aproximam e se diferenciam e quais desafios ambas compartilham.

2.2. Aproximações e distinções específicas

Se é verdadeiro que a AIR ainda carece de estrutura amplamente reconhecida, isso não significa afirmar a inexistência de aspectos consensuais subjacentes às suas mais diferentes versões. O mais evidente deles reside no fato de a AIR se oferecer como uma estrutura de justificação *consequencialista* de decisões.

Como tal, ela pressupõe uma estrutura formal básica que se organiza em torno de três etapas e duas dimensões. As etapas seriam: (i) a fixação das alternativas de decisão, (ii) a identificação das consequências atreladas a cada uma das alternativas de decisão e (iii) a identificação de um critério de valoração para ordenar os distintos estados do mundo que podem advir da implementação das diferentes alternativas decisórias. Note-se, nesse particular, como essas etapas básicas aparecem, ainda que nem sempre de forma explícita, nas diferentes formulações de AIR apresentadas anteriormente.

As duas dimensões de um raciocínio consequencialista, por sua vez, seriam: (i) a positiva, que se expressa no esforço de prognose dos efeitos que podem ser produzidos pelas diferentes alternativas e (ii) a normativa, que decorre da aplicação do critério selecionado para o estabelecimento de uma relação de preferência entre os distintos estados do mundo de modo a justificar a decisão pela alternativa que conduza à consequência considerada desejável à luz do critério selecionado (LEAL, 2019). Mais uma vez, ressalte-se como essas dimensões aparecem nas diferentes versões apresentadas da AIR. Quando são levadas a sério, ambas passam a exigir esforços adicionais de justificação, notadamente (i) a apresentação de dados e estudos técnicos para diferenciar prognoses confiáveis de meros exercícios especulativos dos decisores e (ii) a participação dos afetados atual

ou potencialmente por escolhas regulatórias. No primeiro caso, está em jogo a *justificação epistêmica* dos juízos de antecipação do futuro que informam a AIR; no segundo, a *transparência* e, no limite, a *legitimidade democrática* da escolha regulatória, que, por nem sempre se dar sob condições de certeza (KNIGHT, 1921), demanda um mecanismo de oitiva dos afetados, como no caso das consultas e audiências públicas, que capture a sua vontade de compartilhar os riscos sobre os efeitos incertos de uma escolha regulatória. No que diz respeito à dimensão normativa, a preocupação com a avaliação das diferentes opções regulatórias é evidenciada pelos debates em torno dos objetivos que devem ser considerados na análise de impacto de opções regulatórias (econômicos, sociais, ambientais, culturais etc.) e dos esforços para compor eventuais tensões existentes entre eles.

Como se nota, os diferentes debates e propostas de refinamento que afetam a estrutura geral de tomada de decisão regulatória orientada na AIR passam necessariamente pelos elementos básicos de um raciocínio consequencialista. É a partir desse traço comum, portanto, que serão analisados os seis pontos de convergência (e as distinções específicas) inicialmente apresentados entre AIR e proporcionalidade. Esses são referenciais centrais para se explorar os limites e possibilidades comuns dos dois exames para a realização das suas vocações metodológicas.

2.2.1. Metodologias de decisão orientadas para o futuro

Se parece simples relacionar a Análise de Impacto Regulatório com a orientação de raciocínios consequencialistas, a conclusão não parece se extrair com a mesma facilidade quando se considera o papel desempenhado pela proporcionalidade em casos que envolvem princípios jurídicos em colisão. Como princípios são comumente considerados espécies normativas que compõem o material jurídico autoritativo preexistente à tomada de decisão (ALEXANDER, 2013), seria possível afirmar que a sua aplicação pressuporia algum tipo de metodologia

retrospectiva de justificação. Isso significaria que a proporcionalidade atuaria como uma estrutura de decisão orientada para o passado. Sendo assim, as aproximações estruturais entre ela e a AIR exigiriam esforços maiores de fundamentação.

Esse, porém, não é o caso. Uma maneira simples de aproximar os dois exames estaria em concebê-los como expressões de análises custo-benefício (ACB). Mas esse também não se mostra um caminho promissor, uma vez que pode reforçar reducionismos problemáticos. No caso da AIR, embora nos EUA ela tenda tradicionalmente a se operacionalizar por meio de uma análise custo-benefício (BALDWING; CAVE; LODGE, 2013), essa não é uma associação necessária. Em outros países, programas de aumento de qualidade da regulação não se limitam a uma análise orientada na *listagem*, *quantificação* e, sempre que possível, *monetização* dos custos e benefícios de diversas alternativas regulatórias (CECOT, 2015) (uma análise focada, portanto, em *eficiência*, entendida como maximização do bem-estar), tal qual pressuposta por uma ACB. É também possível encontrar em outras jurisdições considerações sobre a necessidade e a sua aptidão para a implementação de direitos sociais por meio de políticas públicas e outros elementos que contribuam para o reforço da legitimidade da própria AIR (RADAELLI, 2005). E esse não é um debate recente. Segundo Baldwin, a compreensão de que uma “boa regulação” envolve um *trade-off* entre eficiência e outros objetivos não econômicos (especialmente sociais) data dos anos setenta do século passado (BALDWING, 2010). No caso da proporcionalidade, assim como há quem a identifique com uma análise custo-benefício, há quem rejeite essa redução (ALEXY, 1995). Por esses motivos, a resposta mais imediata para aproximar os tipos de raciocínios pressupostos pelos dois exames pode se revelar pouco frutífera. Em vez da simples identificação com uma análise custo-benefício, parece, portanto, ser menos controverso sustentar que, em um plano mais geral, a proporcionalidade pode ser considerada uma metodologia de decisão, assim como a AIR, orientada para o futuro. O fundamento para tanto,

no caso da proporcionalidade, passa basicamente pelo reconhecimento (i) do caráter teleológico associado à natureza dos princípios (os seus objetos de aplicação) e (ii) dos ônus de argumentação estabelecidos por cada um dos seus exames.

Tomando a teoria dos princípios desenvolvida por Alexy e seus seguidores como referência, o caráter teleológico dos princípios se extrai da sua associação com ideais (SIECKMANN, 1990). Liberdade de expressão, privacidade, moralidade administrativa e impessoalidade são exemplos de deveres abstratos imaginados desvinculados das possibilidades limitadas do mundo empírico e normativo (ALEXY, 1985). São estados de coisas vinculados a um ideal de realização, para voltarmos aos exemplos, das configurações da realidade que associamos à liberdade de expressão, à privacidade, à moralidade administrativa e à impessoalidade. Sua existência decorre de sua associação com normas cuja validade se pode extrair jurídica e, em determinados casos, também moralmente (ALEXY, 1985). Eles são, por isso, deveres ideais, que representam os objetos a serem otimizados expressados por princípios jurídicos (ALEXY, 1985). Nesse quadro, aplicar qualquer princípio jurídico em uma situação específica significa fundamentalmente definir, por meio da decisão que se toma *agora*, o meio que, num contexto real de limitações fáticas e normativas, contribuirá para o atingimento do ideal a ele associado. Em curtos meios, a decisão funciona como o *meio* ou a *ação* cujos efeitos miram o estado de coisas vinculado ao princípio como *fim* (SIECKMANN, 1990, p. 78-79). Essa visão parece ser compartilhada mesmo por outras teorias sobre a natureza dos princípios jurídicos. Isso fica evidente na teoria de Ávila, quando ao conceito de princípio jurídico está associada a ideia de “promoção de um estado de coisas” e, por isso, a de normas *imediatamente finalísticas e primariamente prospectivas* (ÁVILA, 2015, p. 102).

Se existe, portanto, uma relação do tipo conceitual entre princípios e finalidades, é possível sustentar que essas espécies normativas desempenham um duplo papel em processos

jurídico-decisórios. Por um lado, eles expressam um ideal que funciona como norte para a justificação das decisões e ações que atuarão como meios para a sua promoção, enquanto, por outro, eles exigem uma forma específica de aplicação capaz de orientar a justificação do que é devido em casos concretos (LEAL, 2014). Nas teorias tanto de Alexy como de Ávila, a proporcionalidade é o instrumental metodológico exigido pela natureza dos princípios. No primeiro caso, em função da caracterização de princípios como comandos para serem otimizados (ALEXY, 1985); no segundo, porque ela estrutura a “aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim” (ÁVILA, 2015, p. 205). Estabelecida essa relação, extrai-se a racionalidade teleológica pressuposta pela estrutura dos princípios e pela própria proporcionalidade (LEAL, 2014). A teoria dos princípios, em outros meios, poderia ser caracterizada, mesmo em diferentes versões, como uma “teoria teleológica da fundamentação jurídica” (HENSCHKE, 1998, p. 71). Essa fundamentação, por sua vez, organiza-se em torno dos exames de adequação e de necessidade, no plano da realização de princípios em colisão relativamente às possibilidades fáticas, e da proporcionalidade em sentido estrito, no nível da realização de princípios colidentes relativamente às possibilidades jurídicas (LEAL, 2014).

Tal caracterização aproxima a proporcionalidade da AIR como estruturas *prospectivas* de justificação. Ambas olham para frente, seja para justificar escolhas regulatórias que precisam ser feitas agora em função dos seus efeitos projetados no futuro (AIR), seja em função do seu papel para justificar a eleição, no presente, de certos meios para promover sem custos desproporcionais, também no futuro, objetivos constitucionais (princípios) em relação de tensão (proporcionalidade). As duas, na verdade, mesmo quando amparam juízos de revisão de escolhas de agentes públicos, o que, como visto, garante-lhes um papel retrospectivo relativamente ao *momento* de análise da escolha regulatória, continuam funcionando como instrumentos

prospectivos de justificação, na medida em que, como instrumentos de *controle*, exigem, quando não se destinam especificamente à avaliação de escolhas implementadas com o objetivo de apreciar a sua aptidão, após determinado tempo, para a realização dos seus propósitos (em uma situação, por exemplo, de “avaliação de resultado regulatório”/*regulatory lookback*), raciocínios *contrafactuais* que permanecem orientados para o futuro. Isso quer dizer que, quando orientam revisões de escolhas já feitas, tanto a proporcionalidade quanto a AIR podem almejar reconstruir a decisão pressupondo, como referenciais básicos para a crítica, uma ou mais *proposições condicionais* que se sustentam sobre considerações (i) a respeito dos efeitos que *poderiam* ter sido produzidos por outros meios não privilegiados ou (ii) sobre o tipo de justificação que deveria ter sido desenvolvida para sustentar a preferência (ou não) por determinado curso de ação ou decisão (COLLINS; HALL, 2004). No caso da AIR, a importância desse tipo de análise fica clara quando, por exemplo, as “Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório” da Casa Civil indicam que “[u]ma boa ARR também deve levar em consideração, ao avaliar a eficiência, eficácia e efetividade de uma ação, o que teria ocorrido no período analisado se nenhuma ação tivesse sido implementada” (COLLINS; HALL, 2004, p. 90).

Essas aproximações não querem dizer, contudo, que as duas estruturas pressuponham integralmente o mesmo tipo de raciocínio. É essa conclusão que, ao mesmo tempo, *diferencia* a AIR da proporcionalidade e possibilita, na exata extensão em que possam ser consideradas estruturas *complementares*, que ambas possam coexistir. Explica-se.

Como visto, enquanto a proporcionalidade é um instrumento metodológico voltado à justificação de raciocínios teleológicos, a AIR se preocupa com a organização e o incremento de racionalidade de raciocínios *consequencialistas*. Isso significa essencialmente que, enquanto a AIR se concentra nos *efeitos* que podem ser produzidos por um dado conjunto finito de

alternativas – que funcionam como causas no raciocínio –, a proporcionalidade se volta para a justificativa das *causas* que podem produzir, como efeitos, a melhor composição entre fins previamente identificados em relação de tensão. Programas finalísticos, como aqueles que estão normativamente associados à estrutura de princípios jurídicos, pressupõem correspondências e relações possíveis entre as ideias de meio e causa, de um lado, e de fim e efeito, de outro (LUHMANN, 1999). É tal correspondência que possibilita a criação de referenciais comuns para a compreensão das diferenças estruturais entre raciocínios teleológicos e consequencialistas não comprometidos, respectivamente, com nenhum fim específico ou critério explícito de valoração. Esvaziadas substantivamente – não se deixando, portanto, confundir com teorias éticas sobre a justificação de ações – e limitados a formas gerais de organização do raciocínio, as duas formas de estruturação de justificações se diferenciam basicamente pela ênfase em um ponto fixo de possíveis cadeias de meio/fim ou causa/efeito. Dada a dificuldade de trabalho, ao mesmo tempo, com a identificação de causas e efeitos e as valorações que afetam a sua seleção e consideração, reveste-se de valor heurístico *fixar* um dos referenciais: quando, de um lado, fixam-se as alternativas de decisão (ou causas) e o foco recai sobre os efeitos que elas podem vir a produzir, o raciocínio é considerado consequencialista; quando, ao contrário, fixam-se os efeitos que se quer produzir e o foco de análise recai sobre a busca das causas que podem realizá-los, o raciocínio é teleológico (LEAL, 2014).

Feita a distinção, ainda que a operacionalização da AIR seja um tema controvertido tanto do ponto de vista descritivo (*i.e.* em relação àquilo que, *de fato*, a concretiza em diferentes ordens jurídicas) como normativo (*i.e.* em relação a como uma AIR *deveria* funcionar), é possível imaginar espaços de complementação entre AIR e proporcionalidade. Isso significa reconhecer que há momentos do exame da proporcionalidade que podem acomodar uma AIR, assim como etapas de uma AIR que poderiam se

servir da estrutura do dever de proporcionalidade. Essas relações pressupõem o devido uso de uma das estruturas para a justificativa de análises pressupostas pela outra, e não apelos genéricos ou, no caso específico da proporcionalidade, o recurso a sentidos distintos que a palavra pode receber em nossa ordem jurídica. Esse é o caso, por exemplo, quando se defende a aplicação do “princípio da proporcionalidade” à AIR como sinônimo de “bom senso racional” *proporcional* (SALGADO; BORGES, 2010, p. 12). Nesse cenário, a referência à proporcionalidade não remete a um exame estruturado em torno dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para a justificação de soluções para problemas decisórios que envolvem objetivos jurídicos colidentes relativamente a uma medida, mas uma evocação genérica de prudência para a consideração de custos e benefícios, que devem estar, em um sentido comum da expressão, em uma *relação proporcional* (SALGADO; BORGES, 2010, p. 12;16).

Excluído o sentido de proporcionalidade irrelevante para este trabalho, parece haver claro espaço para a utilização da proporcionalidade na AIR quando esta envolver objetivos jurídicos que, relativamente a diferentes alternativas regulatórias, podem estar em relação de tensão. Esse tipo de problema pode ser identificado na estrutura consequencialista típica da AIR quando diferentes alternativas são consideradas e os seus efeitos podem ser avaliados positiva ou negativamente em função de *diferentes* critérios de valoração aplicáveis. Em outras palavras, a proporcionalidade se revela útil para lidar com um problema da dimensão *normativa* da AIR, especialmente quando a monetização dos custos e benefícios associados à promoção e à restrição de objetivos imbricados não se revela possível ou suficiente. Nessa hipótese, embora o nível da proporcionalidade em sentido estrito – no qual acontece a *ponderação* – desponte como o de utilidade mais evidente (MENDONÇA, 2018, p. 370), nada parece impedir que os exames de adequação e de necessidade também possam ser aplicáveis para se aferir se a alternativa regulatória é, respectivamente, apta para

promover a finalidade que deveria ser por ela visada (eficiência ou qualquer outro objetivo juridicamente relevante) e se não existe alguma outra opção (incluindo a de não regular) capaz de garantir benefícios idênticos para a promoção do objetivo que deveria orientar a escolha regulatória, mas que restrinja menos a realização de outros objetivos juridicamente relevantes.

Da mesma forma, no outro lado da moeda, nada parece igualmente excluir a utilidade da AIR para a operacionalização da proporcionalidade. Se o que está em jogo, para recorrermos novamente ao artigo 5º da lei 13.874/19, é a discussão sobre a constitucionalidade de um ato normativo “de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados” cuja promulgação institui uma opção regulatória que implica restrições em objetivos constitucionais importantes, como a livre-iniciativa ou a livre-concorrência, especialmente os exames de adequação e de necessidade – por dizerem respeito à otimização de princípios relativamente às possibilidades fáticas – poderiam ser operacionalizados por meio de uma AIR. Nesse caso, a AIR atuaria, como expressão da operacionalização do dever constitucional de *eficiência*, como reforço de justificação *por dentro* da realização do exame de proporcionalidade.

2.2.2. Aplicabilidade e relações com problemas normativos

Se é correto que AIR e proporcionalidade podem, como instrumentos metodológicos orientados para o futuro, ser aplicadas como estruturas complementares de justificação, isso não significa que essa relação de complementariedade faça sempre sentido. Na seção anterior foram exploradas as relações de composição entre os dois exames a partir de sua utilidade para lidar com problemas de decisão regulatória que passam estruturalmente, no todo ou em parte, pela superação de colisões entre objetivos jurídicos – normativamente considerados, seguindo a concepção de Robert Alexy (1995, p. 257), expressões de *princípios*. Esse precisa ser o caso, já que a localização de

relações de tensão entre princípios relativamente a uma medida é pressuposta para a incidência da regra da proporcionalidade (ALEXY, 1985).

Essa constatação é central para a separação de espaços em que a AIR pode ser exigida sem que a aplicação da proporcionalidade seja justificável. Reduzida a uma análise custo-benefício, como nos EUA, ou desenvolvida sem que existam objetivos jurídicos em relação de tensão capazes de afetar a valoração de diferentes alternativas regulatórias, a AIR, em si, envolve apenas *indiretamente* a aplicação de normas jurídicas. No máximo, ela diz respeito a uma relação normativa *unidirecional*. Isso ocorre porque o desenvolvimento da AIR já seria uma maneira de concretização ou promoção, no primeiro caso, de uma leitura econômica do dever de eficiência ou de qualquer outro objetivo mediato buscado por meio de sua realização, como transparência, racionalidade, *accountability* e controle da discricionariedade. No segundo caso, ela desempenharia o mesmo papel para um único objetivo visado, como a livre-concorrência, a defesa do consumidor, o desenvolvimento ou o acesso à educação. Diferentemente, a aplicação da proporcionalidade envolve necessariamente a superação de um problema *imediatamente jurídico* de decisão por definição, na medida em que se destina a compor normas jurídicas (princípios) concretamente colidentes. Na leitura mais evidente dessa aplicabilidade, a proporcionalidade atuaria como roteiro de justificação da *profundidade* – e, assim, da constitucionalidade – de escolhas regulatórias, uma vez que se voltaria à organização das razões capazes de sustentar a necessidade da regulação tendo em vista as restrições causadas à livre-iniciativa (MARQUES NETO, 2006).

Mesmo, porém, em situações específicas em que se constatem princípios em colisão, pode ser igualmente injustificável o recurso a uma AIR. Esse é evidentemente o caso quando direitos fundamentais cuja realização não afetam o interesse de agentes econômicos enquanto tais, de usuários de serviços públicos ou o meio-ambiente – situações que exigiriam AIR (RADAELLI; DE

FRANCESCO, 2010) – estão em conflito. Fora do universo do que se possa definir como “regulação”, o exame de proporcionalidade pode ser desenvolvido sem os ganhos adicionais que possam advir da aplicação da AIR, mesmo que se considere que a proporcionalidade envolva uma espécie de análise custo-benefício. Um conflito entre atores privados que coloque em relação de tensão o exercício do direito de liberdade de expressão e a devida tutela da privacidade não é, por exemplo, necessariamente um problema regulatório. Harmonizar os objetivos em tensão, da mesma forma, não parece, salvo em sentido meramente figurado, envolver uma análise custo-benefício. Por esse motivo, esse tipo de problema não exige uma AIR, embora a justificação da resposta privilegiada no caso concreto idealmente dependa da aplicação da regra da proporcionalidade e de seus três sub-deveres.

2.2.3. Aplicáveis por quem e em que momentos?

Como instrumentos metodológicos que estabelecem procedimentos de justificação, tanto AIR como proporcionalidade se aproximam na medida em que ambos erguem a pretensão de serem ortogonais em relação a (i) distintos arranjos institucionais e (ii) diferentes teorias normativas sobre regulação, o papel dos direitos fundamentais no constitucionalismo e o comportamento esperado de tomadores de decisão. Isso significa que a sua utilidade para a justificação de decisões se extrai de sua pretensão de *neutralidade* em relação a esses elementos, o que as torna, por um lado, compatíveis com diversas teorias normativas e facilmente acomodáveis em diferentes modelos de governança, mas, ao mesmo tempo, muito sensíveis a essas variáveis. Tal pretensão de neutralidade se deixa captar pela caracterização da AIR e da proporcionalidade como procedimentos lineares organizados em uma sequência de etapas analíticas preenchidas por julgamentos técnicos que conduzem a resultados racionais.

Uma consequência dessa afirmada neutralidade está na possibilidade de vincular os dois instrumentos a *propósitos* distintos em torno dos quais teorias normativas são desenvolvidas para inspirar modelos de governança institucional. A AIR, por exemplo, pode estar a serviço prioritário de valores como eficiência, igualdade ou reforço de uma comunidade deliberativa, conforme ela esteja relacionada, respectivamente, a propostas normativas orientadas (i) em elementos de teoria da escolha racional preocupadas com o *controle* político da burocracia (notadamente a partir da dinâmica principal-agente), (ii) na produção de oportunidades *iguais* para grupos de pressão participarem do processo de formação da vontade regulatória ou (iii) na permeabilidade para a participação *direta* de grupos de interesse público, organizações da sociedade civil e cidadãos individualmente (RADAELLI; DE FRANCESCO, 2010). Da mesma forma, a proporcionalidade pode ser reconduzida a propósitos diferentes, como a *legitimidade* do controle judicial de escolhas públicas feitas por agentes democraticamente eleitos ou o *controle da discricionariedade* de agentes públicos cujas decisões podem implicar restrições a direitos. Além disso, essa sensibilidade, que, ao mesmo tempo, pressupõe e implica ductibilidade, justifica as diferentes versões que AIR e proporcionalidade, como visto, recebem em diferentes realidades quando o que está em jogo é identificar as fases e os ônus de argumentação que devem ser superados nos seus respectivos processos de aplicação.

Os efeitos dessa anunciada neutralidade dos dois procedimentos analíticos de justificação não se fazem presentes, porém, apenas na compatibilidade da AIR e da proporcionalidade com diferentes propósitos e na estruturação de diferentes roteiros de argumentação para operacionalizá-los. Ao contrário, eles também afetam a sua possível utilidade para auxiliar prioritariamente o trabalho de diferentes instituições e em momentos distintos de análise de escolhas públicas. E essa parece ser uma distinção central entre os dois métodos.

Embora não haja nenhum óbice conceitual à aplicação da proporcionalidade pelos órgãos do Executivo e do Legislativo,

sua estrutura está comumente associada à *revisão judicial* de decisões desses dois poderes. A proporcionalidade, nesse sentido, volta-se prioritariamente ao *controle ex post* de leis e atos normativos emanados do Parlamento e da Administração, notadamente daqueles que implicam restrições a objetivos juridicamente relevantes em nome da promoção de outros objetivos de mesma natureza. Com esse propósito – e especial foco no controle de decisões que restrinjam direitos fundamentais – ela foi desenvolvida pela jurisprudência de um tribunal – mais especificamente, do Tribunal Constitucional Federal alemão (SILVA, 2002). E, com essas mesmas características, o exame de proporcionalidade organizado nas etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se espalhou pelos principais sistemas de justiça constitucional do mundo (STONE, MATHEWS, 2008).

É certo que a caracterização da proporcionalidade como um instrumento de controle judicial *ex post* não pressupõe (i) que outros poderes não façam “ponderações” e (ii) que eles não devam se orientar nos percursos de justificação da proporcionalidade para justificar as suas escolhas. Isso porque, não estando a proporcionalidade tradicionalmente associada a uma doutrina de deferência judicial (ao contrário de outros testes, como o de razoabilidade desenvolvida na Inglaterra no modelo *Wednesbury* ou o de “*rational basis*”, nos EUA (STONE, MATHEWS, 2008, p. 79)), a possibilidade futura de uma revisão criteriosa por parte de um juízo ou tribunal deveria funcionar como um incentivo para que o legislador e o administrador *antecipassem*, já no momento de criação normativa, a análise da proporcionalidade de suas escolhas à luz das mesmas bases rigorosas a serem empregadas pelo Judiciário. A apresentação de justificativas detalhadas sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida não só facilitariam a identificação dos eventuais pontos de divergência entre as alegações de proporcionalidade e de desproporcionalidade em um problema específico, como atuaria (i) redistribuindo ônus de prova (transmitindo-os claramente para quem defendesse a imprecisão dos exames feitos no Legislativo

ou na Administração) e (ii) aumentando os ônus de argumentação para a sustentação, pelo Judiciário, da invalidade da escolha.

No caso da AIR, seu papel está mais associado, nas diferentes realidades que a aplicam, a um escrutínio pré-legislativo da produção de normas regulatórias ou à avaliação dos efeitos esperados de decisões regulatórias da Administração a serem tomadas ou já em curso (RADAELLI; DE FRANCESCO, 2010). Como se nota, ao contrário da proporcionalidade, o procedimento administrativo previsto por uma AIR se localiza tradicionalmente *antes* da formação da vontade regulatória ou durante o *monitoramento* de escolhas já implementadas. Nesse último caso, a AIR funcionaria, como destacado no guia de avaliação de impacto do Reino Unido, como um “documento vivo”, que precisa ser revisado diversas vezes quando informações sobre a determinação de custos e benefícios se tornarem mais claras (OECD, 2009, p. 25). Além disso, ela não é concebida para conduzir a atividade judicial. No caso brasileiro, os artigos 5º e 6º, respectivamente, das leis 13.874/19 e 13.848/19, preveem a obrigatoriedade da AIR *apenas* para entidades da Administração Pública e *antes* da edição e alteração de atos normativos.

As vocações *ex ante* e não judicial da AIR não implicam, contudo, que ela não possa ser reaberta em uma discussão judicial ou, no limite, que ela seja desenvolvida inicialmente no âmbito de um processo judicial. Devido à inafastabilidade do controle judicial, as bases racionais apresentadas para uma escolha regulatória após uma AIR podem ser, quando controvertidas, discutidas em juízo. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando há divergências técnicas localizadas na dimensão positiva do raciocínio consequencialista. Este pode ser o caso (i) quando prognoses baseadas em estudos desenvolvidos por especialistas distintos voltados à antecipação dos efeitos de alternativas regulatórias ainda não implementadas levam a resultados diferentes ou (ii) quando, durante o monitoramento de uma medida regulatória, for judicializada uma discussão a respeito da viabilidade de sua manutenção. Da mesma forma, se é correto que a AIR

pode instrumentalizar um exame de proporcionalidade, nada impede que, por exemplo, no âmbito do exame de necessidade seja feita uma análise de impacto de uma medida regulatória M para se aferir se não exista alternativa que promova a finalidade regulatória por ela visada com a mesma intensidade de M, mas que restrinja menos a livre-iniciativa. Nas duas hipóteses, a AIR pode desempenhar um papel central na justificação de decisões judiciais, ainda que diga respeito a problemas distintos. No primeiro caso, o que está em jogo é uma discussão *interna* em torno da sustentação técnica, a partir de uma análise já proposta, de uma escolha regulatória; no segundo, a *validade* da escolha regulatória em razão da imbricação de objetivos constitucionais.

2.2.4. Controle judicial e compatibilidade com modelos de deferência a escolhas técnicas

2.2.4.1. Dois problemas

Como roteiros metodológicos, tanto a AIR como a proporcionalidade podem ser úteis para conduzir a formação da vontade regulatória e para a sua revisão. Nesse último caso, ambas funcionam como mecanismos *ex post* de controle de decisões legislativas ou administrativas. Nesse contexto, surge como problema relevante até que ponto, quando outras instituições são chamadas a rever decisões de outras instituições, essas ferramentas são compatíveis com modelos de deferência. Esse é um tema comumente colocado para defensores da AIR e da proporcionalidade. No limite, ele coloca em xeque a compatibilidade do emprego desses instrumentos por certas instituições com a separação de poderes.

Esse desafio comum compartilhado pela AIR e pela proporcionalidade se coloca em dois planos diferentes. No primeiro, a possível tensão se coloca quando se discute se determinada instituição pode rever (com o apoio desses instrumentos metodológicos ou não) escolhas de outros poderes. Esses não são problemas de racionalidade dos modelos, mas de *legitimidade* da atuação das

instituições que deles podem se servir. Isso ocorre quando se discute se o Judiciário pode invalidar decisões legislativas ou substituí-las por medidas que julgue mais apropriadas com base em um exame de proporcionalidade (especialmente no nível da proporcionalidade em sentido estrito). O mesmo se dá quando se debate se o controle de escolhas regulatórias amparado em AIR exercido nos EUA pela *Office of Management and Budget* (OMB), vinculada à Presidência da República, viola a arquitetura institucional daquele país, que pressupõe delegação de poderes para a implementação de escolhas regulatórias às agências, e não à Casa Branca.

Embora associados ao manejo e à utilidade da proporcionalidade e da AIR para o exercício de tarefas de controle não facilmente acomodáveis em um regime de separação de poderes, os problemas de legitimidade mencionados não precisam ser enfrentados *necessariamente* a partir do papel que esses instrumentos metodológicos podem desempenhar para a justificação de decisões. Por esse motivo, o segundo plano de tensões entre, de um lado, proporcionalidade e AIR e, de outro, a separação de poderes merece maior atenção dentro da proposta deste trabalho. Como anunciado, a questão relevante neste ponto é saber se os dois procedimentos, por razões estruturais, inclinam naturalmente a atividade de controle *judicial* para a *revisão* de decisões de outras instituições (ou, pelo menos, não impõem ônus de argumentação elevados para justificar a revisão), ou se ambos são capazes de justificar também opções de deferência.

2.2.4.2. Deferência e discricionariedade epistêmica

No caso da proporcionalidade, esse é um dilema já mapeado. Críticos e defensores da ponderação desenvolvem argumentos para sustentar a compatibilidade, ou não, dos exames de adequação, necessidade e, especialmente, de proporcionalidade em sentido estrito com o respeito a margens de conformação legislativas. Para tornar uma longa história curta, se é verdade que o modelo de ponderação leva a juízos arbitrários e

irrefletidos (HABERMAS, 1992), não havendo controle possível dos juízos de valor empreendidos durante o seu processo de aplicação, o uso indiscriminado da proporcionalidade poderia, no limite, levar à onipotência judicial. Nesse cenário de ceticismo a respeito da racionalidade da proporcionalidade, o legislador perderia a sua autonomia, na medida em que juízes poderiam, sempre que julgassem adequado, rever as suas decisões com base no que eles entendessem ser a composição ótima entre princípios colidentes. O trabalho legislativo – e também da Administração – estaria sempre sujeito à aprovação *ex post* em um teste de proporcionalidade desenvolvido no Judiciário, sem que se reconheçam espaços para discricionariedade. Isso porque, após um exame judicial de proporcionalidade, ou a decisão legislativa/administrativa seria válida porque reconhecidamente otimizaria princípios em colisão, ou inválida pela constatação de ela não produzir esse resultado. O que deveria funcionar no Judiciário como processo de *aplicação* do direito, acaba sendo apresentado, na prática judicial, como fruto de *cognição*, o que elimina qualquer margem para escolhas de outras instituições (JESTAEDT, 2012).

Essas margens de discricionariedade podem estar relacionadas a diferentes sentidos. Por um lado, o que pode estar em jogo é o reconhecimento de margens de conformação *estruturais*. Elas existem quando, do ponto de vista do sistema normativo vigente, é possível identificar espaços entre aquilo que o constituinte exigiu ou proibiu (ALEXY, 2008). Em uma outra formulação, existe discricionariedade estrutural quando a decisão legislativa ou administrativa diz respeito àquilo que não está expressamente proibido ou obrigado pelo direito. Nessa zona, as escolhas podem ser feitas e o Judiciário deveria respeitá-las. Controvertido, portanto, é se a proporcionalidade, quando operacionalizada para a revisão judicial de escolhas de outros poderes, é capaz de levar ao reconhecimento desses espaços de escolha.

A existência de margens de conformação estruturais, porém, não é um problema central para a discussão sobre a

compatibilidade da revisão judicial de decisões legislativas ou administrativas sustentadas sobre AIRs com deferência. Mais útil para aproximar os dilemas da compatibilidade entre deferência, AIR e proporcionalidade é, na verdade, explorar até que ponto tanto a proporcionalidade quanto a AIR podem conduzir ao reconhecimento de margens de discricionariedade *epistêmica*. Elas são de especial relevo quando o que se discute é o controle judicial das prognoses capazes de informar tanto as análises prospectivas relacionadas à proporcionalidade, como as relacionadas à AIR. Nesse caso, a discricionariedade técnica relevante é a que diz respeito ao conhecimento *empírico*.

De fato, instrumentos metodológicos que erguem a pretensão de conduzir processos decisórios orientados para o futuro dependem, porque envolvem uma dimensão positiva, da confiabilidade de afirmações sobre os efeitos esperados de alternativas de decisão. E o conhecimento das possíveis conformações da realidade pode depender de estudos técnicos amparados em análises econométricas, em métodos aplicados nas ciências sociais ou no estado de evolução do conhecimento científico disponível em áreas determinadas, como a medicina ou a engenharia. Por esse motivo, raramente a formação jurídica tradicional terá algo a dizer sobre a confiabilidade das prognoses desenvolvidas na dimensão positiva de raciocínios consequencialistas. O mesmo, a propósito, também vale para a sustentação de relações de causalidade ou correlação em raciocínios teleológicos. Dadas essas limitações, é possível desconfiar *a priori* das credenciais epistêmicas dos juízes para apreciar a validade das prognoses que lhes são apresentadas ou para buscar, eles mesmos, as informações necessárias para determinar qual é a alternativa de decisão mais apropriada para lidar com um determinado desafio regulatório.

No âmbito da proporcionalidade, Alexy reconhece que “os exames da adequação e da necessidade dizem respeito a uma relação meio-fim, cuja avaliação frequentemente suscita difíceis problemas de prognósticos” (ALEXY 2008). Além disso, a própria proporcionalidade em sentido estrito,

se operacionalizada pela fórmula do peso², também coloca desafios cognitivos severos a juízes, notadamente no desenvolvimento das cadeias de argumentação envolvidas na consideração da confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a promoção e a restrição dos princípios em colisão (a terceira fração da fórmula). Como já dito, nessa etapa da ponderação existe uma tendência “a aumentar perigosamente os níveis de incerteza de processos decisórios reais, na medida em que a solução de uma questão jurídica pode exigir conhecimentos extrajurídicos, cuja validade ou confiabilidade estão sujeitas aos critérios fixados pela ciência para a atribuição de predicados como ‘seguro’, ‘plausível/defensável’ ou ‘não evidentemente falso’, exatamente os parâmetros de valoração sugeridos pela fórmula para a operacionalização da fração Si/Sj” (LEAL, 2014, p. 201). Lidar com esse risco depende do estabelecimento de regras *procedimentais* que permitam transições estáveis das incertezas da ciência para o direito ou de um modelo de *deferência*, pois, “quando isso não é feito (...) coloca-se (...) o tomador de decisão na desconfortável posição de um pretenso conhecedor e mediador – quase sempre como um árbitro despreparado – de disputas não apenas jurídicas, mas também científicas” (LEAL, 2014, p. 202).

2 A fórmula do peso (Gewichtsformel) é a expressão de um esquema de justificação que ergue a pretensão de estruturar a argumentação em torno da orientação sugerida pela lei de sopesamento. De acordo com a referida lei “quanto maior o grau de não realização ou restrição de um princípio, maior deve ser a importância de realização do outro”. Cf. ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel, in: J. Jickeli, P. Kreutz und D. Reuter (Org.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein. Berlin: De Gruyter Recht, 2003, p. 771-779, p. 772. A fórmula é composta por três frações que pretendem medir (i) o grau de restrição dos princípios em colisão (Ii/Ij), (ii) a relação entre os pesos abstratos dos princípios envolvidos (Gi/Gj) e (iii) a confiabilidade das premissas empíricas sobre o que a não implementação da medida sob consideração implica para a realização e não realização dos princípios imbricados (Si/Sj). Cf. Alexy, Die Gewichtsformel, op. cit., p. 790. Esses fatores são avaliados por meio de uma escala triádica, de acordo com a qual os graus leve, médio e grave podem ser atribuídos a cada parte da fração. A expressão reduzida da fórmula, sendo Gi,j o peso concreto de um princípio Pi relativamente a um princípio Pj, é:

$$G_{i,j} = I_i \cdot G_i \cdot S_i \\ I_j \cdot G_j \cdot S_j$$

No caso de revisão judicial de escolhas regulatórias baseadas em prévias AIRs, não há motivo para se desconfiar de que problemas semelhantes possam ocorrer. É verdade, antes de tudo, que AIR e proporcionalidade se diferenciam por exercerem papéis diferentes nos processos de justificação de eventuais revisões de escolhas regulatórias. Isso porque, enquanto a AIR não é desenvolvida por excelência no Poder Judiciário, que pode ser chamado a invalidá-la em razão da sua inconsistência técnica, o exame de proporcionalidade é, não raro, iniciado pelo próprio órgão jurisdicional, que pode se colocar na situação de ter que, no controle de constitucionalidade, ativamente buscar as informações técnicas para sustentar os seus juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essa necessidade inspira no caso brasileiro, por exemplo, a convocação de audiências públicas para a oitiva de especialistas sobre determinado tema para compensar eventuais déficits epistêmicos dos ministros do STF. Independentemente dessa distinção, contudo, nos dois exames os problemas centrais podem se resumir a *se* juízes devem escrutinizar as razões apresentadas em favor de uma decisão tomada por outra instituição (notadamente uma decisão regulatória) e *como* eles deveriam lidar com informações técnicas – não raro em relação de conflito – para tomar uma decisão a respeito da necessidade de manutenção ou revisão de uma escolha anterior feita pelo Legislativo ou pelo Executivo.

A justificativa da centralidade dos problemas envolvendo discricionariedade epistêmica para a aproximação entre AIR e proporcionalidade, porém, exige que se dê alguns passos atrás. Pensando especificamente na realidade norte-americana do controle judicial de escolhas regulatórias, considerações sobre a AIR e a ACB que deveria operacionalizá-la são relevantes em *três* contextos distintos. No primeiro, o Judiciário é instado a se manifestar a respeito do próprio emprego de uma AIR para a edição de uma nova regulação. Isso porque regras vigentes podem obrigar a realização de uma AIR (como no caso brasileiro após a promulgação, por exemplo, da nova lei das agências),

proibi-la ou serem silentes sobre a sua necessidade (CECOT; VISCUSI, 2015). Especialmente nessas áreas cinzentas, pode ser o caso de juízes terem que se manifestar a respeito da viabilidade de uma AIR e considerar se, em razão das complexidades do tema (em análise mais *estática*, focada no problema concreto) ou após a apreciação relativa de capacidades institucionais (em análise mais *dinâmica* preocupada com variáveis institucionais), os benefícios associados à sua exigência superam os custos de empreendê-la. Neste aspecto, o que está sob discussão é a adequação de uma postura de deferência nos casos em que juízes são chamados a decidir sobre a validade de escolhas regulatórias quando não é certo se o direito exige ou não a AIR em determinada situação. No limite, o que se discute é se é justificável o reconhecimento de margens de discricionariedade para que agências possam decidir arbitrariamente (SUSTEIN, 2017). Este seria um problema de discricionariedade *estrutural* relacionado ao emprego do próprio método, algo que não se coloca como tema relevante em discussões acadêmicas ou jurisprudenciais em relação à proporcionalidade.

No segundo contexto, o Judiciário pode ser provocado a apreciar uma escolha regulatória que não se baseou nos estudos desenvolvidos pelos técnicos da própria agência reguladora. No pior cenário, pode ser que juízes tenham que apreciar a razoabilidade de uma escolha regulatória *contrária* à recomendação do seu corpo técnico. Ironicamente, o que está em jogo neste ponto, no limite, é a justificação de deferência judicial a uma decisão administrativa *não deferente* aos resultados obtidos pelo corpo técnico que desenvolveu uma AIR. Para colocar em outros termos, pode ser que o Judiciário seja chamado a recorrer a uma AIR desenvolvida na agência contra a sua própria decisão de não se basear nela (CECOT; VISCUSI, 2015). Há, nesses casos, uma apreciação *indireta* da AIR, orientada no seu caráter persuasivo à luz das evidências apresentadas favorável ou contrariamente à escolha regulatória derrotada pela decisão política final (CECOT; VISCUSI, 2015). Embora problema semelhante

já tenha sido apreciado entre nós – ainda que centrado na apreciação da deferência, ou não, pelo Tribunal de Contas da União aos pareceres do seu próprio corpo técnico–, nada parecido se coloca em relação à aplicação da proporcionalidade.

No terceiro caso, finalmente, juízes podem ser chamados a rever a adequação da própria AIR feita em âmbito legislativo ou executivo (CECOT; VISCUSI, 2015). Neste plano se coloca o problema por excelência da compatibilidade entre revisão judicial e separação de poderes e, nesse dilema, o papel desempenhado por certos instrumentos metodológicos, como AIR e proporcionalidade, para justificar posturas judiciais menos deferentes a decisões de outras instituições.

Seria intuitivamente possível afirmar que o referido problema afetaria mais as relações entre proporcionalidade e separação de poderes do que entre esta e a AIR. Isso porque, como já mencionado, enquanto a proporcionalidade é quase sempre desenvolvida pela primeira vez durante o processo de revisão judicial, a AIR que é levada à apreciação judicial é com frequência produto de um processo de justificação iniciado fora do Judiciário. Uma consequência relevante deste fato que eleva os potenciais déficits de legitimidade do manejo judicial da proporcionalidade é a percepção judicial de que há menos limites para, após a realização do teste de proporcionalidade, a *substituição* da escolha legislativa ou executiva por outra (STONE; MATHEWS, 2008), ao passo que o efeito natural associado à invalidação de uma AIR é simplesmente o retorno ao *satus quo ante* (CECOT; VISCUSI, 2015).

Há, no entanto, razões para desconfiar dessa hipótese. Após a análise de uma amostra de trinta e oito casos em que cortes federais dos EUA revisaram uma ACB desenvolvida por uma agência, Cecot e Viscusi (2015) concluíram que, em cerca de quarenta por cento dos casos, a corte criticou ao menos alguma parte da análise, apontando erros às vezes até de maneira agressiva. Esse tipo de achado empírico revela como é possível juízes se sentirem à vontade para revisar, mesmo diante de uma AIR previamente realizada, juízos técnicos feitos por órgãos que,

ao menos do ponto de vista do desenho institucional, deveriam ser considerados como detentores de maiores capacidades para projetar custos e efeitos de alternativas regulatórias. Por esse motivo, parece justificado por que o reconhecimento de discricionariedade epistêmica é o principal tema que aproxima tanto as revisões judiciais de prévias AIRs como as que se estruturam em torno dos exames de proporcionalidade. Assim, se fazem sentido as críticas direcionadas à proporcionalidade, nada leva a crer que as mesmas objeções possam ser levantadas à atividade judicial de crítica *interna* a uma AIR.

Nos EUA, apesar do percentual elevado de revisão apresentado, juízos e tribunais parecem cientes do problema. O padrão básico de escrutínio aplicado destina-se a apreciar se a decisão da agência é arbitrária ou caprichosa. Tal standard recomendaria deferência quando agências fossem capazes de mostrar que as suas previsões são feitas com base nas evidências técnicas e científicas disponíveis (CECOT; VISCUSI, 2015). Isso não significa, porém, que, em certas circunstâncias, o escrutínio não seja rigoroso. Sunstein, por exemplo, argumenta que, enquanto a Suprema Corte, ainda que esporadicamente se movimenta para além de uma postura minimalista na intensidade do controle de decisões regulatórias, tende a ser mais deferente a escolhas do Executivo, a corte de apelação do distrito de Columbia tende a ser bem mais exigente, chegando perto de abraçar uma visão maximalista (SUNSTEIN, 2017). A análise qualitativa de Cecot e Viscusi, por sua vez, indica que há pelo menos três tipos de falhas que podem derrubar uma decisão regulatória baseada em uma ACB: quando o escopo da análise é inadequado (frequentemente associado à desconsideração pela agência de importante aspecto do problema, incluindo aqueles exigidos por lei); quando a metodologia empregada na análise ou suas suposições desafiam evidências científicas; e quando a agência não divulga as suposições ou metodologia da análise para partes interessadas (CECOT; VISCUSI, 2015), o que pode restringir a participação ou consideração de interesses de agentes afetados, atual ou potencialmente, pela decisão regulatória.

É claro que, nesses universos, excetuado o terceiro tipo de problema, que envolve considerações procedimentais relacionadas à *transparência* da própria análise, há diversas brechas para controles substantivos mais profundos. Antes de tudo, *standards* de controle substantivos podem ser calibrados em função simplesmente de diferentes visões que juízes, legisladores e administradores possam ter a respeito dos padrões que uma boa regulação deveria observar e, em razão disso, que tipo de informação e com que qualidade elas deveriam ser produzidas e apresentadas em uma AIR. Além disso, reduzindo o foco ao que foi enunciado, *o que é* um aspecto importante do problema ou *o que significa* desafiar evidências técnicas ou métodos considerados científicos são perguntas que podem ser respondidas de distintas maneiras. E aqui, assim como nas discussões a respeito de como “preencher” os percursos de argumentação postos pelo exame de proporcionalidade (incluídos os roteiros condensados na fórmula do peso de Alexy), há os mesmos riscos de entrada de *junk science* em processos de revisão judicial de escolhas regulatórias e de elevação de juízes à condição de árbitros despreparados de disputas científicas relacionadas a métodos e conhecimentos não propriamente jurídicos. Aparte as análises comparativas sobre virtudes e limites de juízes, legisladores, controladores e reguladores que deveriam inspirar análises sobre as capacidades institucionais *reais* de agentes públicos que podem ser chamados a decidir em espaços de indeterminação de competências (ARGUELHES; LEAL, 2011), lidar com essas dificuldades dependeria da criação e da institucionalização estável no Judiciário de critérios mais precisos – especialmente de natureza procedimental – (i) para a apreciação da qualidade das AIRs, (ii) para a definição dos erros e incertezas acomodáveis pelo direito e (iii) para a aferição das credenciais de especialistas que podem concretamente divergir.

É certo, finalmente, que juízos mais criteriosos não estão necessariamente associados a posturas judiciais ativistas. Pode ser que uma explicação possível para o excesso de revisão judicial

de escolhas regulatórias em um dado arranjo institucional esteja relacionado à *baixa qualidade* das AIRs desenvolvidas (BALDWIN, 2010), e não necessariamente a uma inclinação generalizada de atuação mais invasiva por parte dos juízes ou à construção, pelo Judiciário, de parâmetros excessivamente exigentes para a aferição da razoabilidade de uma decisão legislativa ou executiva. Da mesma forma, invalidações frequentes orientadas na proporcionalidade podem expressar apenas a pouca atenção que legisladores e administradores dão às restrições que suas decisões implicam a direitos fundamentais. Apesar das críticas de que muito possibilitam para a expansão da subjetividade das cortes, a simples possibilidade de serem úteis para o aumento da qualidade das escolhas regulatórias torna a proporcionalidade e a AIR mecanismos úteis, em uma leitura mais otimista, para a melhoria da qualidade das decisões que podem ser levadas à revisão judicial.

2.2.5. Pretensão de neutralidade e politização

2.2.5.1. Localização dos problemas

Como antecipado, grande parte do apelo para a utilização e expansão da AIR e da proporcionalidade se extrai da associação dos procedimentos de justificação postos por cada um deles com epítetos como “racional”, “neutro”, “objetivo” e “científico”. Graças a essas relações, ambos não seriam permeáveis aos juízos políticos nem aos vieses das instituições que os desenvolve. Por esse motivo, nem a proporcionalidade nem a AIR poderiam ser instrumentalizados para a realização de preferências pessoais dos tomadores de decisão. Tampouco poderiam ser os dois afetados por erros de julgamento decorrentes de déficits cognitivos de reguladores, juízes, legisladores e controladores que deles se servem para orientar as suas decisões.

Críticos, no entanto, problematizam os potenciais dos dois instrumentos para, de fato, neutralizar vieses e impedir manipulações. Por trás das pretensões de neutralidade e racionalidade

da AIR e da proporcionalidade haveria um otimismo ingênuo em relação aos potenciais, respectivamente, de *roteiros de argumentação jurídica* para orientar a justificação de juízos de valor e da *ciência moderna* para, por meio de métodos amplamente aceitos na comunidade que os emprega, validar a produção de conhecimento objetivo (LEAL, 2014). No fundo, os problemas da proporcionalidade se reconduziriam à confiança extrema que inspira os seus pressupostos normativos de controlabilidade de disputas sobre a realização de objetivos colidentes, enquanto os problemas da AIR se localizariam nas suas raízes epistemológicas tecnicistas.

O que há de comum entre as duas críticas é, no fundo, o ataque à crença de que é possível obter conhecimento a partir de uma sequência organizada de passos capazes de anular as expectativas e preferências de quem é chamado a aplicá-los. Mas não só isso, problematizam-se igualmente os pressupostos básicos de operacionalização desses procedimentos para que se possa assumir a sua aptidão para conduzir a resultados objetivos. Eles seriam dois: o recurso a *idealizações* e a evocação de um único *decisor de referência* para a sua aplicação (HERTIN *et al*, 2009), que funcionariam como pontos para a aproximação entre “um mundo perfeito” e a realidade.

De fato, tanto proporcionalidade quanto AIR compartilham esses pressupostos. Quanto à proporcionalidade, ainda que os esforços de refinamento de Robert Alexy para a compreensão da sua estrutura não o levem a cair na armadilha de criação de um algoritmo de decisão que leve a resultados únicos (LEAL, 2014), permanece, nas fronteiras da teoria, a esperança de que procedimentos sistematizados de justificação, como a fórmula do peso, sejam capazes de identificar o tipo e a forma das premissas consideradas necessárias para justificar o resultado de uma colisão de princípios de uma maneira tal que não seja, ela mesma, permeável a subjetividade (ALEXY, 2003). As idealizações, por sua vez, aparecem quando se destaca o trabalho de elaboração intelectual que orienta a aplicação dos seus exames. Embora

reconhecida como uma estrutura de justificação derivada da prática do tribunal constitucional federal alemão, a elaboração da sua estrutura pela teoria e a sua proposta de retornar essa “estrutura lapidada” à práxis decisória para reorientá-la, a partir de seus próprios insumos, são repletos de normatividade. Há, em cada modelo imaginado de aplicação da proporcionalidade, concepções sobre como *devem* ser definidos princípios jurídicos, sobre como *deve* se dar a intensidade de análise de cada um dos exames, sobre qual *deve* ser o referencial no qual *deve* se inspirar o processo de justificação, sobre qual *deve* ser o papel do juiz quando a aplica, sobre qual *deve* ser o papel da jurisdição constitucional orientada nos seus três exames na democracia e, no limite, sobre qual *deve* ser a melhor maneira de captar a natureza do direito (ALEXY, 2009). Finalmente, a pressuposição de um decisor de referência se faz presente quando os debates sobre a sua aplicação se referem a abstrações como “o judiciário” ou “o legislador”.

Nada muito diferente ocorre quando as atenções se voltam para a AIR. Neste universo, porém, em vez de as idealizações e as simplificações resultarem, como no caso da proporcionalidade, do excesso de normatividade que inspira a construção de diversas teorias-padrão da justificação de decisões jurídicas preocupadas com a controlabilidade de juízos de valor de decisores institucionais (como juízes, legisladores e administradores), os problemas derivam de perspectiva epistemológica considerada útil para aprimorar decisões políticas. Também chamada de *positivista* – embora distante do que se possa chamar de positivismo jurídico (GARDNER, 2001) –, essa perspectiva se sustenta sobre a possibilidade de obtenção de conhecimento sobre a realidade sem a influência de juízos de valor. Esse conhecimento, considerado objetivo, retiraria as suas credenciais da possibilidade de sua validação *científica*, o que significa basicamente torná-lo produto da aplicação de uma metodologia sólida voltada para a *descoberta* da realidade. Essa metodologia se deixa captar basicamente por meio de um processo linear organizado em torno de passos

analíticos que espelham as fases de um processo de solução de problemas (HERTIN *et al*, 2009). E é o rigor metodológico que garante o distanciamento do pesquisador, a replicabilidade do estudo e, portanto, a confiabilidade de testes de hipóteses ou esforços de falsificação de explicações sobre como o mundo é ou funciona. Assim, esse positivismo científico “sustenta a separação de fatos e valores porque a acumulação do conhecimento deve ocorrer independentemente das preferências e expectativas do pesquisador” (SHAPIRO; SCHROEDER, 2008, p. 439). Além disso, esse modelo esquemático de obtenção e validação de conhecimento empírico se constrói também sobre idealizações. Ele, por um lado, assume que a racionalidade de um processo pode ser determinada relativamente ao modo como decisões teriam sido tomadas em um mundo perfeito e, por outro, remete as suas recomendações a um agente unitário de referência, como “o pesquisador”, “o expert”, “o cientista” ou “o técnico” (HERTIN *et al*, 2009, p. 414).

Sobre essas bases, a AIR traria ao processo de justificação de escolhas regulatórias ares de objetividade naquilo que se mostra o principal problema de análises consequentialistas: a aferição da qualidade das prognoses que moldam a dimensão positiva do raciocínio. Se uma AIR depende da antecipação dos efeitos no mundo esperados de diferentes alternativas de decisão (sejam eles medidos em termos de custos e benefícios ou não), a ciência se apresenta naturalmente como a mais promissora candidata para orientar essa tarefa. A sua capacidade de sustentar escolhas políticas sobre métodos alegadamente neutros e reconhecidamente robustos entre os participantes da comunidade dentro da qual são empregados para se obter conhecimento sobre a realidade funcionaria como uma blindagem contra potenciais objeções de subjetividade e arbitrariedade dos resultados dessas decisões. A fé na ciência se converte, assim, em otimismo exagerado em relação aos potenciais da AIR de levar a decisões que promovam, da melhor maneira possível, objetivos sociais relevantes, como o bem-estar. A presunção de tecnicidade e racionalidade de escolhas públicas seria, no fundo, uma maneira de lidar com os seus eventuais déficits de *legitimidade*.

A mesma história se aplica à proporcionalidade. Seu rápido avanço se justifica prioritariamente sobre a sua aptidão para conduzir, de forma metodologicamente organizada, processos de decisão que envolvem objetivos jurídicos importantes em relação de conflito. Na versão provavelmente mais extrema dessa pretensão, Alexy afirma semelhanças estruturais entre a subsunção, governada pela lógica, e a ponderação, governada pela aritmética, como se fosse possível chegar perto da confecção de uma “lógica dos juízos de valor” (ALEXY, 2003, p. 448). É a crença de que o método é capaz de garantir racionalidade aos resultados de problemas concretos dessa natureza, mantendo decisões, sobretudo judiciais, sob controle crítico, que (i) inspira o investimento dos seus defensores em aprimoramentos constantes e (ii) suporta a crítica de mau uso por tomadores reais de decisão em resposta a alegações de supostos déficits estruturais. Assim como a AIR, a proporcionalidade garantiria a maior neutralidade possível para decisões que buscam harmonizar objetivos em tensão – incluindo aquelas que implicam a invalidação ou até a substituição de uma escolha de outro poder –, o que também lhe tornaria peça central para lidar com dilemas de legitimidade em regimes políticos organizados em torno de um ideal de separação de poderes. Não é por outra razão que a proporcionalidade já foi caracterizada como “*the ultimate rule of law*” (BEARRY, 2004). Esse apelo à neutralização, ainda que parcial, de juízos de valor se torna mais forte, finalmente, quando os exames de adequação e de necessidade e as variáveis da fórmula do peso (notadamente a fração S_i/S_j , que diz respeito à confiabilidade das premissas empíricas que fundamentam a promoção e a restrição dos princípios colidentes) incorporam opiniões de especialistas e de conhecimentos validados pela ciência. Nesse momento, os potenciais de roteiros de argumentação para contribuir para a objetividade de juízos de valor são complementados pela confiança depositada na ciência para fornecer conhecimento também pretensamente objetivo sobre o mundo.

Todo o discurso desenvolvido para justificar a neutralização da influência de preferências pessoais sobre o manejo da AIR e

da proporcionalidade, contudo, não se mostra suficientemente convincente para eliminar críticas de *politização* desses instrumentos. A crítica compartilhada é facilmente perceptível quando se localiza em obras diferentes recursos à mesma metáfora do “cavallo de Troia” para sustentar como, na prática, as pretensões de objetividade dos dois métodos são facilmente apropriadas para escamotear atitudes conscientes de instrumentalização por parte dos decisores que deles se servem. Assim, em vez de funcionarem como *limites* para escolhas de agentes públicos, eles se tornariam, em razão de sua aptidão para garantir uma roupagem de racionalidade para praticamente qualquer decisão, mecanismos de elevado potencial para possibilitar a opção por preferências políticas e para justificar expansão de poder. Desvirtuados pela instrumentalização, eles, por um lado, favoreceriam posturas ativistas de juízes e controladores, enquanto, por outro, legitimariam escolhas arbitrárias de legisladores e reguladores.

2.2.5.2. Justificando as críticas

As bases para as críticas de politização nos dois casos estariam (i) na *falta de acurácia* suficiente para aferir eficiência (no caso da AIR) ou otimização (para a proporcionalidade) e (ii) na permeabilidade a *viéses* dos seus aplicadores pelo fato de a operacionalização dos seus percursos de justificação depender de inferências e pressupostos maleáveis (SHAPIRO; SCHROEDER, 2008).

Em relação à AIR, estudos empíricos revelam que custos e benefícios são parcamente estimados nas análises desenvolvidas nos EUA, assim como evidenciam o uso limitado de ferramentas sofisticadas de avaliação de impacto em países europeus (RADAELLI; DE FRANCESCO, 2010). É claro que esse diagnóstico pode ser produto de um mau uso do instrumento de análise, e não uma consequência decorrente de um problema estrutural. Sem embargo, a simples possibilidade de uma AIR poder ser desenvolvida abaixo dos padrões fixados nos *guidelines* (RADAELLI; DE FRANCESCO, 2010) já sugere a sua fraqueza

para, de fato, conduzir, com a racionalidade e a neutralidade esperadas, processos reais de decisão regulatória. Nada obstante, limites mais profundos para a realização, com a qualidade esperada, das análises de custo-benefício que orientam as AIRs nos EUA estão associados (i) à capacidade e à precisão de teorias disponíveis *quantificarem* monetariamente riscos e benefícios regulatórios (SHAPIRO; SCHROEDER, 2008) e (ii) de essa *monetização* superar, em casos mais complexos, possíveis problemas de *comensurabilidade* entre bens que podem ser promovidos ou restringidos por meio de uma escolha regulatória. Na Europa, em que outros objetivos para além da eficiência são considerados para a justificação de uma escolha regulatória, debates sobre incomensurabilidade podem ganhar um significado ainda maior.

Problemas de incomensurabilidade e limites anunciados para captar com rigor todas as variáveis relevantes que possam afetar um processo de otimização de princípios em colisão também aparecem quando a racionalidade da proporcionalidade é colocada em xeque. Críticos, em relação ao primeiro problema, sustentam que, apesar de a operacionalização adequada da proporcionalidade pressupor a comensurabilidade ou a possibilidade de comparação de valores como liberdade de expressão e privacidade, sua estrutura é *insuficiente* para permitir uma apreciação não arbitrária de graus de promoção e restrição desses objetivos. Sendo assim, a ponderação de princípios envolveria fundamentalmente a priorização das preferências dos tomadores de decisão que a ela recorrem. Ao mesmo tempo, a proporcionalidade não seria apta para organizar racionalmente processos de justificação por ser incapaz de determinar resultados de análises funcionalistas e limitar as margens de subjetividade dos seus aplicadores. Restaria, por conseguinte, apenas caracterizá-la como decisionista (SCHLINK, 2001) ou uma “varinha mágica” capaz de produzir pseudoconsensos (LEISNER, 1997, p. 6). Como se percebe facilmente, o cerne da crítica é o mesmo das objeções apresentadas direcionadas à AIR: a denúncia da incapacidade de ambos funcionarem como mecanismos neutros capazes de produzir resultados objetivos ou científicos.

Quanto à influência de vieses, é possível localizá-la basicamente em dois momentos quando o foco recai sobre a AIR: (i) no enquadramento do problema regulatório e (ii) no seu papel para neutralizar inclinações naturais de atores políticos. Na primeira dimensão, o resultado do desenvolvimento de uma AIR pode ser afetado pelo modo como o decisor define o problema regulatório, indica as alternativas de decisão e seleciona os tipos relevantes de impacto, os métodos de avaliação (o que pode orientar a AIR para análises mais quantitativas ou qualitativas) e as escalas temporais para a identificação das consequências a serem apreciadas (HERTIN *et al*, 2009). Essas são escolhas *anteriores* à própria AIR que podem decorrer de preferências políticas do analista, mas que não conseguem ser por ela controladas (SHAPIRO; SCHROEDER, 2008). O risco, por isso, como ressaltam Radaelli e de Francesco, está na utilização da AIR para a promoção “das agendas políticas ocultas de reguladores por trás de um falso verniz de objetividade” (RADAELLI; DE FRANCESCO, 2010, p. 291). Na segunda dimensão, o problema se localiza na incapacidade de a AIR, por si só, impedir que instâncias revisoras inclinadas politicamente a enfraquecer as recomendações de órgãos reguladores (ou a reforçá-las) atuem de maneira neutra. O primeiro caso, por exemplo, parece ser o da OMB nos EUA (RADAELLI; DE FRANCESCO, 2010).

Críticos da proporcionalidade chegam, por caminhos diferentes, a resultados semelhantes. A identificação das circunstâncias concretas que preenchem o âmbito de incidência da regra da proporcionalidade também depende da superação de uma série de perguntas cujas respostas podem evidenciar preferências teóricas e políticas capazes de interferir decisivamente no resultado da disputa jurídica que exige a sua aplicação. As mais importantes dessas perguntas envolvem a identificação (i) do que é um princípio jurídico, (ii) de se, em um caso concreto, princípios, de fato, colidem e (iii) de quando princípios estão em uma relação de concorrência. E as respostas para as três perguntas podem ser controvertidas. No caso

das duas últimas existe ceticismo a respeito da própria capacidade de a teoria dos princípios de Alexy, considerada o produto mais elaborado de uma agenda intelectual preocupada com o refinamento da estrutura e do modo de aplicação dessas normas, fornecer essas respostas (JESTAEDT, 2012). Quanto aos vieses, eles decorreriam naturalmente do reconhecimento de que juízes podem ser agentes políticos cujas preferências inclinam suas decisões para determinados sentidos quando seus interesses estão em jogo (PETERSEN, 2017). Isso passa, inclusive, pela própria seleção dos princípios em colisão. Recorrer a princípios mais importantes, como a dignidade humana, e não a um dos seus corolários, pode naturalmente inclinar os pratos da balança para um determinado resultado. Dada, ademais, a impossibilidade de a proporcionalidade satisfazer na realidade elevadas aspirações de neutralidade e objetividade, ela não conseguiria impedir a sua própria manipulação para a justificação de resultados que, no fundo, expressariam nada mais do que as visões políticas dos seus aplicadores.

Em qualquer um dos casos, as críticas denunciam uma assimetria entre, de um lado, as pretensões construídas a partir dos pressupostos normativos e científicos das teorias jurídicas e da perspectiva epistemológica que informam a melhor versão possível, respectivamente, da proporcionalidade e da AIR e, de outro, a permeabilidade de ambas à politização. Se esse é um problema digno de ser enfrentado, é porque, por trás das objeções formuladas, existe uma alegada incapacidade dos dois instrumentos para conduzir processos decisórios *reais* em razão dos seus excessos de *idealização*. A principal consequência dessa constatação está na possibilidade de construção de críticas em sentidos *opostos* aos potenciais da AIR e da proporcionalidade para realizarem efetivamente as suas promessas de redução da discricionariedade decisória de agentes públicos. Como visto neste tópico, por um lado, excesso de idealização pode sugerir *carência* de racionalidade. No entanto, nada impede que, por outro lado, também se possa criticar as vocações reais de métodos exigentes como expressões de delírios racionalistas. Nesse

quadro, posicionar a proporcionalidade e a AIR entre os extremos da irracionalidade e da soberracionalidade é central para que se possa definir o seu papel *possível* para a condução de processos decisórios de formação e revisão de escolhas regulatórias. Isso nos conduz ao último cenário de exploração das distinções e aproximações específicas entre as duas metodologias de justificação.

2.2.6. Operacionalização e idealização: como escapar de objeções de soberracionalidade?

Como já sustentado, as críticas mais severas que podem ser direcionadas à utilidade esperada da proporcionalidade apontam para as suas aspirações hiper-racionalistas, reveladas nas suas pretensões de aproximar o real do ideal em um mundo repleto de limitações. O cerne da objeção parte do reconhecimento de que as objeções de sub-racionalidade não atingem o alvo quando uma teoria dos princípios que investe em metodologias de decisão como a proporcionalidade e a fórmula do peso é colocada em evidência. Quando se considera a aptidão desses mecanismos para (i) “tornar os juízos de valor efetuados por tomadores de decisão nos procedimentos de ponderação mais claros, organizados, transparentes e compreensíveis” (ainda que não plenamente objetivos), (ii) controlar a discricionariedade do tomador de decisão por meio de cadeias estruturadas de argumentação capazes de, pelo menos, excluírem certos resultados como possíveis e quando (iii) os mesmos sentidos de qualificadores como “certo”, “objetivo” e “racional” são aplicados tanto à proporcionalidade e seus refinamentos como a outros candidatos que almejam orientar a decisão jurídica – impedindo, desse modo, falácias comparativas –, o resultado que se obtém é o de constatação de ser possível atribuir, mesmo em um sentido mais fraco, *racionalidade* à ponderação. Além disso, é igualmente possível sustentar que os instrumentos metodológicos desenvolvidos para orientá-la, quando comparados com outras alternativas,

não são menos racionais do que os seus concorrentes, “que estão longe da certeza matemática e da certeza verificável” (LEAL, 2014, p. 185).

Se, portanto, a objeção da irracionalidade pode ser combatida, resta apreciar se o que a proporcionalidade é capaz de oferecer não cria condições para uma percepção equivocada de ser ela muito mais racional do que outros candidatos. Nesse cenário, o risco maior está na perda da consciência dos limites efetivos de um instrumento de justificação para conduzir processos decisórios reais. Quando isso ocorre, o que poderia funcionar como mecanismo limitadamente racional de justificação pode se transmutar em uma fonte incalculável de incerteza. Esse paradoxo ocorre exatamente quando a crença ilusória na onipotência da proporcionalidade para produzir resultados racionais leva ao seu uso indiscriminado, mesmo quando desnecessário, com a consequente desconsideração dos custos de decisão e de erro associados à sua operacionalização (LEAL, 2014).

2.2.6.1. Os fundamentos da crítica

As causas para esse fenômeno estariam associadas essencialmente a dois problemas: (i) as afirmadas aproximações estruturais entre subsunção e ponderação e (ii) o possível caráter excessivamente exigente, do ponto de vista epistêmico, das variáveis da fórmula do peso. No primeiro aspecto, a afirmação de que tanto ponderação como subsunção são esquemas de decisão que se organizam em torno de premissas que levam a uma conclusão (ainda que, como já dito, a primeira seja governada pela lógica e a segunda pela aritmética (ALEXY, 2003)), pode levar à crença de que ambos são igualmente racionais, a ponto de não ser um problema transitar livremente de um modelo de justificação para o outro. Com isso, o que está em jogo é a capacidade de regras, notadamente por suas referências textuais, serem capazes de, por si sós, guiarem o comportamento dos seus destinatários (SCHAUER, 2012). Assumida a proximidade

estrutural e níveis similares de racionalidade dos resultados da ponderação e da subsunção, haveria incentivos para um *particularismo* endêmico na prática decisória, *i.e.* para a consideração constante de todas as circunstâncias relevantes de cada caso para a justificação de uma decisão, e não apenas daquelas selecionadas previamente por uma regra aplicável no caso. Isso porque, assumida a proximidade estrutural, parece difícil justificar como uma teoria dos princípios que sublinha mais as semelhanças do que as diferenças entre os dois esquemas formais de justificação seria capaz de tornar as razões fornecidas por regras *suficientes* para a decisão, em detrimento do resultado de um teste holístico de sua adequação para promover o melhor resultado para o caso concreto (SCHAUER, 2012).

No segundo aspecto, os problemas se localizam na presuposição de que decisores reais terão as mesmas condições de decisores ideais para obter e processar todas as informações necessárias para operacionalizar as variáveis da fórmula do peso. Isso significa duvidar da capacidade de agentes que decidem sob condições de *racionalidade limitada* serem efetivamente capazes de sustentar de maneira não arbitrária valorações sobre a intensidade das restrições aos princípios envolvidos, sobre o peso abstrato de cada uma delas e, especialmente, sobre a confiabilidade das premissas empíricas que podem sustentar a promoção e a restrição dos princípios colidentes (LEAL, 2014).

Assim como sustentado nas seções anteriores, parece também não haver razões aqui para duvidar da aplicabilidade à AIR de algumas das críticas direcionadas à proporcionalidade, notadamente as que dizem respeito ao otimismo excessivo sobre (i) a possibilidade efetiva de obtenção dos conhecimentos necessários para a sua operacionalização e (ii) a capacidade de reguladores de carne e osso processá-los adequadamente. Dessa forma, dependendo do modo como se constrói uma confiança ingênua em torno da sua utilidade para produzir resultados quase ideais, mas existe a possibilidade de a AIR ser compreendida como hiper-racional e, exatamente por isso, reduzir a consciência dos

seus limites entre os seus aplicadores e possíveis revisores. Num mundo real, os seus limites são, sobretudo, os limites da ciência, apropriada em uma concepção tecnicista e racionalista, para (i) antecipar, com precisão, efeitos que serão produzidos por alternativas regulatórias e para, de fato, (ii) captar em seus modelos toda a complexidade e contingência que podem estar envolvidas em processos reais de tomada de decisão. Se os modelos que pretendem orientar a decisão de agentes racionais são simplificações da realidade construídos em torno de alguns pressupostos sobre como o mundo deveria funcionar, é questionável se a AIR, com a sua fé na ciência moderna e recurso a idealizações, pode ser útil, no mínimo, para trazer algum grau de objetividade para informar políticas regulatórias mais complexas. Negligenciar essa possibilidade significa aproximar-se da armadilha da sobre-racionalidade.

Hertin *et al* (2009) apresentam cinco razões para sustentar porque a capacidade de a AIR conduzir decisões regulatórias a resultados ideais pode se tornar, na prática, uma ilusão. Todas elas são facilmente transportáveis para a proporcionalidade. A primeira é a ilusão da *linearidade*. O risco de excesso de racionalidade, neste caso, está na pressuposição pelos esquemas tradicionais de AIR de que problemas regulatórios já podem ser formulados, desde o início, da melhor maneira e solucionados a partir de uma sequência de passos organizados em etapas que se sucedem linearmente. Nessa perspectiva, sublima-se o fato de que problemas e objetivos reais costumam ser continuamente alterados, redefinidos e reinterpretados.

A segunda ilusão é, como já explorado, a de que as análises podem ser *neutras* e *objetivas*. Para os autores, “a expectativa de que a AIR oferece um quadro confiável, objetivo e compreensivo dos potenciais impactos de uma política planejada é claramente não realista. A abordagem holística – tal qual formulada em muitos *guidelines* – para estimar todos os efeitos pretendidos e indesejáveis e os efeitos colaterais está bem distante das possibilidades da AIR na prática” (HERTIN *et al*, 2009, p. 418). O fundamento

para tanto está na simples necessidade de levar a sério a *assimetria* entre o presente futuro e o futuro presente que afeta a dimensão positiva de raciocínios consequencialistas. Não a negligenciar significa reconhecer que identificar os efeitos futuros de alternativas regulatórias pode envolver incertezas, incompletudes e simplificações que só serão efetivamente apreensíveis *ex post*.

Em terceiro lugar, o perigo de aproximar a AIR de um modelo super-racional de decisão decorre da sua construção em torno da figura de um único *decisor ideal*. A fuga dessa idealização legitima a abertura de processos de justificação normativamente construídos como a AIR e a proporcionalidade à *participação* de atores relevantes nos processos de formação da vontade regulatória e revisão de escolhas de outras instituições (HERTIN *et al*, 2009). Grupos de interesse, partidos políticos, representantes da sociedade civil e especialistas devem ser capazes de apresentar os seus pontos de vista sobre a avaliação do impacto de alternativas regulatórias ou de proporcionalidade de escolhas públicas. Restringir o espaço de participação em nome da pressuposição de que o decisor é capaz, isoladamente, de ter acesso e considerar todos os interesses e opiniões relevantes para a tomada da decisão mais adequada é reconduzir a instrumentos de metodologia pretensões de hiperracionalidade.

O quarto motivo para sustentar as distorções entre as condições ideais pressupostas para a operacionalização da AIR e as limitadas condições da realidade está na ilusão do *fechamento analítico*. O ponto de localização do excesso de racionalidade neste caso está na crença de que a conclusão de uma AIR já leva à *melhor opção* para lidar com certo desafio que pode exigir respostas regulatórias, e não que, durante o tempo, novos efeitos (positivos ou negativos) da decisão privilegiada podem ser localizados, problemas de incomensurabilidade decorrentes da necessidade de valoração dos estados do mundo produzidos por novas informações podem emergir e novos interesses devam ser considerados (HERTIN *et al*, 2009). A AIR não pode ser vista como um instrumento que se encaixa em um processo decisório

que se inicia e se conclui com a declaração de um corpo técnico que marca o seu fechamento. Ao contrário, ela deve ser encarada como um *processo*, abrindo-se para *monitoramento* frequente dos resultados que inicialmente sustenta e permitindo *revisões* das alternativas privilegiadas, que podem, no limite, ser até mesmo extintas por aferição, no tempo, de sua inadequação.

O quinto e último motivo para sustentar pretensões hiperracionalistas está na ilusão de que o conhecimento relevante para o seu desenvolvimento está exclusivamente nas mãos de *especialistas* (HERTIN *et al*, 2009). O que se coloca em xeque é o pressuposto de que *experts* detêm em seus laboratórios o monopólio do conhecimento necessário para a tomada da melhor decisão regulatória para promover objetivos como eficiência ou desenvolvimento. Se não se deve descartar a utilidade do conhecimento científico para o alcance das melhores respostas para problemas regulatórios, é também importante notar, como J. Hertin *et al* (2009) afirmam, que a experiência de jurisdições europeias (especialmente do Reino Unido) que garantem a *stakeholders* um papel mais proeminente nas AIRs revela como o conhecimento de atores engajados em práticas regulatórias pode ser também importante para determinar a magnitude de efeitos de alternativas decisórias, tornar reguladores conscientes das consequências indesejáveis de suas possíveis escolhas e auxiliar na criação de normas e no desenvolvimento de procedimentos efetivamente aplicáveis. Assim como no problema do “único decisor ideal”, a permeabilidade da AIR à incorporação de pontos de vista não estritamente técnicos é considerada necessária para reduzir possíveis pretensões hiperracionalistas, as quais, na prática, podem produzir estados de coisas bem distantes do *second best* imaginado por aqueles que insistem na aproximação entre real e ideal.

Antes de funcionarem como fundamento para o descarte de ferramentas metodológicas inspiradas em ideais como a AIR e a proporcionalidade, as cinco razões apresentadas deveriam funcionar como alertas para impedir o seu emprego *disfuncional*

por reguladores e controladores. Superestimar as capacidades desses instrumentos para racionalizar processos decisórios reais pode levar à crença equivocada de um legislador ou administrador que tudo conhece ou de um juiz que tudo pode.

2.2.6.2. Revisões baseadas em erros só aferíveis ex post como problema especial

A mais importante implicação da necessidade de se levar a sério os limites apresentados, está na sua aptidão para problematizar a capacidade plena de os pressupostos subjacentes à AIR e à proporcionalidade informarem uma teoria completa sobre o *erro*. Isso porque, quanto mais o potencial crítico desses instrumentos se inspira em idealizações, menor é o seu potencial para sustentar uma falha decisória com base em problemas que, exatamente pelos limites do real para a implementação do ideal, só podem ser aferíveis *ex post*. Esse parece ser o problema por excelência quando se discute a utilidade da AIR e da proporcionalidade para orientarem processos de tomada de decisão sob *condições de ignorância*. Em linguagem de teoria da decisão, esse é o caso quando não se consegue determinar as consequências associadas às alternativas de decisão ou, pelo menos, estimar a probabilidade de sua ocorrência (RESNIK, 1987). Em outras palavras, existe ignorância quando não é possível antecipar o que pode acontecer na realidade se determinado curso de ação for privilegiado no presente ou, mesmo quando possíveis estados do mundo podem ser previstos, não é possível quantificar ou mensurar a incerteza de sua verificação.

A ignorância, assim, pode dizer respeito tanto aos fatos futuros como à sua estimativa. Nesses cenários, como se percebe facilmente, AIR e proporcionalidade não conseguem, por definição, conduzir tomadores reais de decisão a respostas seguras sobre a adequação do emprego de certos meios para a produção de certos efeitos. A escolha institucional que delas se segue, nesses casos, envolve alguma dimensão de aposta. Por

isso, a percepção dos potenciais reais dos dois instrumentos de justificação deve ser capaz de acomodar os seus limites nesses casos extremos. E isso vale tanto para os seus operadores iniciais, como para os seus revisores. O risco, notadamente no caso de revisão, é o de se invalidar decisões ou atribuir consequências jurídicas perversas a decisores cujas escolhas só se mostraram efetivamente erradas *depois* que foram tomadas e graças a dados e pontos de vista que, no momento da decisão, (i) ou não estavam disponíveis, (ii) ou só poderiam ser obtidos a custos proibitivos, ou (iii) não poderiam ser conhecidos por decisores no exercício diligente de sua atuação.

Isso não quer dizer evidentemente que tanto a AIR como a proporcionalidade não possam indicar erros na obtenção e no processamento das informações disponíveis para a justificação de uma decisão ou revelar problemas nas valorações de quem as aplica. Tampouco os problemas apontados sugerem a sua inutilidade mesmo em processos de tomada de decisão sob condições de ignorância. Neste caso, ambos servem, no mínimo, para justificar, com base no conhecimento atual, por que, de fato, o problema de decisão que pretendem conduzir não se dá sob condições de certeza ou risco. Reconhecer a sua importância, no entanto, não significa assumir que AIR e proporcionalidade conduzirão a resultados que possam ser considerados, no momento presente da decisão, definitivamente corretos. Como visto, afastar essa pretensão de hiperracionalidade é o que justifica a necessidade de abertura desses procedimentos (notadamente da AIR) para a *participação* da sociedade e para o *monitoramento* constante das escolhas neles sustentados. Além disso, reconhecer os limites específicos de uma AIR pode ser útil para se manter os olhos de reguladores permanentemente abertos para o fato de que uma regulação sensível a riscos – especialmente na tomada de decisão sob condições de ignorância – pode significar simplesmente *menos* regulação (BALDWIN, 2010). Não regular é uma opção que está sempre presente no conjunto finito de alternativas regulatórias submetidas a uma avaliação de risco, mas que

acaba sendo, às vezes por vieses políticos, às vezes simplesmente pela ênfase exagerada nos seus potenciais de racionalidade, sendo subestimada. Finalmente, assumida a impossibilidade de nem sempre fazer sentido um *controle substantivo ex post* dos seus resultados, escapar de uma realidade em que o contralador se compreende como onipotente depende do investimento em parâmetros sobretudo *procedimentais* para a revisão de escolhas de outros poderes, especialmente nos casos em que, seja pelo desenho institucional em si, seja por análises empíricas aplicadas a um arranjo institucional específico, for possível presumir ou aferir maior capacidade institucional dos órgãos reguladores relativamente aos seus eventuais revisores.

Ironicamente, o reconhecimento de que a complexidade real não pode ser completamente captada pela AIR e pela proporcionalidade, o que costuma forçar a sua abertura para a incorporação de outros interesses e perspectivas de análise, em vez de contribuir para ampliar a sua racionalidade, pode apenas aprofundar os seus limites. Maior participação, abertura para a consideração de outros objetivos relevantes que podem ser promovidos ou restringidos por escolhas institucionais e maior permeabilidade a metodologias complementares para a sua operacionalização real impõem a necessidade de obtenção de mais informações, de capacidades heróicas para o seu processamento e de ampliação dos efeitos de juízos de valor sobre os seus resultados. Assim, para além dos dilemas das estruturais normais associadas à AIR e à proporcionalidade, existe o risco de os antídotos pensados para lidar com as suas patologias reais reduzirem ainda mais a sua importância para a realização de suas vocações metodológicas.

Escapar, portanto, das objeções de hiperracionalidade passa, no fundo, por entender a AIR e a proporcionalidade prioritariamente como instrumentos úteis para indicar as etapas importantes pelas quais escolhas públicas devem passar. Como já disse em outro lugar, instrumentos metodológicos como a proporcionalidade, especialmente porque almejam conduzir processos decisórios orientados para o futuro, devem ser celebrados mais pela

sua aptidão para colocar boas perguntas do que pela sua funcionalidade para determinar respostas. E nada impede, mais uma vez, que o mesmo se diga da AIR. Essa visão, na verdade, parece ser compartilhada, por exemplo, por Baldwin, quando este afirma que as análises de impacto regulatório “são destinadas a informar a tomada de decisão, e não determinar decisões ou substituir a *accountability* política” (BALDWIN, 2010, p. 264).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se bem-sucedido, o esforço de justificação das semelhanças e dos problemas estruturais compartilhados pela proporcionalidade e pela análise de impacto regulatório se revela útil para o nosso país em pelo menos dois sentidos mais gerais. Em primeiro lugar, esse empreendimento reforça os potenciais de instrumentos de justificação para orientar processos decisórios reais e conduzi-los a resultados que possam ser considerados minimamente racionais. No caso brasileiro, em que a análise de impacto regulatório se expande em um contexto em que a proporcionalidade já é amplamente conhecida e, ao menos nominalmente, utilizada, esse esforço serve tanto para não nos fazer esquecer que a realização das vocações metodológicas da proporcionalidade depende da observância do roteiro de argumentação que ela condensa, como para incentivar a melhor organização possível da AIR em nossa realidade. Em segundo lugar, contudo, levar a sério as aproximações entre os dois instrumentos de justificação, deve funcionar como um alerta para que a AIR que se pretende ver disseminada em um futuro breve não reproduza no país os problemas já constatados em outras jurisdições e, considerando a nossa experiência institucional, não se esvazie e acabe se tornando o que hoje é a proporcionalidade.

Proporcionalidade e AIR se aproximam como ferramentas metodológicas destinadas a organizar raciocínios prospectivos no direito. Isso, como explorado, embora não as sobreponha

completamente, possibilita a localização de dilemas comuns. A possibilidade de operacionalização a partir de juízos confiáveis de prognose, a controlabilidade das valorações dos efeitos de alternativas decisórias que ambas pressupõem, a sua compatibilidade com modelos de deferência (sobretudo judicial), o risco de instrumentalização para a sustentação de interesses exclusivamente políticos e os perigos de uma compreensão hiperracionalista dos seus potenciais reais a partir de um otimismo exagerado a respeito das bases argumentativas e epistemológicas em torno dos quais ambas são concebidas são, como visto, apenas alguns exemplos. Ter consciência de que tanto as agendas acadêmicas sobre a proporcionalidade como o desenvolvimento da prática decisória em torno dela contribuíram para naturalizar todos ou a maior parte desses dilemas mostra-se importante para que a incorporação da AIR na realidade regulatória nacional não se limite à importação acrítica de mais um *slogan*.

Além disso, evitar esse efeito perverso sublinha a importância, em um sentido mais específico da utilidade dos esforços de aproximação entre os dois exames, de não se desconsiderar que as soluções encontradas na academia e na prática institucional para lidar com os problemas vivenciados pela operacionalização real de uma estrutura de justificação podem inspirar o desenvolvimento de respostas para enfrentar desafios que afetam a outra. A abertura à participação, a incorporação de novos objetivos a serem considerados nas análises, a definição de critérios procedimentais para a justificação de decisões sob condições de ignorância e a busca por outros meios de obtenção de conhecimento e de validação da sua produção são, também como visto, possíveis insumos para aprendizado institucional na aplicação da AIR entre nós. Em um direito administrativo inclinado pragmaticamente, se parece inevitável que a AIR terá um papel fundamental para a justificação de escolhas regulatórias, é preciso, pensando também pragmaticamente, antecipar e, assim, evitar efeitos perversos relacionados à sua ampla aplicação. Para esse propósito, o abismo existente entre a sofisticação teórica por trás

da proporcionalidade e a sua desparametrizada aplicação no país é o melhor referencial para o desenvolvimento de reflexões sobre a recepção adequada dessa nova ferramenta para lidar com os desafios de uma Administração Pública que precisa justificar as suas decisões em uma realidade cada vez mais complexa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Aparecida de Moura; SANTANDA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 781-798.

ALEXANDER, Larry. What are Principles, and Do They Exist?. **San Diego Legal Studies Paper**, [s.l], n. 13-119, jun. 2013. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2277787>>. Acesso em 07.nov.2019.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l], v. 16, n 4, p. 433-449, 2003.

ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. **ARSP**. [s.l], v. 95, n.2, p.151-166, 2009

ALEXY, Robert. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: __. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Nomos, 1995, p. 232-261.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel, in: J. Jickeli, P. Kreutz und D. Reuter (Org.), **Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein**. Berlin: De Gruyter Recht, 2003, p. 771-779.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [s.l.], n. 38, 2011.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>. Acesso em 06.nov.2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 16.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**, [s.l.], Oxford: Oxford University Press, 2010.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2.ed. [s.l.]. Oxford: Oxford University press. 2013.

BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://>

www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-constitucionalizacao-do-direito-administrativo-no-brasil-um-inventario-de-avancos-e-retrocessos. Acesso em 11 nov. 2019

BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório** – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*]. --Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerais%20e%20Guia%20Orientativo_final_27.09.2018%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerais%20e%20Guia%20Orientativo_final_27.09.2018%20(1).pdf). Acesso em 06.nov.2019.

CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. **George Mason Law Review**, [s.l.]. v. 22, p. 575-617, 2015. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle. Proportionality Principle, NYU Law and Economics Research Paper, [s.l.], n. 19-10; **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, [s.l.], n. 19-32. 2019.

COGLIANESE, Cary. Moving forward with regulatory lookback. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017

COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, L. A.. Counterfactuals and Causation: History, Problems, and Prospects. In: ____ (eds.) **Causation and counterfactuals**. Cambridge/Londres: The MIT Press, 2004, p. 1-57.

DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angelo; KAUFFMANN, Céline. **Promoting inclusive growth through better regulation: The role of regulatory impact assessment**. OECD Regulatory Policy Working Papers, n 3, Paris, OECD

Publishing, 2009. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/promoting-inclusive-growth-through-better-regulation_5jm3tqwqp1vj-en. Acesso em 06.nov.2019.

DEMUTH, Christopher C.; GINSBURG, Douglas H. White House review of Agency Rulemaking. **Harvard Law Review**. [s.l.], v. 99, n. 5, p. 1075-1088, 1985.

ELLIG, Jerry; MCLAUGHLIN, Patrick A.; MORRALL III, John F. Continuity, change, and priorities: The quality and use of regulatory analysis across US administrations, **Regulation & Governance**. [s.l.], v. 7, n. 2, p.153-173, 2013. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1j.1748-5991.2012.01149.x>>. Acesso em 07.nov.2019.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. A Constituição pede tanto?. **Jota**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/a-constituicao-pede-tanto-29072019>

GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. **Am. J. Juris.**, [s.l.], v. 46, p. 199-227, 2001.

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**. [s.l.], v. 57, n 2, p. 383-397, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998.

HENSCHKE, Martin. **Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik**. Baden-Baden: Nomos, 1998

HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. **Forest Policy and**

Economics, [s.l.], v. 11, n. 5-6, 2009. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004> >. Acesso em 07.nov.2019.

HUBER, Peter. Junk Science in the Courtroom, **Valparaíso Law Review**, [s.l.], v 26, 1992,

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. [s.l.]. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 152-173.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. In: LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.189-206.

KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. Boston/New York: The riverside press, 1921.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Publico, n. 15, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/fernando-leal/propostas-para-uma-abordagem-teorico-metodologica-do-dever-constitucional-de-eficiencia>.> Acesso em 06/11/2019.

LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). **Direito e Economia: Diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 85-113.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden Baden: Nomos, 2014.

LEAL, Fernando. Para que servem as audiências públicas no STF? **Jota**, 16/6/2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>. Acesso em 06.nov.2019..

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, 2018.

LEISNER, Walter. **Abwägung überall–Gefahr für den Rechtsstaat**. NJW, v. 10, 1997, p. 636-639.

LEISNER, Walter. **Die Prognose im Staatsrecht**. Zukunft in Vergegenwärtigung. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Zweckbegriff und Systemrationalität: über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n 4, 2006.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OECD. **Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence**. OECD Reviews of Regulatory Reform, 2009. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page1. Acesso em 06/11/2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RADAELLI, Claudio M. Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment, **Journal of European Public Policy**. [s.l.]. v.12, n 5, p. 924- 943, fev. 2005. Disponível em: < <https://doi.org/10.1080/13501760500161621> >. Acesso em 07.nov.2019.

RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

RESNIK, Michael D. **Choices: An introduction to decision theory**. Minneapolis, London: University of Minnesota Press, 1987.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para Discussão 1463, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2010. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf. Acesso em 06.nov.2019.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 234-235, 2013.

SARMENTO, Daniel; BORGES Ademar. Avaliação de Impacto Regulatório, normas penais e segurança pública. **Jota**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/avaliacao-de-impacto-regulatorio-normas-penais-e-seguranca-publica-21072019>.

SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 307-316.

SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: P. Badura/H. Dreier (Org.), **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, Bd. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 445-465.

SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 434-502.

SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**. Baden-Baden: Nomos, 1990.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume**. Baden-Baden: Nomos, 2003.

SPIELTHENNER, Georg. Consequentialism or deontology?. **Philosophia**, [s.l.]. v. 33, n. 1, p. 217-235, 2005.

STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**. [s.l.]. v. 47, p. 73-160, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review. **Harvard Environmental Law Review**. [s.l.], v. 41, 2017.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, 4, p. 885-951, 2003.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VERMEULE, Adrian. The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge. **Harvard Public Law Working Paper**, [s.l.], n 13-28, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2329818. Acesso em 06.nov.2019. 06/11/2019.

VERMEULE, Adrian. The Judiciary Is a They, Not an It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division. **J. Contemp. Legal Issues**, [s.l.], v. 14, 2004.

A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

Bricio Luis da Anunciação Melo
Henrique Ribeiro Cardoso

1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana permeou a construção dos Direitos Humanos, hoje não apenas reconhecidos em âmbito internacional, como também no ordenamento jurídico pátrio por meio dos direitos fundamentais e da personalidade. Dentre os direitos da personalidade, destaca-se a privacidade, na qual o indivíduo encontra um “espaço indevassável destinado a protegê-lo contra indevidas interferências de terceiros”¹.

Entretanto, ao mesmo tempo em que se vislumbra o reconhecimento da privacidade como direito da personalidade, constata-se que tal direito não vinha sendo adequadamente respeitado, especialmente como um direito à autodeterminação informativa no que tange à existência de bancos de dados e utilização de informações pessoais sem o consentimento de seu titular.

O presente texto tem por escopo demonstrar que a circulação de dados pessoais somente pode ocorrer com o consentimento do indivíduo. Isso decorre do valor dignidade da pessoa humana previsto em nossa Constituição Federal. Nesse

¹ STF, MS 23.669, rel. Min. Celso de Melo, j. 08.02.2001, DJ 14.02.2001, p. 17 (decisão monocrática).

sentido, a promulgação da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, reconheceu expressamente esse direito aos indivíduos em nosso ordenamento jurídico.

Com tal desiderato, far-se-á uma análise dos direitos da personalidade, evolução, características e sua identificação com a dignidade da pessoa humana. Após, verificar-se-á a problemática dos bancos de dados em uma sociedade extremamente tecnológica como a nossa, uma vez que indivíduos são completamente expostos, revelando-se possível criar um perfil com base em informações que antes permaneciam dispersas. Com base na dignidade da pessoa humana, sustentar-se-á que a privacidade, antes concebida exclusivamente como um direito de resguardo contra interferências de terceiros, passa a ser concebida também como direito à autodeterminação informativa.

Com lastro nesse marco teórico, defender-se-á que o indivíduo passa a ser titular de um direito ao consentimento quanto à circulação de seus dados pessoais, reconhecendo-se ser uma violação à dignidade da pessoa humana a utilização de suas informações pessoais sem a sua anuência, em atenção à autonomia privada.

Para o atingimento desse fim, far-se-á amplo uso da técnica de revisão de literatura sobre direito à privacidade, notadamente por ser um trabalho com questionamentos jurídicos. Por outro lado, serão invocados alguns aspectos do método histórico, de modo a localizar acontecimentos cujos desdobramentos auxiliam a compreensão do estado atual da privacidade como um direito à autodeterminação informativa.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A fim de compreender adequadamente o direito à privacidade, especialmente em sua feição mais moderna de autodeterminação informativa, torna-se imperioso tecer comentários sobre os direitos da personalidade. Para tanto, antes de se atingir sua adequada definição, é necessário perpassar pelo que seria personalidade e pessoa para o Direito.

O conceito que, tradicionalmente, temos de personalidade civil seria o atributo que confere ao ser humano, indistintamente, a possibilidade de ser titular das relações jurídicas (VENOSA, 2003, p. 160). Personalidade, portanto, seria a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica (BEVILAQUA, 1953, p. 79). Desse modo, personalidade e capacidade jurídica seriam expressões idênticas, não havendo qualquer diferenciação entre elas (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 209).

Nesta senda, pessoa nada mais seria do que o ente capaz de contrair direitos e deveres perante determinada ordem jurídica (GUERRA, 2007, p. 114). Para Maria Helena Diniz, pessoa é o “ente físico ou coletivo susceptível de direitos e obrigações” (DINIZ, 2011, p. 115).

Muito embora esse conceito mereça críticas, como a seguir se fará, ele é uma evidência de que a noção de personalidade foi sendo construída e aprimorada ao longo da história, haja vista diferir bastante da noção de *personae* pelos romanos, que eram máscaras mortuárias dos ancestrais. Era dotado de personalidade quem era depositário dessas *imagines* e do sobrenome dos antepassados: o *pater famílias* (SUPIOT, 2007, p. 28).

Evidente que essa noção de pessoa torna-se um conceito eminentemente formal, desprovido de conteúdo, ao ligar a personalidade a uma simples aptidão de contrair direitos e obrigações. A personalidade, equivocadamente, esteve ligada a um papel que o homem pudesse exercer no mundo jurídico, a uma função possivelmente por ele exercida em uma relação jurídica (BORGES, 2007, p. 9).

A definição de personalidade como equiparação de capacidade tem raízes no século XIX. Ocorre que, atualmente, a personalidade é concebida como categoria jurídica ampla, sendo uma projeção da natureza humana (BORGES, 2007, p. 10). Assim, o sujeito real deve ser encarado sob o prisma de sua própria dignidade e natureza.

Destarte, muito além da compreensão tradicional de representar aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, a

personalidade jurídica, contemporaneamente, é categoria essencialmente relacionada à cláusula de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana, pela qual se deve reconhecer ao ser humano, singular e concretamente considerado, um conjunto mínimo de atributos, direitos e garantias sem as quais não será possível a vida com dignidade.

Para Alain Supiot, a personalidade, sendo fiel à sua etimologia, permanece sendo uma “máscara que permite a cada homem participar plenamente da dignidade humana” (SUPIOT, 2007, p. 29). Assim, afastada sua caracterização como um fato da natureza, seria uma representação do próprio homem, unificando sua carne e espírito, de modo a ser impossível sua redução a um simples ser biológico ou meramente mental (SUPIOT, 2007, p. XI).

Com efeito, partindo desse conceito que aproxima personalidade de dignidade, a personalidade seria, então, o atributo jurídico do fato de ser pessoa, uma projeção social da personalidade psíquica.

O olhar do Direito evoluiu a tal ponto que se percebeu que não havia como dissociar vida plena e dignidade, haja vista os valores inerentes à própria condição humana. Essa é a razão pela qual Eroulths Cortiano Júnior afirma que “a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade e, portanto, merece a maior proteção possível” (CORTIANO JÚNIOR, 2000, p. 42). Assim, o cerne da proteção da dignidade humana configura-se nos chamados direitos da personalidade e tal proteção não se limita apenas ao direito civil, mas integra todo o ordenamento de forma unitária, uma vez que é o fundamento do próprio ordenamento (CORTIANO JÚNIOR, 2000, p. 42-43).

Cabe ressaltar o papel dos direitos da personalidade como garantidores da dignidade como valor ou cláusula aberta em nosso ordenamento jurídico. Como a dignidade não é um dado objetivo, sendo um conceito que só pode ser adequadamente compreendido por meio de uma pessoa concretamente considerada (BORGES, 2007, p. 19), tais direitos são expressões da

tutela da pessoa humana, a fim de proteger sua própria individualidade (COSTA, 2010, p. 24).

Tamanha é a aproximação entre direitos da personalidade e dignidade humana que Roxana Brasileiro Borges afirma que tais direitos são uma forma de materialização/concretização desse princípio jurídico. Dessa forma, como são direitos vocacionados para uma maior proteção humana, entende que, em um futuro próximo, deverão ser denominados de “direitos da dignidade” (BORGES, 2007, p. 16).

Em artigo constante de Livro comemorativo aos 30 anos da Constituição brasileira, Otavio Luiz Rodrigues Júnior esclarece, em contrapartida, que as normas do Código Civil atinentes aos direitos da personalidade fornecem “os meios de vinculação dos particulares, sem necessidade de recursos permanentes ao texto constitucional para sua concretização” (RODRIGUES JR, 2018, p. 683). Assim, de modo diverso ao que ocorre na Alemanha, o recuso imediato à dignidade humana como fundamento dos direitos da personalidade não seria necessário uma vez que o Direito Privado brasileiro possuiria os elementos adequados à conformação normativa dos principais casos, como seria no caso do direito à privacidade (DONEDA, 2006, p. 44).

Ressalte-se que havia uma dificuldade em categorizar os direitos da personalidade haja vista o problema teórico em se considerar o homem, sujeito natural das relações jurídicas, como objeto das mesmas (DONEDA, 2006, p. 44). Ademais, estar-se-ia, em assim sendo, por considerar o homem como bem jurídico, objeto de tutela do direito.

Entretanto, a discussão evoluiu de modo que o objeto dos direitos da personalidade são as projeções físicas ou psíquicas da pessoa. Não é a personalidade o objeto de tais direitos, mas sim algumas qualidades, atributos ou expressões da mesma. Por meio de tal sorte de direitos, se tutela a essência da pessoa, por meio de suas projeções, restando afastada a confusão entre sujeito e objeto.

De outro giro, no que tange à natureza jurídica, Eroulths Cortiano Júnior entende que a tutela da personalidade humana ultrapassaria a construção tradicional do direito subjetivo (CORTIANO JÚNIOR, 2010, p. 50). De fato, a categoria dos direitos subjetivos foi pensada e criada para a tutela de direitos patrimoniais, especialmente o direito de propriedade, de modo que não poderia ser considerada uma categoria neutra. Desse modo, estar-se-ia utilizando para a tutela de situações existenciais instrumentos destinados a situações patrimoniais (DONEDA, 2006, p. 44).

Em função disso, a doutrina se dividiu. Há aqueles que categorizam os direitos da personalidade como direitos subjetivos, havendo a necessidade de atualização do próprio conceito do que seria direito subjetivo, de modo a adequá-lo a uma aplicação diversa da originalmente concebida (DONEDA, 2006, p. 44-45).

Já outros tratam os direitos da personalidade não como direito, mas sim como um valor fundamental do ordenamento. Assim, em função da necessidade de tutela integrada da pessoa humana e de sua dignidade imanente, os direitos da personalidade necessitariam de uma tutela mais ampla do que a prevista para direitos subjetivos (PERLINGIERI, 2008, p. 764). Para o autor italiano, a personalidade seria um valor em virtude das diversas expressões assumidas pelos direitos da personalidade, as quais devem ser devidamente protegidas.

Haveria, então, uma cláusula geral de tutela da personalidade, um valor unitário que tutela pessoa humana, sem subdivisões. Como a pessoa é o todo unitário, não poderá, então, sua tutela ser fracionada em diferentes hipóteses concretas autônomas não comunicáveis entre si (PERLINGIERI, 2008, p. 764). Entretanto, o fato de a personalidade ser um todo unitário não impede que o ordenamento preveja algumas das expressões da personalidade, como o direito à saúde, por exemplo (PERLINGIERI, 2008, p. 765).

O que o autor italiano quer explicitar é que os direitos da personalidade são uma cláusula aberta, com fundamento

unitário na dignidade da pessoa humana. Assim, os diferentes direitos da personalidade apontados na Constituição e no Código Civil são apenas algumas das expressões que a personalidade pode assumir, como vida digna, privacidade, integridade corporal, dentre tantas outras.

Com efeito, outros direitos da personalidade, ainda que não tipificados, são merecedores de tutela jurídica, restando, portanto, afastada a tipicidade de tais direitos (COSTA, 2010, p. 32). Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência alemãs asseveraram que não existem direitos da personalidade, mas sim um único direito da personalidade, cujo fundamento assenta-se no valor que a pessoa tem em si mesma e, como tal, cabe reconhecer-lhe uma dignidade (BARROS, 2009, p. 25).

No Brasil, com supedâneo nessa cláusula aberta prevista na Constituição, há uma diferente listagem de direitos da personalidade por parte da doutrina, tendo cada autor de destaque elaborado sua própria lista. Na maioria, há uma ampliação das expressões da personalidade previstas no Código Civil e na Constituição.

No que pertine às características dos direitos de personalidade, Anderson Schreiber afirma que eles seriam absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis (SCHREIBER, 2013, p. 5). A doutrina acrescentou a essa lista que eles seriam inatos, essenciais (vitalícios), inexecutáveis (inexpropriáveis e impenhoráveis), irrenunciáveis e extrapatrimoniais (JABUR, 2005, p. 41).

Não é objeto do presente artigo, que cuida do direito à privacidade, a descrição amíu de todas as características dos direitos da personalidade. Assim, tratar-se-á apenas da indisponibilidade e do caráter absoluto dos direitos da personalidade, características que repercutem no direito à privacidade.

Quanto à característica de os direitos da personalidade serem absolutos, Gilberto Haddad Jabur destaca a impropriedade do vocábulo. Para ele, direitos absolutos ou irrestritos seriam desconhecidos no direito moderno, pois até mesmo a vida não seria absoluta ante a admissão de pena de morte nas hipóteses²

² “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” (art. 5º, XLVII, da Constituição Federal).

previstas na Constituição (JABUR, 2005, p. 69). De fato, em uma sociedade pluralista e organizada como a nossa, não se concebe a caracterização de direitos como absolutos, ainda que se trate de direitos da personalidade.

O que a doutrina quer explicitar quando denomina de absolutos os direitos da personalidade é que eles são oponíveis *erga omnes*, cabendo a todos, inclusive ao Estado, o dever de respeitar a expressão individual da personalidade de cada ser humano (JABUR, 2005, p. 68). Assim, o Estado deve assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade a todos os indivíduos, independentemente da situação em que se encontrem.

Já em relação à dita indisponibilidade, o artigo 11³ do Código Civil é expreso ao declarar que os direitos de personalidade não podem ter limitação voluntária ao seu exercício. Mas, diante de tantos programas de televisão que exploram a privacidade de seus participantes de acordo com a sua própria anuência, como fica tal previsão legal?

Anderson Schreiber entende que a linguagem forte do Código traduziu um excessivo paternalismo estatal, cujo intento era proteger o indivíduo dos efeitos de sua própria vontade em relação a direitos essenciais (SCHREIBER, 2013, p. 26).

Já Roxana Brasileiro Borges entende que os direitos da personalidade são dotados de uma disponibilidade relativa. Entretanto, esse poder de disposição não seria, necessariamente, sinônimo de renúncia de direitos mas, ao contrário, deve ser encarado como uma liberdade jurídica de exercer seus direitos de personalidade de forma ativa ou positiva (BORGES, 2007, p. 112).

Esse exercício positivo dos direitos de personalidade teria como fundamento a autonomia privada e considera que apenas haverá uma tutela efetiva da dignidade da pessoa humana se ela se der de modo positivo, privilegiando a liberdade jurídica e autonomia privada do homem. Nesse sentido, Maria Isabel de Azevedo Souza, com clareza, leciona que o direito à

³Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária" (art. 11 do Código Civil).

vida privada deixou de ser simplesmente exclusão do terceiro da esfera reservada para assegurar a autodeterminação do indivíduo para *mener la vie de son choix*, sem que o Estado ou terceiros possam interferir (SOUZA, 2006, p. 8).

Destarte, tendo como norte a possibilidade do exercício positivo dos direitos da personalidade, passaremos então a analisar o objeto central deste artigo: o direito à privacidade.

Compreendidos os direitos da personalidade como espécie dos direitos fundamentais, e tendo por norte que o indivíduo é dotado de uma dignidade a ele imanente, passemos a analisar o direito à privacidade.

A origem da feição moderna do direito à privacidade foi marcada pelo egoísmo (DONEDA, 2006, p. 8), ao assumir a defesa do direito de ser deixado só. Ele foi formulado por Samuel Warren⁴ e Louis Brandeis, em 1890, ao publicarem o artigo *The right to privacy*. Os referidos autores utilizaram no seu estudo, além da expressão direito à privacidade, a locução *the right to be let alone*, formulada, originalmente, pelo magistrado Cooley em sua obra *The elements os torts*, de 1873 (FARIAS, 2008, p. 125). Diferentemente do Juiz Cooley, que utilizou a expressão no contexto de proteção contra o contato físico indesejado, os referidos autores a utilizaram na concepção de um novo direito: a privacidade (LEONARDI, 2009. p. 53).

Apesar de em nenhum momento terem conceituado do que seria privacidade, os autores sustentam que o respeito à vida privada seria uma abstenção, um respeito ao direito de estar só e tranquilo. Em diversos momentos do artigo, eles apresentam os contornos do novo direito da personalidade. Nesse sentido, o objeto de proteção, o estar só, compreendia os pensamentos, as emoções e os sentimentos dos indivíduos, independentemente da forma em que expressados (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 205).

4 Warren tinha uma motivação especial para escrever o artigo: a cobertura sensacionalista de seu casamento com a filha de um senador americano por mais de 60 jornais (LEONARDI, 2009. p. 52).

Superado o paradigma da zero-relationship (DONEDA, 2002, p. 23), a proteção da privacidade na sociedade da informação⁵ ou de rede⁶ consolida a própria teoria dos direitos da personalidade, ao afastar da privacidade aquela leitura de um individualismo exacerbado, conferindo ao indivíduo, dotado de uma dignidade inalienável, os meios necessários para a construção de uma esfera privada. Nesse sentido, confere-se ao homem, hoje, “um papel positivo na sua própria comunicação e relacionamento com os demais” (DONEDA, 2002, p. 23).

Partindo dessa concepção, na proteção de dados pessoais, a privacidade deixa de ser considerada como sinônimo de proteção de tranquilidade ou de isolamento perante investidas de terceiros ou do Estado, passando a ser considerada em seu aspecto positivo. A autodeterminação informativa, que será mais bem delineada no tópico 4, passa a designar o direito dos indivíduos de decidirem, por si sós, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados. Esse é o novo direito da privacidade que se descortina.

5 Sociedade da Informação é um termo que surgiu no século XX, no momento em que a tecnologia teve grandes avanços. O conceito surgiu nos trabalhos de Alain Touraine (1969) e Daniel Bell (1973) sobre as influências dos avanços tecnológicos nas relações de poder, identificando a informação como ponto central da sociedade contemporânea. As sociedades contemporâneas são, assim, atravessadas por inúmeras mudanças, sendo relevante a que se prende com as novas tecnologias. Estas não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, econômicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação (GOUVEIA, 2004, p. 1).

6 Para Manuel Castells, a sociedade que vivenciamos hoje não mais seria a de informação, mas a de rede. Segundo o referido autor, a atual revolução tecnológica acarretou não a centralidade do conhecimento e das informações, mas sim novas formas de comunicação, baseadas na internet, às quais ele denomina de autocomunicação de massas. Essa nova forma de comunicação, que tem sua espinha dorsal formada por redes de computadores, alcança uma audiência global e possibilita uma diversidade e autonomia ilimitadas no fluxo de comunicação que constroem significado na cabeça das pessoas (CASTELLS, 2016. p. 23).

3 OS BANCOS DE DADOS

Um dos maiores problemas da privacidade na sociedade contemporânea é a criação de banco de dados. As informações pessoais são coletadas em diversas fontes e, quando reunidas em um único sistema, passam a fornecer um completo perfil da pessoa, que se vê completamente vulnerável perante bancos, agentes financeiros ou governamentais.

A grande questão dos bancos de dados é que várias informações aparentemente pouco importantes da pessoa são coletadas, como, por exemplo, seu perfil de compras, valores despendidos no supermercado, dentre tantos outros. Assim, esses dados que pouco dizem a respeito do indivíduo são armazenados e sistematizados, passando a fornecer um perfil minucioso do cidadão.

É em função disso que a proteção dos dados pessoais passou a ser encarada por meio de uma ótica mais abrangente, pela qual outros interesses devem ser considerados, compreendendo as diversas formas de controle tornadas possíveis com a manipulação de dados pessoais (DONEDA, 2006, p. 204).

Nesse sentido, a doutrina defende que o enorme aumento de quantidade de informações pessoais coletadas por instituições públicas e privadas, as quais alimentam os diversos bancos de dados, visa a dois objetivos específicos. Por primeiro, a aquisição dos elementos necessários à preparação e gestão de programas de intervenção social, bem como o controle da conformidade dos cidadãos à gestão política dominante. Intenta-se, ainda, no aspecto privado, a obtenção de informações necessárias para o desenvolvimento de estratégias empresariais (RODOTÀ, 2008, p. 28).

Como consequência dessa ampliação do alcance informacional dos bancos de dados, doutrinadores verificaram o surgimento de um verdadeiro corpo eletrônico, formado pelas nossas informações pessoais, que se contrapõe à própria realidade da pessoa, ao nosso corpo real. Esse nosso perfil virtual

pode ser denominado de várias formas como corpo digital, avatar ou pessoa virtual. É o que, com precisão, Pierre Lévy conceitua como “hiper corpo” híbrido, social e tecnobiológico (LÉVY, 1996, p. 17-18).

Nesse sentido, esses dados eletrônicos, que tendem a alcançar hoje todos os aspectos da vida, são utilizados por Governos e empresas indistintamente para classificar e discriminar os indivíduos. Hábitos, convicções, preferências e características biológicas são utilizados para criar perfis de personalidade em uma flagrante violação à privacidade e à dignidade humana (CUEVA, 2017, p. 60).

Outra construção doutrinária que denota a quantidade de informações pessoais armazenadas em bancos de dados é o *data shadow*. Alan Westin cunhou esse termo – sombra de informações – para identificar os dados pessoais armazenados e que acompanham o indivíduo, como uma sombra, aonde quer que ele vá (DONEDA, 2006, p. 175).

No que tange a essa expressão, cabe ressaltar que ela foi um pouco condescendente com a realidade que presenciamos. Ora, não podemos afirmar que nossos dados sistematizados em bancos são uma sombra – uma vez que sempre visível – porque, na maior parte dos casos, o indivíduo não sabe, sequer, que suas informações pessoais foram colhidas e estão à disposição de órgãos de controle ou de entidades privadas.

Quanto ao tema de proteção de informações pessoais em sede de banco de dados, Catarina Sarmiento e Castro defende, em função da importância para a economia dos chamados *ficheiros de crédito* (CASTRO, 2002, p. 478), que seja encontrado um equilíbrio entre a garantia das liberdades e direitos individuais e a liberdade de utilização e circulação de informações necessárias às relações empresariais. Entretanto, ela ressalva que, mesmo em sede de bancos de dados de consumidores, apenas o respeito aos princípios fundamentais de proteção das informações pessoais permitirá salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à autodeterminação informativa⁷.

⁷ Como a seguir se explicitará, para a doutrinadora portuguesa, o direito à autodeterminação informativa seria autônomo ao direito à privacidade.

Dessa forma, a proteção dos dados pessoais, especialmente no que tange à possibilidade de sua utilização em bancos de dados, atingiu outro patamar, modificando seus elementos, aprofundando postulados, de modo a proteger a privacidade do indivíduo. É por isso que Stefano Rodotà defende um amplo controle de quaisquer tipos de dados pessoais por seu titular. Assim, na sociedade de informação ou de rede, o titular tem o direito de não apenas conhecer, mas também de controlar e interromper o fluxo de dados a ele relacionados (RODOTÀ, 2008, p. 92).

Como agravante a esse quadro apontado, antes da Lei 13.709/2018, o Brasil não dispunha de legislação específica sobre a proteção de dados pessoais (VERONESE; MELO, 2018, p. 81). Apenas era prevista no Código Civil uma proteção genérica sobre a privacidade, e a doutrina, utilizando decisões e entendimentos estrangeiros, como a seguir se verá, passou a conceber a privacidade também como um direito à autodeterminação informativa, no que tange ao controle dos dados pessoais dos indivíduos.

Diante dessa evidente apropriação de dados pessoais, surgem diversos riscos políticos ligados aos registros em massa da população em geral, na medida em que há a possibilidade de discriminação real de diferentes minorias, que vêem suas informações pessoais completamente expostas, bem como daqueles que pertencem à classe trabalhadora, consoante afirmado anteriormente.

4 O NOVO DIREITO À PRIVACIDADE: A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Vivemos em um mundo extremamente tecnológico em que nossas informações pessoais se encontram dispersas em diversos bancos de dados, que vão de cadastros públicos a registros pessoais em lojas de departamento. Para acessar a rede *wifi* de um determinado estabelecimento, temos que preencher formulários que revelam não apenas quem nós somos, mas, por meio das informações prestadas, torna-se possível criar um

perfil do consumidor. Perfil este que pode ser, mais adiante, vendido para outras redes também interessadas, dentre inúmeras outras possibilidades.

Ainda nos anos 80, a doutrina asseverava que a revolução tecnológica teria aberto um universo em que a criatura humana teria perdido a individualidade. Os cidadãos estariam sujeitos à vigilância constantemente, de modo que não haveria segredos para o Governo (DOTTI, 1980, p. 142).

Stefano Rodotà sustenta que viveríamos em uma esquizofrenia social, política e institucional pois, malgrado tenha aumentado a consciência da importância de proteção de dados, cada vez mais é difícil respeitar a privacidade dos indivíduos, “uma vez que as exigências de segurança interna e internacional, interesses de mercado e a reorganização da administração pública estão levando à diminuição de salvaguardas importantes, ou ao desaparecimento de garantias essenciais” (RODOTÀ, 2008, p. 13).

Assim, podemos constatar que nos encontramos em um estado de vigilância líquida, na medida em que o controle se suaviza, especialmente, na questão do consumo. Desse modo, a proteção à privacidade se afrouxaria à medida que fragmentos de dados pessoais obtidos com uma finalidade seriam, facilmente, utilizados com fim diverso (BAUMAN; LYON, 2013. p. 10).

O que distingue a informação pessoal e sua importância para os dias de hoje é que vivemos em uma sociedade de informação ou de rede, consoante já asseverado. As informações, antes dispersas em inúmeros bancos de dados, com a tecnologia hoje existente, passaram a ser reunidas e, portanto, passíveis de utilização e apropriação. Desse modo, há uma “maior desenvoltura na sua manipulação, desde a coleta e tratamento, até os meios para sua comunicação. O vetor que faz a diferença é exatamente o tecnológico” (DONEDA, 2006, p. 153).

Com efeito, José Adércio Sampaio entende que as inovações tecnológicas no campo da informática quanto ao tratamento de dados pessoais acabaram por redefinir o conceito de privacidade (SAMPAIO, 1998, p. 496). E isso se deu pois, na sociedade

de vigilância em que se vive, a informática acabou por transformar o cidadão em um homem de vidro: totalmente exposto em função da ampla circulação sem controle de seus dados pessoais (RODOTÀ, 2008, p. 13).

Destarte, nossas informações pessoais possuem um vínculo por demais estreito com nós mesmos e, assim, acabam por nos revelar a quem as possuem. Essa é a razão primordial da tutela dos dados pessoais pois, ao ter informações sobre as pessoas, torna-se possível não apenas conhecê-las, mas criar um perfil com base em informações que, antes espalhadas, passam a se encontrar reunidas. Nesse sentido, podemos concordar com Pierre Catala⁸ ao afirmar que a informação pessoal, ao revelar um sujeito de direito mediante seus dados, é um atributo da personalidade.

E essa vinculação entre pessoa e informação pessoal foi corroborada na Convenção de Estrasburgo de 1981 para o tratamento de dados pessoais ao conceituar, no artigo 2 – a, dados pessoais como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou suscetível de identificação”⁹. Assim, pode-se entender uma informação ou dado como pessoal quando ela estiver vinculada a uma determinada pessoa, podendo revelar algum aspecto da mesma.

A doutrina nacional também perfilha esse entendimento, ao sustentar que a informação pessoal deve ser entendida como uma extensão da personalidade do indivíduo e, como tal, deve ser protegida pelo Direito. Haveria, portanto, uma representação direta da personalidade que decorreria da vinculação entre a informação pessoal e a pessoa à qual ela se refere (DONEDA, 2006, p. 168).

Reconhecida a importância dos dados pessoais para a tutela da privacidade, há de se perquirir como houve a mudança de

8 Mesmo que a pessoa em questão não seja a “autora” da informação, no sentido de sua concepção, ela é a titular legítima dos seus elementos. Seu vínculo com o indivíduo é por demais estreito para que pudesse ser de outra forma. Quando o objeto dos dados é um sujeito de direito, a informação é um atributo da personalidade (CATALA, 1998. p. 231-232, tradução livre).

9 CONSELHO DA EUROPA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 1981.

paradigma na proteção de tal direito fundamental. Cabe analisar como e em que medida a privacidade passou a ser encarada como proteção de dados pessoais, ainda que tais informações não sejam dotadas de sigilo, e sim dados comuns que revelam a personalidade do indivíduo.

Havia doutrinadores, como Allan Westin, que já afirmavam ser a privacidade o direito a controlar a maneira na qual os outros utilizariam as informações a nosso respeito. Entretanto, foi com uma célebre sentença do Tribunal Constitucional Alemão, em 1983, que, ao julgar uma lei do censo¹⁰ aprovada no ano anterior, utilizou a expressão “autodeterminação informativa”¹¹ para designar o direito dos indivíduos de decidirem por si sós, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados (DONEDA, 2006, p. 196).

Na sociedade alemã, surgiu um sentimento generalizado de insegurança devido à impressão de que o governo pudesse se utilizar dos dados para fins diversos e controle estatal dos cidadãos. Destarte, a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade da lei do censo, amparada nos artigos 1.1 e 2.1 da Lei Fundamental Alemã¹², que garantem a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade. Com efeito, direito à autodeterminação informativa foi concebido como um direito fundamental, na esteira do direito geral de personalidade (MARTINS, 2005. p. 238).

Nessa sentença, o Tribunal Constitucional alemão fixou alguns postulados importantes acerca dos dados pessoais dos indivíduos. O primeiro é o princípio da finalidade na coleta dos

10 Essa lei (Volkszählungsgesetz) previa que os dados colhidos seriam não apenas confrontados com os dados do registro civil, mas também a possibilidade de transferência dos mesmos para outras autoridades federais. Era prevista, ainda, uma multa para os cidadãos que não fornecessem as informações, bem como um mecanismo de favorecimento para quem denunciasse aqueles que se omitiram a responder o questionário (MARTINS, 2005. p. 234).

11 Informationelle Selbstbestimmung

12 1.1 A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público; 2.1 Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

dados pessoais, de modo que, se coletados com um fim específico, não podem ser utilizados para finalidade diversa, como previsto na legislação alemã (MARTINS, 2005. p. 240).

Ademais, desmitificou-se a noção de que o tratamento de certo tipo de dados não seria importante para a tutela da privacidade. Na sentença, consolidou-se o entendimento que não se pode apenas levar em conta o tipo de informações, uma vez que tais dados podem ser combinados com outros e fornecer o perfil do indivíduo. Com isso, um dado em si insignificante pode adquirir um novo valor, de modo que não existem mais dados “insignificantes” no contexto do processamento eletrônico de dados (MARTINS, 2005. p. 239).

Assim, o direito à autodeterminação informativa é uma afirmação do personalismo e proporciona à pessoa o controle de suas informações. Àquele clássico direito à privacidade de não intromissão acrescentou-se o direito à autodeterminação informativa, o qual assegura ao titular o controle de suas informações, tanto em um aspecto negativo, como positivo (SAMPAIO, 1998, p. 495).

Essa faceta positiva cuida do direito do homem de controlar suas informações pessoais, não apenas impedindo a sua utilização, como também tendo o controle das informações constantes em arquivos públicos e privados (ECHTERHOFF, 2010. p. 152).

Pode-se, então, entender que o direito à privacidade, diante dessa face positiva da autodeterminação informativa, seria, qualitativamente, diferente da privacidade tal como concebida como um direito de estar só. Percebe-se um ponto de chegada na longa evolução do conceito de privacidade: o direito de controle sobre as próprias informações e determinar construção da própria esfera privada (RODOTÀ, 2008, p. 7).

De fato, reconhecer que o homem é livre acarreta conferir a ele a possibilidade de controle sobre as informações que a ele digam respeito. Assim, para José Adércio, o que o Tribunal Constitucional Alemão fez foi reconhecer um direito de liberdade informacional ao indivíduo, o qual não afasta o direito clássico de privacidade com viés negativo (SAMPAIO, 1998, p. 363).

Esse direito reconhecido à autodeterminação informacional teria, então, um alcance maior que a concepção clássica do direito à privacidade. Para Marion Albers, seu elemento central seria “um direito individual relativamente abstrato e, por isso, amplo de tomar decisões, que se estende desde a divulgação de dados até seu processamento e seu uso” (ALBERS, 2016, p. 26). Seria, então, o controle que temos sobre o que se sabe de nós mesmos por parte de outrem.

Nesse sentido, a inviolabilidade da vida privada prevista no artigo 21 do Código Civil, em uma evidente leitura abstencionista acerca do direito à privacidade, passou a ser encarada também no aspecto positivo, em uma função promocional e de controle de privacidade, mormente em uma sociedade tecnológica em que os dados dos cidadãos circulam livremente e sem qualquer controle.

Ressalte-se, então, que aquele aspecto clássico ainda persiste, diante da necessidade de não tornar público certos acontecimentos ou comportamentos. Além desse aspecto, garante-se o direito de o indivíduo ter pleno controle de suas informações pessoais constantes em bancos de dados, sendo-lhe assegurada a escolha das informações a serem armazenadas, bem como sua retificação ou cancelamento (ECHTERHOFF, 2010. p. 155).

Desta feita, a proteção dos dados pessoais é um dos aspectos do direito à privacidade. Haveria, então, um direito à autodeterminação informativa em que o indivíduo escolhe o que compartilhar acerca de seus dados e com quem. Assim, a proteção de dados pessoais pode se circunscrever à esfera da vida privada (quando o titular dos dados os compartilha com familiares ou amigos íntimos), bem como à da intimidade (hipótese em que o indivíduo restringe os dados a si próprio).

Já para Catarina Sarmiento e Castro, eminente doutrinadora portuguesa, o direito à autodeterminação informativa seria um direito fundamental de *per si* e não apenas integrante do direito à privacidade (CASTRO, 2003, p. 76).

Nesse sentido, para a referida autora, ele deveria ser encarado em uma dupla perspectiva: subjetiva e objetiva. Haveria uma dimensão subjetiva na medida em que “seus titulares gozam

de posições jurídicas perante o Estado, para se defenderem dos seus abusos quanto à utilização da informação pessoal” (CASTRO, 2003, p. 76). Esse aspecto subjetivo manifesta-se enquanto caráter negativo, ao obrigar o Estado a se abster de tratar os dados pessoais dos cidadãos, mas também de forma positiva, impondo ao Poder Estatal a definição de regras jurídicas reguladoras da utilização dos dados pessoais, de modo a haver um direito a prestações normativas (CASTRO, 2003, p. 77).

Em sede de dimensão objetiva, também chamada de comunitária ou horizontal, seria imposta ao Estado a adoção de providências de defesa contra agressão de terceiros contra dados pessoais dos indivíduos (CASTRO, 2003, p. 77).

A privacidade, cabe destacar, atualmente, assume um caráter relacional, no qual se deve determinar o nível de relação da própria personalidade com as outras pessoas e com o mundo exterior (DONEDA, 2006, p. 144). Ademais, sendo concebido como um direito fundamental, na esteira do direito da personalidade, o direito à autodeterminação informativa proporciona ao indivíduo o controle sobre suas informações (DONEDA, 2006, p. 197).

Ao comentar esse caráter relacional da privacidade, Pietro Perlingieri assevera, quanto ao interesse da Administração Pública no que tange aos dados pessoais, que o requisito da utilidade para a Administração não pode e nem deve mais ser o único parâmetro de referência. Assim, o caráter “pessoal” dos dados assinalaria uma passagem de uma representação unilateral, que se baseava apenas no interesse da Administração, para uma dimensão relacional, em que os interesses dos indivíduos em seus dados pessoais adquirem importância e merecem tutela (PERLINGIERI, 2008, p. 867-868).

Quanto à tutela nacional da proteção dos dados pessoais, a Constituição Federal assegura o sigilo de dados de forma genérica no inciso XII do artigo 5º¹³. Quanto ao tema, Tércio Ferraz

13“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” (art. 5º, XII, da Constituição).

defende haver diferença entre dados armazenados e transmitidos, aduzindo que “o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privada é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação” (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 447).

Esse, entretanto, não é o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal que, ao analisar a proteção de dados, entendeu, no RE 389.808/PR, que os dados em si estariam protegidos pelo sigilo e não apenas a comunicação dos mesmos. Em decisão mais recente, no RE 601.314, mesmo permitindo o acesso do Fisco a dados bancários do contribuinte sem a necessidade de decisão judicial, manteve aquele entendimento pois considerou que não haveria quebra, mas sim mera transferência que resguardava o sigilo, quando os dados passavam da órbita bancária para a fiscal. Desse modo, para o STF os dados em si são tutelados pelo inciso XII da Constituição Federal.

Ainda quanto ao tema, Stefano Rodotà, ao comentar o artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, que prevê, expressamente, a proteção dos dados como um direito à autodeterminação informativa, sustenta que a proteção das informações pessoais seria um tipo de proteção dinâmica, em contraposição à proteção estática ou negativa da vida familiar, prevista no artigo 7º. Assim, os dados pessoais devem ser protegidos em todos os seus movimentos, desde a informação de per si, até o fluxo de dados em dinâmica (RODOTÀ, 2008, p. 17).

Assim, a atenção se volta para o consentimento do interessado no fornecimento de dados pessoais. Mas surge o questionamento de que forma ele deve ser expresso. Para o Rodotà, há uma relevância na autorização, de modo que, em vez do *implied consent*, cabe na tutela desse direito da personalidade o *informed consent*, que se manifesta em uma série de disposições que prescrevem quais devem ser as informações fornecidas ao interessado para que seu consentimento seja validamente expresso (RODOTÀ, 2008, p. 75).

Como consequência desse consentimento informado, não se revela possível estabelecer um completo sistema de autorizações e proibições pela via legislativa. Assim, o consentimento, quanto ao fornecimento de dados pessoais, é um caminho alternativo entre a *regulation* e *deregulation* (RODOTÀ, 2008, p. 76).

Por fim, cabe salientar que estamos diante de um direito da personalidade que assegura ao seu titular a construção e o controle de sua esfera privada. Não há de se cogitar na existência de um direito de propriedade acerca das informações pessoais. A órbita é outra e estamos tratando de direitos existenciais e proteção da dignidade do indivíduo.

Explicitada a necessidade de tutela dos dados pessoais, cabe, agora, distinguir as espécies de informações pessoais, bem como aferir se quaisquer tipos de informação são aptas a serem controladas pelos seus titulares.

Nesse sentido, informação pessoal seria aquele dado relacionado a um indivíduo identificado ou identificável, independentemente do suporte em que se encontre registrado, incluindo escrita, imagem, som ou vídeo (CASTRO, 2002, p. 481). Assim, identificado é aquele indivíduo que já é conhecido e identificável a pessoa que pode ser conhecida diretamente pelo possuidor de seus dados ou, indiretamente, por meio de recursos à disposição de terceiros.

Para Marcel Leonardi, seria amplo demais e escaparia da tutela da privacidade o controle de todas as informações pessoais. Ele afirma que haveria uma grande quantidade de informações que identificam uma pessoa, mas existem muitas delas que não seriam privadas. Para ele, o essencial seria a defesa da personalidade (LEONARDI, 2009. p. 76).

Isto posto, cabe destacar que as informações pessoais podem ser nominativas, quando referentes a uma pessoa determinada, e não nominativas, que são os dados não relacionados ou identificados a pessoas determinadas e que podem ser objeto de apropriação sem qualquer tipo de restrição. Excepcionam-se algumas limitações decorrentes de regimes legais específicos,

como no caso das normas protetivas da propriedade intelectual, as quais impedem que, sem autorização do autor, terceiros tenham acesso a dados específicos.

Como exemplos de dados não nominativos, a doutrina menciona os “dados estatísticos, bibliográficos, econômicos, sociais, políticos e eleitorais não relacionados ou identificados – pelo menos diretamente – com alguma pessoa” (REINALDO FILHO, 2006, p. 99). Nesse sentido, por serem dados anônimos, referentes a uma coletividade (DONEDA, 2006, p. 158), sua apropriação, uso ou difusão não atingiriam os direitos da personalidade na medida em que não atingiriam a privacidade do indivíduo (REINALDO FILHO, 2006, p. 99).

Já em relação aos dados nominativos, estes se subdividem em dados sensíveis e não-sensíveis, os quais seriam aqueles não reservados ao seu titular. Como exemplos, mencionam-se “dados que se referem a atributos da pessoa (como nome, estado civil e domicílio) ou a qualquer outra circunstância de sua vida civil e profissional (como profissão, ocupação educação, filiação a grupos associativos, etc)” (REINALDO FILHO, 2006, p. 97).

Tais dados não geram danos ou risco de dano ao seu titular. Desse modo, podem ser utilizados e armazenados, reservando-se ao titular o controle de sua existência, veracidade e possibilidade de retificação (ECHTERHOFF, 2010. p. 157). Confere-se ao indivíduo esse direito ao controle e retificação de tais dados, pois o decurso do tempo pode gerar alterações nos mesmos que podem gerar danos, como se vislumbra na hipótese de um banco de dados desatualizado em que a correspondência não chegue ao destinatário.

Já os dados sensíveis são aqueles ligados diretamente à privacidade do indivíduo e que, se utilizadas, podem acarretar utilização discriminatória ou lesiva ao titular (DONEDA, 2006, p. 160). Como exemplos, mencionam-se as preferências sexuais da pessoa, as condições de sua saúde, sua adesão a ideias políticas, ideologias, crenças religiosas, bem como suas manias, trações do seu caráter e personalidade (REINALDO FILHO, 2006, p. 98). Dessa forma,

gozam de maior proteção jurídica, de modo que o titular pode, além de controlar seu armazenamento, uso e veracidade, impedir totalmente sua utilização (ECHTERHOFF, 2010. p. 157).

Em oposição a essa tutela primordial apenas dos dados sensíveis, existem doutrinadores que, considerando a sociedade em rede hoje existente e todos os problemas da privacidade já mencionados, indicam a existência de um profundo processo de revisão dos critérios de classificação das informações pessoais. Haveria a necessidade de aplicação de uma escala de valores renovada, de modo a conferir “o máximo de opacidade às informações suscetíveis de originar práticas discriminatórias” (RODOTÀ, 2008, p. 35).

Diante dessa nova necessidade, as técnicas tradicionais seriam insuficientes. Não haveria como distinguir um possível núcleo “duro” da privacidade, passível de proteção e pleno controle por parte do titular da informação, com diverso tratamento quanto aos demais dados. Nessa sociedade de informação, revela-se cada vez mais difícil individualizar os tipos de dados em que o cidadão poderia renunciar a qualquer espécie de controle. E isso ocorre pelo motivo de que até as informações aparentemente inócuas, se devidamente integradas a outras, podem provocar danos ao indivíduo.

Acrescenta-se a esse fato considerar o cidadão como portador de uma autonomia informacional, como já asseverado, não sendo mais possível considerá-lo um mero fornecedor de dados, sem que a ele caiba alguma espécie de controle. Entretanto, surge um questionamento: como se dará esse controle amplo de generalizado?

Para Stefano Rodotà esse amplo controle em quaisquer dados pessoais se revela como um instrumento de equilíbrio na nova distribuição de poder que estaria se delineado na sociedade, uma vez que a privacidade deve hoje ser compreendida como tendo passado da fase do sigilo ao controle. Esse controle, para o referido autor, além de individual se dilata na dimensão coletiva (RODOTÀ, 2008, p. 35).

Essa, portanto, é uma visão extremamente garantista uma vez que confere uma plena eficácia ao direito da privacidade.

Cabe ressaltar que essa visão teve acolhida na lei 13.709/2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais no direito brasileiro. Essa lei condicionou a utilização de informações pessoais não sensíveis, como nome, telefone, endereço e CPF ao consentimento de seu titular¹⁴, bem como assegurou a possibilidade de anotação e exclusão. Previu-se, ainda, o mesmo consentimento¹⁵ para a utilização de dados sensíveis dos cidadãos.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi precisa ao captar essa mudança de paradigma no âmbito de proteção do direito à privacidade, ao desdobrar¹⁶ o direito da personalidade em duas partes: o respeito à vida familiar e privada e a proteção dos dados pessoais. Assim, sem que tivesse sido “fragmentada sua fundamentação, que é a dignidade do ser humano” (DONEDA, 2002, p. 27), a Carta conferiu ao povo europeu uma proteção à privacidade de uma maneira completa e atual, compatibilizando a vedação de intromissões exteriores à tutela de dados pessoais, por meio do consentimento, que é a nova e contemporânea faceta desse direito da personalidade.

Baseado nesse exemplo europeu, o Brasil hoje reconhece expressamente na legislação que a privacidade manifesta-se como “o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada” (RODOTÀ, 2008, p. 92). Essa forma de entender a privacidade revela-se consentânea com o mundo em

14 “O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular. [...]” (art. 7º, Lei 13.709/2018).

15 “É vedado o tratamento de dados pessoais sensíveis, exceto: I – com fornecimento de consentimento específico e em destaque, pelo titular, para finalidades específicas. [...]” (art. 11, Lei 13.709/2018).

16 “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações” (art. 7º, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). “1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de acessar os dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente” (art. 8º, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

que vivemos pois entende ser ela meio para o livre desenvolvimento da personalidade, ao conferir ao indivíduo primazia e controle sobre sua vida privada e informações pessoais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento de privacidade foi sendo alterado ao longo do tempo, tendo havido uma mudança de perspectiva para a tutela da dignidade humana, bem como uma adequação às novas exigências de proteção da esfera privada em um mundo moderno, diante de recentes tecnologias de informação. Assim, a privacidade passou a representar não apenas a proteção de questões existenciais das pessoas, como convicção política, ideologias ou religião, mas também passou a tutelar uma proteção aos dados pessoais.

Nesse sentido, privacidade, hoje, é, outrossim, compreendida como direito fundamental à autodeterminação informativa, sendo imperioso compreender que a finalidade da proteção deste direito consiste na proteção da esfera privada, na busca da consagração da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, por meio da promulgação da Lei 13.709/2018, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana quanto à construção da esfera privada, o Brasil passou a adotar, expressamente, essa manifestação do direito à privacidade, em que há a primazia da vontade do indivíduo no que tange à circulação de seus dados pessoais. A privacidade passa a ser concebida também como um direito à autodeterminação informativa, em uma perspectiva de proteção da dignidade do indivíduo.

Assim, o titular do direito à privacidade, observando a autonomia privada que lhe é inerente, pode autorizar e determinar limitações ao próprio direito que lhe assiste. Em um mundo cada vez mais tecnológico, em que todos estão sujeitos a vigilância constante, a privacidade passa a ser reconhecida em seu aspecto positivo de autodeterminação informativa. É o triunfo da autonomia privada que passa a ter aplicação no âmbito das informações pessoais e da privacidade.

REFERÊNCIAS

- ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 10, n. 35, p. 19-45, out./dez., 2016.
- BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 10.
- BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 23.669/DE**, Relator: Ministro Celso de Melo, Brasília, 12 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1816436>. Acesso em: 21 nov. 2016.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- CASTRO, Catarina Sarmento. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro. In: ALEXANDRE, Isabel e outros. **Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 65-95, 2003.
- CASTRO, Catarina Sarmento. Os ficheiros de crédito e a proteção de dados pessoais. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, n. 78, p. 475-511, 2002.

CATALA, Pierre. Ebauche d'une théorie juridique de l'information. **Le droit à l'épreuve du numérique: jus ex machina**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque. Direitos Humanos na seara jusprivatística: a tutela da personalidade. In: FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; GODINHO, Adriano Marteleto (coord.). **Humanização do direito civil constitucional: perspectivas e desafios**. Florianópolis: Conceito, 2010.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 13, n. 4, p. 59-67, out.-dez. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo código civil. IN: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro: da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 51, 31.03.2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460. Acesso em: 16 mai. 2018.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de informação legislativa**, v. 17, n. 66, p. 125-152, abr./jun. 1980.

ECHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439-459. jan. 1993.

GOUVEIA, Luis Manuel Borges. **Sociedade da informação: notas de contribuição para uma definição operacional**, nov. 2004. Disponível em: http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf. Acesso em: 15.05.2018.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento da privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Idéias e Letras, 2005.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 19, 1980.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REINALDO FILHO, Demócrito. **Privacidade na sociedade de informação**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, 2006.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: DIAS TOFFOLI, José Antonio (org.). **30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O projeto de lei 5.276/2016 em contraste com o novo regulamento europeu (2016/679 EU). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, n. 5, p. 71-99, jan.-mar. 2018.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Havard Law Review**, v. 193, 1890.

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: REFLEXÕES EM TORNO DA CIDADANIA DIGITAL E FRATERNA NA ERA VIVENCIADA

Raquel Torres de Brito Silva
Carlos Augusto Alcântara Machado

1 INTRODUÇÃO

Considerando os fortes avanços tecnológicos que projetam o atual cenário, a Era Digital se torna um ponto importante de destaque preliminar quanto a influência do Constitucionalismo Digital enquanto uma nova ideologia no enfrentamento dos desafios oriundos dessa realidade.

Presencia-se uma era marcada pela forte proliferação de informações e dados, apresentando grandes e necessários avanços tecnológicos para o progresso humano, como o aperfeiçoamento da Inteligência Artificial e dos algoritmos, mas também gerando instabilidade de direitos básicos, humanos e fundamentais – como o direito à privacidade.

Nesse prisma, quais são os principais reflexos da Era Digital, atualmente presenciada, no que tange aos Direitos Humanos? Partindo da análise dessa problemática, o objetivo cerne desse artigo consistirá em tecer apontamentos no que tange aos reflexos da Era Digital na formação cidadã responsável, ética, inclusiva e com respeito aos Direitos Humanos.

Para o alcance de tal finalidade, os objetivos secundários, que contribuirão no desenvolvimento do trabalho são: a) Analisar o Constitucionalismo Digital e os principais impactos da Era Digital no que tange aos Direitos Humanos; b) Explanar quanto a relevância da Educação Digital na formação da cidadania nesta era contemplada.

Destarte, na construção do artigo, utiliza-se o método dedutivo, de natureza qualitativa, pautando-se no levantamento teórico bibliográfico baseado em referências compostas por doutrinas nacionais e estrangeiras, bem como outras produções científicas, como artigos, em torno do desenvolvimento do assunto em apreço.

2 O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL NA CONJUNTURA VIVENCIADA

A democracia contemporânea projeta constantes avanços na formação do cidadão e da sua nação pela busca em torno do reconhecimento de novos direitos fundamentais. Gradativamente, contemplam-se os fortes progressos tecnológicos que a todos insere na Era Digital.

A Era Digital vivida permite (re)pensar igualmente quanto aos desafios educacionais na construção de uma nova racionalidade escolar, e de cultura curricular, envolvendo outras formas de ensinar e aprender dentro dessa época marcada pela globalização da informação digitalizada, na qual o acesso ao conhecimento se torna imediato e onipresente. A rede proporciona grande facilidade de se conectar a informações desejadas conforme a linha de pesquisa que lhe seja oportuna, muitas das vezes sem apresentar controles e restrições temporais, institucionais e geográficas (PÉREZ, 2015).

O desenvolvimento tecnológico proporciona uma vasta multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar as informações que, com a “massificação das

relações contratuais”, estimula um aumento exponencial “do fluxo de dados na sociedade contemporânea. Tais informações passam gradativamente a ser utilizadas no tráfego social para as finalidades mais variadas” (SCHREIBER, 2013, p. 135). É preciso reconhecer que “vivemos na aldeia global e na era da informação, uma época de rápidas mudanças, de aumento sem precedentes de interdependência e complexidade, o que está causando uma mudança radical na nossa forma de comunicar, agir, pensar e expressar (PÉREZ, 2015, p. 14).

Concomitante às peculiaridades digitais atuais, seus riscos podem envolver desrespeito aos Direitos da Personalidade e aos Direitos Humanos Fundamentais em geral, gerando obstáculos a concretização dos valores democráticos. Em nível pátrio e alienígena, é notório que o mundo virtual se torna pauta de intensos debates, tamanha a preocupação global em torno dessa temática que já faz parte da realidade humana atual.

Diante desse aspecto, inclusive em breve análise quanto a realidade da União Europeia – a título exemplificativo –, a economia e a sociedade contemporâneas estão, por assim dizer, sob uma “revolução digital”. É possível, portanto, visualizar plataformas digitais ligando fornecedores de serviços e produtos a vários destinatários em todo o mundo. Isso, por sua vez, cria modelos novos de negócios, trazendo fortes mudanças geoespaciais (ENES, 2019).

Na perspectiva do desenvolvimento da *Internet* da digitalização da informação, é possível adentrar-se à “revolução informacional contemporânea”, enquanto proveniente da revolução industrial, focando-se no tratamento de informações automatizadas. Assim, o espaço virtual permite uma comunicação recíproca, com interação entre os participantes. Nessa realidade, a veracidade das informações se torna uma grande problematização (LÉVY, 1998).

Mister se faz ressaltar sobre o prestígio atrelado ao Constitucionalismo Digital no cenário global presenciado. Este pode ser compreendido como “a ideologia que adapta os valores do

constitucionalismo contemporâneo à sociedade digital” (CELESTE, 2019, n. p., tradução nossa).

Nessa neófitia “sociedade digital”, o eixo primário de atenção econômica, social e política é agora o gerenciamento da informação, marcado pela onipresença das novas tecnologias em uma era globalizada de interdependência, a qual projeta uma sociedade que celebra a complexidade e que enfatiza a diversidade e o anonimato. Tal cenário, por sua vez, demonstra aos cidadãos um clima de forte insegurança, incertezas e medo quanto a quantidade de dados e informações que são produzidos, consumidos, distribuídos e até mesmo abandonados em ritmo frenético (PÉREZ, 2015).

Nessa ótica, o exercício do poder na Era Digital é o principal desafio do Constitucionalismo Digital (SUZOR, 2018). Apesar dele não identificar as respostas normativas aos desafios da tecnologia digital, pode-se incorporar um conjunto de princípios e valores para devidamente os informar e orientar (CELESTE, 2019).

Essa expressão pode significar uma corrente teórica do Direito Constitucional Contemporâneo que busca a proteção de direitos fundamentais no ciberespaço, fazendo prescrições normativas enquanto uma “ideologia constitucional” que equilibra os poderes na governança do ambiente digital. Decerto,

[...] mais do que uma sistematização de um fenômeno sócio-político orientados pelas mais diversas iniciativas de enunciação e consagração de direitos fundamentais no ciberespaço, o constitucionalismo digital precede tais iniciativas e é capaz de fornecer diretrizes normativas suficientes para guiar a sua aplicação (MENDES; OLIVEIRA, 2020, p. 5).

Em conformidade com o exposto, o Constitucionalismo Digital é um termo comum “que conecta uma constelação de iniciativas que buscam articular um conjunto de direitos políticos, normas de governança e limitações ao exercício do poder na Internet” (REDEKER, 2018, n. p., tradução nossa).

Esse paradigma em comento representa uma série de medidas normativas emergentes para enfrentar as alterações do equilíbrio constitucional que são geradas pelo advento da tecnologia, como no caso dos riscos e ameaças aos direitos fundamentais; presença de difamações; discurso de ódio; *cyberbullying*; pornografia infantil; invasão à privacidade; dentre outros. Desse modo, se impõe a restauração de um estado de equilíbrio no ecossistema constitucional, fornecendo um conjunto de ideais, princípios e valores para orientar respostas em face dos desafios gerados pela nova era. Também pode ser visto como uma declinação do constitucionalismo contemporâneo, ou ainda como uma nova ideologia (CELESTE, 2021).

Em alusão ao exposto, ao mesmo tempo que os avanços tecnológicos proporcionam algumas novas possibilidades de concretizar direitos fundamentais (como a liberdade de expressão, manifestação política, liberdade religiosa), também atinge a outras classes de direitos (como a privacidade), suscitando novos riscos de violações, como observado no campo dos direitos de liberdade de expressão, onde a ampliação dos espaços digitais de manifestações públicas favorece que a *Internet* se torne um campo fértil para disseminar várias formas de abusos (como discursos odiosos, pornografia, *Fake News*, *cyberbullying*) (MENDES; OLIVEIRA, 2020). Isso, por sua vez, gera vastos conflitos sociais na Era Digital.

Tais conflitos sociais, como os supracitados, nascem “da divergência de opiniões religiosas, econômicas, culturais e religiosas sem o comportamento ético adequado”. Desse modo, é notório que “os usuários ficam vulneráveis a agressão e ao compartilhamento de informações a seu respeito, bem como ofensas que podem gerar eventual dano moral e material” (NUNES; LEHFELD, 2019, p. 439).

É possível reconhecer o papel da tecnologia digital como principal catalisador da mudança no ambiente constitucional (CELESTE, 2021). Dessa forma, por exemplo, os valores de um Estado de Direito “fornecem uma linguagem para nomear e trabalhar através de preocupações sobre a relação entre as plataformas e os seus utilizadores” (SUZOR, 2018, p. 1, tradução nossa).

O Constitucionalismo Digital também envolve a tarefa de identificação e desenvolvimento de abordagens de cunho social, técnico e jurídico que podem aprimorar a legitimidade de governança online. Isso inclui, por exemplo, a extensão de princípios de boa governança e Direitos Humanos para as plataformas privadas enquanto mediadoras de comunicação (SAAVEDRA; BORGES, 2022).

Alguns valores do Estado de Direito, como no caso de uma boa governança, proporcionam preocupações decorrentes da governação por plataformas - constitucionalmente falando. Assim, encontrar formas de melhorar “a legitimidade de governação da plataforma, tanto através de regras legais como obrigações sociais, é o principal desafio e oportunidade do constitucionalismo digital” (SUZOR, 2018, p. 9, tradução nossa).

O Constitucionalismo Digital já é uma realidade presente no cenário brasileiro, como observado pela análise de legislações pátrias relativas à *internet*, bem como o Marco Civil da Internet. Da mesma forma, é uma ideologia presente em virtude da crescente preocupação com os valores constitucionalmente consagrados, como no caso dos direitos à intimidade e privacidade, bem como a proteção de valores fundamentais (como a autodeterminação informativa, no qual as pessoas podem decidir os limites, e quando, os seus dados podem ser usados) (SAAVEDRA; BORGES, 2022).

Com base no exposto,

[...] é possível, desde o início, concluir que sim, que o Brasil vive uma fase de constitucionalismo digital. Ora, sendo o constitucionalismo digital a limitação jurídica do exercício de faculdades proporcionadas pelas novas tecnologias, de forma a legitimá-lo, é elementar que o País tem se voltado para essa ideologia (SAAVEDRA; BORGES, 2022, p. 176).

No cenário comentado, a preocupação decorrente dos estudos sobre tecnologias permite acompanhar igualmente a

responsabilidade pelas ações de seus usuários (SUZOR, 2016). Nesse sentido, é pertinente promover a conscientização deles nessa área digital cujo mundo *online* e *offline* praticamente não mais se diferenciam (ABRUSIO, 2020).

Isso pode, por sua vez, instigar a criação de mecanismos mais eficazes em prol de proteger os Direitos Humanos *online*, por exemplo. No entanto, por outra face, é possível visualizar uma forte ameaça aos valores fundamentais da liberdade de expressão e da autonomia. Pelo motivo em apreço, talvez um novo constitucionalismo seja necessário para proteger os direitos substantivos e procedimentais nesse ambiente digital (SUZOR, 2016).

Após essas breves considerações quanto ao Constitucionalismo Digital, se torna necessário destacar a seguir as principais e atuais repercussões da Era Digital nos Direitos Humanos.

3 REPERCUSSÕES DA ERA DIGITAL NOS DIREITOS HUMANOS

Apropriado destacar que a *Internet* fornece a infraestrutura subjacente que permite que as tecnologias digitais funcionem ora como distribuidor, ora como dissipador. Ao mesmo tempo em que são observadas grandes fontes de informações facilitadas pela *internet*, uma preocupação latente é a orientação dos Direitos Humanos (em torno, por exemplo, do direito à privacidade e da liberdade de expressão) (LIU, 2019).

Na medida em que vivemos em uma “sociedade de informação ou de rede”, com grandes evoluções tecnológicas e digitais, especialmente no âmbito da coleta de dados e de informações pessoais (dispersas em vários bancos de dados, a exemplo de cadastros públicos e dos registros pessoais em lojas), o reforço perante a privacidade (vislumbrada como um direito fundamental à autodeterminação informativa) permite, ao indivíduo, o controle de seus dados pessoais (SILVA; MELO, 2019).

No Brasil, a realidade pautada na tecnologia da informação vive em momento decisivo, procurando compatibilizar os

avanços tecnológicos com o exercício da liberdade de expressão e proteção da democracia (BARROSO, 2022). Há um novo paradigma tecnológico organizado em torno da tecnologia da informação, abrindo-se campo para a linguagem digital comum e projetando a informação a ser gerada, armazenada, recuperada, processada e transmitida.

Assim, percebe-se que as gerações atuais são moldadas por um novo contexto cultural pautado na sociedade de informação, vista como um paradigma dominante promovedor de uma mudança global, e ligada a uma nova matéria prima imaterial, evidenciando uma nova configuração geopolítica. Isso, por sua vez, reflete nos aspectos de cunho econômico, político e social em âmbito planetários. Apesar das potencialidades tecnológicas da informação e comunicação, projeta-se a desigualdade social, carecendo do compartilhamento do conhecimento em níveis básicos (MATTELART, 2006), bem como do acesso à *Internet* demais ferramentas enquanto frutos da contemporaneidade.

Tanto as funções quanto os processos dominantes na era da informação são organizados em torno de redes, os quais constituem uma nova “morfologia social”. Isso reflete nos processos produtivos, de experiências, poder e cultura. Com o novo paradigma da tecnologia da informação, percebe-se que a mesma é vista como um dos principais ingredientes da nossa organização social (CASTELLS, 2022).

Eventualmente, a análise referida permite notar alguns desafios colocados em decorrência da digitalização dos próprios fundamentos do direito contemporâneo no que diz respeito aos Direitos Humanos. Afinal, a perturbação digital dos Direitos Humanos projeta os fortes e constantes desafios que a digitalização coloca, a exemplos do desrespeito ao direito à privacidade (LIU, 2019).

A privacidade, como direito da personalidade, em muitas ocasiões é desrespeitada, sobretudo nessa conjuntura de existência de bancos de dados e de utilização de informações pessoais sem o devido consentimento de seu titular - algo latente na Era Digital (SILVA; MELO, 2019).

Os direitos de personalidade e privacidade são altamente violados pela intensificação do fluxo comunicacional na *Internet*, onde os espaços digitais são controlados por agentes dotados de alta capacidade para coletar, armazenar e processar os dados pessoais (MENDES; OLIVEIRA, 2020).

Alguns autores, inclusive, defendem a necessidade de uma “nova Declaração Universal De Direitos Humanos” para os espaços digitais contemplados na contemporaneidade, em prol de coibir abusos e defender os direitos dos indivíduos (de ataques virtuais e de violações aos Direitos Humanos/fundamentais), bem como defender a autonomia dos Estados-Nação (SAMPAIO; FURBINO; MENDIETA, 2020).

Afinal: “A ética e os valores morais devem permear esse ambiente tecnológico para evitar discriminações e preconceitos por parte de máquinas programadas inicialmente por humanos” (SAMPAIO; FURBINO; MENDIETA, p. 36, 2020).

Se o uso de certas ferramentas impactantes, a exemplo da Inteligência Artificial (IA), pode proporcionar benefícios importantes (como o aumentar do desempenho de tarefas inteligentes), por outro lado também promove efeitos nefastos – como o aumento da autoridade dos algoritmos e da *big data*, gerando a manipulação de dados e a quebra da ética. Refletir sobre esse assunto, e os seus impactos concretos no cenário vivenciado, é primordial (de sobremodo em prol do respeito aos Direitos Humanos) (SAMPAIO; FURBINO; MENDIETA, 2020).

Consoante os ensinamentos de Kai-Fu Lee (2019), a IA já ocupa consideravelmente um grande espaço em nossas mentes, alimentando nossos aplicativos e *sites* favoritos, por exemplo. Está presente no grande discurso tecnológico mundial, sobretudo estimulando a competição e seus avanços por meio dos estudos das grandes superpotências na área: EUA e China. Por meio dos seus avanços, nota-se a evolução dos algoritmos inovadores nos modelos de negócios, na economia revolucionária e na governança global. Contudo, ela também gera um cenário de incertezas, tendo por desafio transformar algoritmos em negócios mais sustentáveis.

Vivencia-se, igualmente, a “Era dos Dados” que são fornecidos excessivamente pelos usuários, levando ao aperfeiçoamento dos algoritmos de IA, os quais, para serem bem-sucedidos, precisam do poder de computação, da *big data*, e do trabalho dos engenheiros bons. Esse cenário projeta a força da globalização digital, que envolve os ganhos de produtividade, o aumento de informações e a coleta de dados exorbitantes, onde o senso de controle desses avanços se faz cada vez mais necessário, sendo pertinente abrir a mente para as diferentes abordagens que envolvem uma governança da IA (LEE, 2019).

Para a construção de uma democracia saudável perante essa realidade digital, é necessário vislumbrar cidadãos efetivamente informados, que possam robustecer suas opiniões críticas. Logo, espera-se que as pessoas “estejam conscientes de questões importantes e assuntos públicos, a fim de fornecer feedback sobre o sistema político” (STARK; STEGMANN, 2020, p. 3, tradução nossa).

Apenas a título de breve destaque, outro assunto proveniente da Era Digital, e de grande impacto nos Direitos Humanos, diz respeito aos algoritmos (que desempenham um papel fundamental no mundo virtual de hoje). Estes códigos programados selecionam a informação proposta ao usuário, baseando-se nos seus interesses, opiniões e preconceitos, coletados pelas plataformas que recolhem os dados pessoais dos utilizadores, durante a navegação na rede (MARCHETTI, 2020).

O impacto dos algoritmos nos valores e processos democráticos também proporciona preocupações atuais na formação do indivíduo e de uma nação política adequada, a exemplo da divulgação “de notícias falsas, especificamente criadas para manipular a opinião política e o voto dos eleitores” (MARCHETTI, 2020, p. 209, tradução nossa).

Os algoritmos exercem grande influência no contexto político, onde a comunicação pode ser compreendida como o processo de colocar a informação, a tecnologia, bem como a mídia, a serviço do poder. Gradativamente, os atores políticos, por meio de algoritmos, podem alcançar “imensas redes de

pessoas por meio de laços pessoais entre amigos e familiares” (HOWARD; WOOLLEY; CALO, 2018, n. p., tradução nossa).

É oportuno reconhecer o impacto tecnológico na contemporaneidade para os usuários em plataformas de mídia social (HOWARD; WOOLLEY; CALO, 2018). Afinal, isso repercute nas novas pautas culturais e em novos paradigmas que estão se desenrolando em um processo amplo de digitalização da vida, o qual parece não ter fim. Tal legado tende a se transmitir para as gerações futuras (CALLEJÓN, 2022).

Torna-se primordial, para a garantia dos valores democráticos, uma mistura coerente de regulamentação governamental que seja de fato adequada, bem como uma “co-regulamentação e plataforma específica auto-regulação a fim de minimizar os negativos efeitos das ameaças discutidas” (STARK; STEGMANN, 2020, p. 52, tradução nossa).

Esse vasto crescimento da Era Digital possibilita uma evolução global necessária, porém gerando, em contrapartida, mazelas consideráveis referentes aos Direitos Humanos. Para lidar com essa realidade, pautada nos avanços tecnológicos e na governança digital, é imprescindível uma melhoria no sistema educacional digital. Isso auxiliará na forma de lidar com o desenvolvimento tecnológico mais consciente, racional e com respeito aos Direitos Fundamentais.

A penetração social das novas tecnologias, sobretudo em crianças, jovens e adultos, permite a evolução das ferramentas digitais e a extensão tecnológica. Contudo, seu impacto digital nas novas gerações induz a outros estilos de vida, de processamento de informações, de expressão e ação. As ocupações dos jovens com a tecnologia formam um público-alvo saturado de informações e com dificuldade de organizar e governar seus sentimentos e comportamentos (PÉREZ, 2015).

Com base em tal realidade, uma efetiva Educação Digital é primordial nesse cenário social, de modo a formar futuros cidadãos com propícios sistemas educacionais, escolas, currículos, processos de ensino e aprendizagem e professores mais capacitados. Deve-se auxiliar os jovens na organização dos dados que

possuem acesso, transformando as fragmentadas informações em conhecimento que os ajudem a melhor entender a realidade inserida (PÉREZ, 2015).

As novas ferramentas e plataformas que trafegam pelo excesso de informação devem estar conexas com metodologias compatíveis que ajudem os cidadãos a estimularem habilidades, atitudes, valores e emoções nesses contextos sociais, heterogêneos, incertos, saturados de informação e de supercomplexidades. Por meio da educação, será possível desenvolver os indivíduos de maneira prática, criativa, disciplinar e crítica (PÉREZ, 2015). Através dela, também se constrói a cidadania digital, robustecendo o âmbito normativo de responsabilidades para coibir práticas ilegais, imorais e descabidas nessa era vivenciada.

4 A EDUCAÇÃO E CIDADANIA DIGITAIS SOB AS LENTES FRATERNAS

A Educação Digital também é pertinente para o processo de capacitação no acesso à informação na *Internet*, o que pode ser denominado como “Alfabetização digital”, que busca criar aprendizes capazes de encontrar, usar e avaliar informações de modo eficaz, resolvendo problemas e/ou tomando decisões. Isso tornará uma pessoa capaz de identificar a necessidade da informação, buscando “organizá-la e aplicá-la na prática, integrando-a a um corpo de conhecimentos existentes e usando-a na solução de problema” (SILVA, *et al.*, 2005, p. 33).

Por meio da Educação Digital, haverá um preparo oportuno e democrático do indivíduo para a “cidadania digital”, a qual pode ser entendida como uma expansão dos direitos e das formas participativas parlamentares, buscando o fortalecimento, a amplificação e uma versão completa da própria democracia (DI FELICE, 2020).

Cria-se, nessa concepção, um novo tipo de indivíduo, mais conectado e interativo. É um conceito que corresponde ainda a uma nova “morfologia das nossas ecologias e do nosso social

que, para além dos humanos, conta com a presença interativa das florestas, dos lagos, das plantas, dos algoritmos, dos *softwares*, dos *big data* [...]”, e de um extenso número de outras entidades que estejam conectadas (DI FELICE, 2020, n. p.)

É uma expressão vista como uma oportunidade para uma profunda transformação das relações e da nossa ideia de sociedade e de humano, capaz de inovar a descrição de um mundo hiper-complexo que é habitado além dos humanos (DI FELICE, 2020).

Segundo Ribble (2011), há nove principais elementos da cidadania digital que merecem apreço, também conforme as explicações de Nunes e Lehfeld (2019): 1) Etiqueta Digital (relacionada aos padrões de conduta adequada na via eletrônica, envolvendo uma responsável postura dos usuários digitais, vista ainda como um padrão de comportamento ético a ser seguido); 2) Comunicação Digital (ocorre de modo mais dinâmico e rápido atualmente, contemplando oportunidade de uma comunicação elaborada por qualquer pessoa, a qualquer momento e qualquer lugar); 3) Literacia Digital (consistindo no processo de ensino e aprendizagem sobre a tecnologia e o seu uso, no qual a capacidade de obtenção de informações precisará do aperfeiçoamento de capacidades mais sofisticadas de pesquisa e no processamento das informações (literacia) acessadas e coletadas).

Continuando os seus ensinamentos, há também enquanto elementos: 4) Acesso Digital (vinculado a plena participação eletrônica na sociedade, de modo a ampliar a cidadania digital para todos e impedir a exclusão. Assim, todos devem possuir acesso equitativo e pleno das tecnologias); 5) Comércio Digital (relacionado a compra e troca eletrônica de bens na via digital, representando atualmente uma parcela significativa da economia de mercado. O comércio digital, dentro dessa economia, deve ser adequado); 6) Lei Digital (conexa à ética da tecnologia em sociedade, prevendo responsabilidades quanto as ações dos usuários e, assim, inibindo a crimes); 7) Direitos e Responsabilidade Digital (que prevê direitos básicos inerentes aos cidadãos digitais, como o direito à privacidade e liberdade de expressão,

constando também as responsabilidades advindas desses direitos) (RIBBLE, 2011; NUNES, LEHFELD, 2019).

Igualmente destacam-se: 8) Saúde e bem-estar Digital (relacionados ao tratamento do bem-estar em aspectos físicos e psicológicos dos indivíduos perante o contexto da sociedade tecnológica contemplada, tendo em vista os perigos inerentes ao uso da tecnologia); 9) Segurança Digital (autoproteção), vinculada a garantia de segurança no mundo eletrônico (de modo e responsabilizar os que cometem delitos e perturbam a ordem social na comunidade digital. Isso evita a provocação de danos e coíbe perturbações) (RIBBLE, 2011; NUNES, LEHFELD, 2019).

Com o instituto da cidadania digital, busca-se a concretização e o exercício cidadão nas sociedades digitais. Isso engloba várias normas que norteiam as condutas e os comportamentos adequados, de sobremodo para os utilizadores dos meios digitais, como no caso dos usuários da *internet*. Para que ela seja exercida de maneira plena, o cidadão deve ter a consciência que, junto aos seus direitos, também há deveres e responsabilidades neste vasto mundo digital (NUNES; LEHFELD, 2019).

Tamanha é a expansão do seu conceito, que se torna possível relacioná-lo com as adaptações digitais para os grupos vulnerabilizados, como no caso dos deficientes físicos. A evolução digital e tecnológica permite o aprimoramento de habilidades comunicacionais, permitindo que os cidadãos com deficiência física, por exemplo, consigam utilizar computadores, *Smartphones*, *notebooks* e *tablets* como formas de ampliarem estratégias de mobilidades com atuações no ambiente digital, exercendo sua cidadania mediante um viés mais inclusivo e interativo (LIMA, 2022).

Nesse aspecto, falar sobre cidadania de pessoas com deficiências, a partir das plataformas digitais, requer a identificação de centralidade dos objetos que permitem o alcance e reconhecimento de direitos, potencializando uma sociedade mais inclusiva e igualitária, apesar da realidade de limitações de acesso tecnológico em virtude da parcela que não detém boas condições financeiras. Outros grupos vistos como vulneráveis e minorias,

como os negros, homossexuais e as mulheres, também encontram no âmbito digital uma forma de manifestarem as suas opiniões, buscarem inclusão e respeito, e promoverem sua cidadania (LIMA, 2022).

A cidadania digital, portanto, se relaciona ao modo de uso da *internet*, bem como das ferramentas digitais por parte dos seus respectivos usuários, promovendo normas de comportamento adequado e responsável quanto ao uso das tecnologias (NUNES; LEHFELD, 2019). Algumas ferramentas desse âmbito digital podem refletir no exercício da cidadania. A própria criptografia pode ser considerada como uma forma de empoderamento do cidadão, sendo um ato político que concede cidadania-eletrônica, por exemplo (MARTINI, 2008).

A cidadania, compreendida como um processo inerente as relações entre os homens em sociedade, também deve ser considerada sob essa ótica digital, considerando seu poder de transformação e ordenamento das relações. Desse modo, será possível pensar na cidadania como um processo integrador, envolvente e acolhedor, o qual procura compreender a diversidade social com mais sensibilidade, respeito e inclusão (LIMA, 2022).

Sua conexão com a ética e a inclusão digital também deve ser comentada. Afinal,

Tem-se, então, como fundamental, que a inclusão digital deve ser vista sob o ponto de vista ético, sendo considerada como uma ação que promoverá a conquista da “cidadania digital” e contribuirá para uma sociedade mais igualitária, com a expectativa da inclusão social. É possível, portanto, formular uma base conceitual para inclusão digital, com fundamento no espírito de ética universal (SILVA, *et al.*, 2005, p. 30).

Retomando a abordagem dos riscos oriundos dos avanços digitais, como no caso das difamações, pornografia infantil e cibercrimes, a formação de uma cidadania digital “correspondente ao uso das inovações tecnológicas de modo adequado,

estabelecendo uma série de quesitos condizentes com o comportamento dos usuários e o uso em caráter geral da *Internet* de outras plataformas digitais” (NUNES; LEHFELD, 2019, p. 437).

É preciso romper a concepção arcaica de que a *Internet* não gera responsabilidades. Felizmente,

A concepção de que a Internet é uma “terra-de-ninguém”, onde não precisam ser respeitadas as leis, direitos e deveres que permeiam o dito ‘mundo real’ vem sendo aos poucos derrubadas. Mesmo com o anonimato, há diversas formas de identificar as pessoas e obrigá-las a reparar um determinado dano que fora inferido no meio digital. Os comportamentos inadequados, assim, vêm sendo coibidos na Internet, a exemplo do que acontece na vida que ocorre fora dela (NUNES; LEHFELD, 2019, p. 438).

Segundo Nunes e Lehfeld (2019), a cidadania digital permite o exercício pleno da cidadania na vida real e na via digital, induzindo a comportamentos e normas que sejam mais adequadas para o mundo digital. Isso se vincula a ética, a seara das responsabilizações, as práticas de boas condutas, e a construção de indivíduos conscientes e propícios a abraçarem a Era Digital com mais respeito, inclusão, equidade e bom senso, projetando um ambiente seguro, eficaz, e com a garantia de observância dos Direitos Humanos e basilares para uma existência dotada de dignidade.

Pelo exposto, oportuno se faz destacar que a cidadania digital também se conecta à hoje já denominada cidadania fraterna, sobretudo quando fomenta o respeito perante o Outro, bem como o tratamento pautado na consideração mútua.

Afinal, a Fraternidade se vincula a alguns aspectos, tais como: a democracia, cidadania e cooperação social, tanto no âmbito emancipatório quanto assistencial (PUYOL, 2017). Além disso, “[...] o princípio da fraternidade desperta a consciência de reconhecimento e de responsabilidade em relação ao ‘outro’ e à comunidade” (JABORANDY, 2016, p. 155).

É nessa ótica que Jaborandy (2016, p. 152) nos ensina que a cidadania fraterna, “além de perfilar a garantia de direitos fundamentais, reconhece deveres dos indivíduos em comunidade para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais e culturais”. Para isso, se torna imprescindível o fomento da educação no robustecimento de valores e conscientizações basilares para um convívio social pautado na dignidade, no respeito e na equidade.

Para que a cidadania fraterna alcance patamares concretos, a educação revela-se “como a melhor forma de conscientizar e de conferir autonomia para os indivíduos contribuindo para a superação das desigualdades”, bem como “para o desenvolvimento da personalidade, para a compreensão mútua, para o senso de responsabilidade e para a participação política” (FRANÇA; JABORANDY, 2021, p. 103).

Portanto, a educação assume “uma dimensão estruturante da cidadania, sendo fulcral no processo de participação política do indivíduo bem como na exigência de seus direitos e no cumprimento de seus deveres” (FRANÇA; JABORANDY, 2021, p. 104).

As autoras, cujo pensamento foi antes evidenciado, ainda ressaltam que a cidadania fraterna estimula a formação de práticas mais democráticas, alicerçadas na convivência pacífica e respeitosa para a promoção da dignidade humana. É nesse sentido, por exemplo, que propostas educacionais que formem cidadãos frateros e ativos possuem uma vertente emancipatória.

Nesse aspecto, ao deparar-se com a Era digital e sua expansão célere e incomensurável, observam-se alguns desafios aos usuários e demais pessoas que são vulnerabilizados, expostos e desrespeitados neste novo mundo. A cidadania fraterna, em conexão à cidadania digital, incentiva a todos ao aprimoramento do viés inclusivo e respeitoso nas interações sociais, abrindo espaço para a equidade e comportamento éticos com responsabilidade perante as ações praticadas. A Fraternidade incentiva uma convivência harmônica e democrática, pilares primordiais para a qualidade de vida na realidade virtual e real.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, perpassando pelo estudo quanto a magnitude da Era Digital, é notória a expansão do desenvolvimento tecnológico, na amplitude das informações e dados coletados e, concomitante a isso, o crescente desrespeito aos Direitos Humanos e fundamentais.

Nesse prisma, alguns dos riscos presentes na Era Digital, favorecendo a violação de direitos básicos inerentes ao ser humano, foram contemplados, como no caso do direito à privacidade e liberdade de expressão. Como reflexo dessa era vivenciada, em aspectos globais, o poder da internet, da coleta dos dados pessoais, e de outros pontos associados ao âmbito tecnológico e digital, nos permitiu vislumbrar a relevância das reflexões oriundas pelo Constitucionalismo Digital.

Enquanto uma ideologia que incorpora princípios e valores, orientando a sociedade, a governança digital e os direitos a serem protegidos no ciberespaço, essa corrente contemporânea projeta o enfrentamento das principais ameaças aos direitos básicos do ser humano, como no caso difamações; discurso de ódio; cyberbullying; pornografia infantil; invasão à privacidade; dentre outros casos que demonstram formas de abusos disseminados pela internet. Observou-se que o Constitucionalismo Digital também faz parte da realidade pátria.

As grandes evoluções tecnológicas e digitais possuem repercussões vastas quanto especialmente a coleta de dados e de informações pessoais, construindo um cenário no qual a necessidade de coibir os abusos e defender os direitos nesse ambiente digital se torna algo urgente, de sobremodo perante assuntos como IA e Algoritmos.

Com base nesse cenário ora exposto, uma efetiva Educação Digital, para lidar criticamente com tais nuances, propondo ressignificações no processo de ensino-aprendizagem, propõe a lapidação dos indivíduos enquanto cidadãos mais conscientes dos seus direitos, deveres e responsabilidades, os moldando de modo crítico, criativo e disciplinar, coibindo práticas imorais, ilegais e desrespeitosas.

Ademais, por meio da Educação Digital, se constrói democraticamente a cidadania digital (conexa à cidadania fraterna), na qual o cidadão, mais interativo e conectado, é moldado para a prática de condutas e comportamentos adequados, cientes de suas responsabilidades neste vasto mundo digital.

Através da cidadania digital, na ótica também fraterna, também se torna possível incentivar a busca pela inclusão, respeito e equidade de grupos vulnerabilizados socialmente, a exemplo dos deficientes físicos, das mulheres e dos negros, que encontram na internet, e na liberdade de expressão conexa a privacidade, a possibilidade de expressarem opiniões e serem notados.

Logo, para o vislumbre de indivíduos praticantes de boas condutas, conscientes e propícios a abraçarem a Era Digital com Fraternidade, respeito e responsabilidade, o fomento da Educação Digital se torna oportuno e imprescindível. Assim, os valores democráticos serão robustecidos com respeito maior aos Direitos Humanos e a própria dignidade em seu cunho existencial.

REFERÊNCIAS

ABRUSIO, Juliana. Os limites da liberdade de expressão na internet. **Revista Brasileira de Educação e Cultura**, n. 21, p. 76-97, 2020. Disponível: <https://www.periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura/article/view/507/0>. Acesso em: 09 fev. 2023.

BARROSO, Luna Van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na Era Digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **La Constitución del algoritmo**. Colección: Estudios 9. Fundación Manuel Giménez Abad: Zaragoza, 2022.

CASTELSS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 2022.

CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. **Direitos Fundamentais & Justiça** | Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7638692/mod_resource/content/1/Constitucionalismo%20digital%20-%20Edoardo%20Celeste.pdf. Acesso em: 14 maio 2023.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, p. 76-99, 2019. Acesso em: 25 maio 2023.

DI FELICE, Massimo. **A cidadania digital**: a crise da ideia ocidental de democracia e a participação nas redes digitais. São Paulo: Paulus, 2020.

ENES, Graça. Digital platforms and European Union law—challenges from a perspective of multilevel constitutionalism. **UNIO-EU Law Journal**, v. 5, n. 1, p. 16-39, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/334726113_Digital_platforms_and_European_Union_law_-challenges_from_a_perspective_of_multilevel_constitutionalism. Acesso em: 17 mar. 2023. DOI: 10.21814 / unio.4.2

FRANÇA, Adelaide Elisabeth Cardoso Carvalho de França; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Cidadania fraterna e direito à educação: um debate necessário. In: VERONESE, Rose Petry; BRITO, Rafaela Silva; FONSECA, Reynaldo Soares da [org.]. **Educação, direito e fraternidade**: temas teórico-conceituais. Caruaru-PE: Editora Asces, 2021.

HOWARD, Philip N.; WOOLLEY, Samuel; CALO, Ryan. Algorithms, bots, and political communication in the US 2016

election: The challenge of automated political communication for election law and administration. **Journal of information technology & politics**, 2018.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro**: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto. Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia, 2016.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência artificial**: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Rio de Janeiro: Globo, 2019.

LÉVY, Pierre. A revolução contemporânea em matéria de comunicação. **Revista Famecos**, v. 5, n. 9, p. 37-49, 1998. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/iberoamericana/N%C3%83%C6%92O%20https://www.scimagojr.com/index.php/revistafamecos/article/view/3009>. Acesso em: 16 abr. 2023.

LIMA, Vivian Maria Cometi de. **Cidadania digital**: um olhar sobre as estratégias, práticas e associações de pessoas com deficiência física. Curitiba: Appris, 2022.

LIU, Hin-Yan. The Digital Disruption of Human Rights Foundations. In: **Human Rights, Digital Society and the Law**. Routledge, 2019. p. 75-86.

MARCHETTI, Gloria. **The Role of Algorithms in the Crisis of Democracy**. 2020.

MARTINI, Renato. **Tecnologia e cidadania digital**: ensaio sobre tecnologia, sociedade e segurança. Rio de Janeiro: Brasport, 2008.

MATTELART, Armand. **História da Sociedade da informação**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Victor Fernandes. **Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional**: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103>. Acesso em: 29 maio 2023. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i1.4103>.

NUNES, Danilo Henrique.; LEHFELD, Lucas Souza. Cidadania digital: direitos, deveres, lides cibernéticas e responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, v. 22, n. 35, 2019. DOI: 10.22171/rej.v22i35.2542. Disponível em: <https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2542>. Acesso em: 29 maio 2023.

PÉREZ, Ángel Gòmez. **Educação na era digital**: a escola educativa. Tradução: Marisa Guedes. Revisão Técnica: Bartira Costa Neves. Porto Alegre: Penso, 2015.

PUYOL, Angel. **El derecho a la fraternidad**. Catarata: Madrid, 2017.

REDEKER, Dennis; GILL, Lex; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights. **International Communication Gazette**, v. 80, n. 4, p. 302-319, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1748048518757121>. Acesso em: 05 abr. 2023.

RIBBLE, Mike. **Digital Citizenship in Schools**. 2011. Disponível em: http://oped.educacion.uc.cl/website/images/sitio/formacion/estudios/marcos/ciudadania%20digital/Ribble_Shaaban_2011_Digital_Citizenship_in_Schools.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguir. Constitucionalismo digital brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 49, n. 152, p. 157–180, 2022. Disponível em: <http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1228>. Acesso em: 29 maio 2023.

SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A declaração universal dos Direitos Humanos nos espaços digitais: uma necessidade em tempos cibernéticos. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 30 - 69, out. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4451/371372663>. Acesso em: 08 abr. 2023. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i61.4451>.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Helena Pereira da Silva, *et al.* A. Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania. **Ciência da Informação**, [S. l.], v. 34, n. 1, 2005. DOI: 10.18225/ci.inf.v34i1.1099. Disponível em: <https://revista.ibict.br/ciinf/article/view/1099>. Acesso em: 29 maio 2023.

SILVA, Lucas Gonçalves Da; MELO, Bricio Luis Da Anunciação. A lei geral de proteção de dados como instrumento de concretização da autonomia privada em um mundo cada vez mais tecnológico. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, vol. 03, nº. 56, Curitiba, 2019. p. 354 - 377 DOI: 10.6084/m9.figshare.9795164. Acesso em: 14 fev. 2023.

STARK, Birgit; STEGMANN, Daniel. **Are Algorithms a Threat to Democracy? The Rise of Intermediaries: A Challenge for Public Discourse**. 2020. Acesso em: 14 fev. 2023.

SUZOR, Nicolas. Digital constitutionalism: Using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. **Social Media+ Society**, v. 4, n. 3, 2018. Acesso em: 14 fev. 2023.

SUZOR, Nicolas. The responsibilities of platforms: a new constitutionalism to promote the legitimacy of decentralized governance. **Policy**, 2016.

A HERMENÊUTICA JURÍDICA NA ATUALIDADE GUIADA PELO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E ORIENTADA PELO DIREITO COM SUA FUNÇÃO PROMOCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA¹

Lafayette Pozzoli
Ilton Garcia da Costa

1 INTRODUÇÃO

Um tema estudado foi originado em investigações científicas no meio acadêmico a partir da Agenda da ONU – 2030, e seus 17 ODS – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – que se desdobram em 169 metas a serem alcançadas por meio de uma ação conjunta que agrega diferentes níveis de governo, organizações, empresas e a sociedade como um todo nos âmbitos local, nacional e internacional.

Junte-se a isto uma necessidade do direito ter uma maior efetividade, daí resultando pensar o princípio da fraternidade como uma proposta de objetivo para a próxima agenda da ONU, inicialmente prevista para 2045, seguindo a cronologia das agendas 2015 e 2030, mas 2045 a ONU completará 100 anos e, talvez por isto a próxima Agenda deva ser 2050.

¹ Tema da palestra proferida na abertura da Semana Jurídica da FAPE - Faculdade de Presidente Epitácio, no mês de setembro/2023. A argumentação central adveio da palestra, mas, a transformação em artigo homenageia a comemoração dos 10 anos do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Tiradentes, cuja coletânea tem o seguinte título: “Regulação, Sustentabilidade e Novos Direitos”.

São agendas que estão ganhando muita legitimidade na sociedade mundial e, com isto, dará oportunidade aos cidadãos, a partir da segunda metade do Século XXI, poder trabalhar o direito como uma função promocional da dignidade da pessoa humana.

A metodologia utilizada é com base em procedimentos hermenêuticos de análise e interpretação de textos doutrinários, mas também a jurisprudência, a doutrina e a legislação, apelando para o estudo histórico e comparativo, com vistas à compreensão adequada aos temas refletidos.

2 AGENDA 2030 E SEUS 17 ODS

Inicialmente vale consignar que cada um dos 17 ODS² – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, representa um desafio a ser alcançado para a promoção de um desenvolvimento integral, sustentável, justo, fraterno e inclusivo.

Apesar de ser uma agenda global, trata de temas que são cruciais para os Municípios, local onde as pessoas moram. Como afirmava André Franco Montoro, um fiel defensor do municipalismo: “Ninguém mora na União; ninguém mora no Estado; todos moram no Município.”³ Uma agenda que constitui uma ferramenta que já começou a ser implementada por governos municipais, estaduais e nacionais, organizações diversas, universidades, empresas, bancos, entre outros.

A proposta dos objetivos do desenvolvimento sustentável não é “reinventar a roda”. É utilizá-los para facilitar o desenvolvimento de ações integradas, com uma visão de futuro positiva e comum a diferentes grupos, que gera impactos reais na construção do desenvolvimento sustentável.

Os Municípios têm um papel central para o sucesso dessa agenda, pois, para que os objetivos do desenvolvimento sustentável sejam disseminados e alcançados, é preciso que os gestores municipais incluam tais objetivos em suas políticas e projetos,

² Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=1>. Acesso em 08/09/2023.

³ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=267045>. Acesso em 08/09/2023.

promovam a integração e a sustentabilidade das iniciativas, atuem a partir de acordos e articulações com outros agentes territoriais.

A sociedade civil e o setor privado também são atores-chave no processo, devendo estar envolvidos na efetividade dos objetivos e metas.

Vale ressaltar que a agenda 2030, da ONU, é um documento elaborado a partir da melhor experiência diplomática do mundo, dentro das respectivas representações dos Estados-membros da ONU.

Ela está orientada em cinco grandes áreas de importância, uma metodologia que ajuda a ter uma melhor compreensão contextual: pessoas; prosperidade; paz; parcerias e planeta.

Pessoas: o objetivo é erradicar a pobreza e a fome de todas as maneiras e garantir a dignidade e a igualdade.

Prosperidade: o objetivo é garantir vidas prósperas e plenas, em harmonia com a natureza.

Paz: o objetivo é promover sociedades pacíficas, justas, fraternas e inclusivas.

Parcerias: o objetivo é implementar a agenda por meio de uma parceria global sólida.

Planeta: o objetivo é proteger os recursos naturais e o clima do nosso planeta para as gerações futuras.⁴

São escopos que transitam no universo dos sonhos, pois os sonhos ajudam a melhor identificar o sentido da vida, enfim, parece que os diplomatas da ONU estavam inspirados quando elaboraram a agenda 2030.

Uma agenda que foi organizada antes de 2015, sem o conhecimento de que passaríamos por um período pandêmico. Por isto, uma compreensão necessária aqui da oportunidade que se depa-rou de como a pandemia do COVID-19 tem feito com que o ser humano perceba seus limites e, ao mesmo tempo, a necessidade de fortalecer seus vínculos comunitários e solidários. Tal recordação é

4 Disponível em: <https://www.embrapa.br/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods/o-que-sao-os-ods>. Acesso em 08/09/2023.

notável para que o princípio da fraternidade seja resgatado e, assim, se possa compreender melhor a importância da atual agenda 2030 e que a próxima agenda da ONU esteja presente como um dos seus objetivos o princípio da fraternidade e seu corolário respeito.

3 PERÍODO PÓS-PANDEMIA: REFLEXOS SOCIAIS

A pandemia deixou uma marca profunda na perspectiva humana. Todas as ilusões de segurança e o sentimento de autosuficiência foram testados ao limite. As medidas governamentais e os movimentos da sociedade civil foram aplicados com firmeza máxima para conter a disseminação da doença, e embora sejam úteis e louváveis, não conseguiram esconder a verdade que agora se destaca claramente: a fragilidade inerente à vida humana emergiu com a mesma intensidade com que foi ignorada nos anos de prosperidade econômica e avanços tecnológicos, especialmente nos países mais desenvolvidos.

Vale consignar, a insegurança é parte da vida humana e precisa ser levada em conta na consecução do sentido de vida que cada pessoa tem.

A imprevisibilidade, aliada aos objetivos e anseios, é parte do cotidiano das pessoas. No entanto, quando por algum tempo se tem alguma segurança, ainda que provisória, as pessoas costumam se esquecer das imprevisíveis características da vida. A tentação oferecida pela miragem da segurança é aquela de tomar a vida como “dada”. Para além disso, a própria pessoa parece em alguma medida “dada” ou pronta, o que não corresponde às incertezas da estrutura narrativa da vida humana.

A compreensão do momento presente certamente é um trabalho que envolve muitas reflexões. Vale aqui lembrar um filósofo universal Jacques Maritain que disse:

a tragédia das democracias modernas está no fato de ainda não terem conseguido realizar a democracia, mas, apesar de suas imperfeições e de seus

limites a democracia é o único caminho por onde passam as energias progressivas da história humana. (Maritain, 1964, p. 33).

Acrescento que a democracia que precisamos é a democracia participativa, incluindo os cidadãos na condução dos negócios ligados ao Estado.

É dentro deste contexto que o Poder Judiciário, como responsável por uma boa parte da construção de legitimidade do Estado, vale-se do processo de interpretação das normas jurídicas, construindo verdades argumentadas.

Analisando a realidade brasileira, atrevemo-nos a afirmar que o processo de interpretação do direito pode estar em torno de 70%, em contraste com os processos interpretativos observados na maioria dos países europeus, que, ousaríamos dizer, ficam em torno de 30%. Isso, sem dúvida, está intrinsecamente relacionado à cultura da nação, à sua formação histórica, ao respeito pelos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade entre os cidadãos, bem como à preservação dos seus valores, com destaque para o princípio do bem comum.

Para obter uma compreensão mais profunda da interpretação atual do direito e de como ela contribui para a construção e consolidação da legitimidade do Estado e das instituições da sociedade como um todo, é essencial examinar sua evolução histórica, estudo que será realizado na sequência.

4 BREVE ANÁLISE DA TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

Amparado nos ensinamentos judaicos, que considera o ser humano como o ponto culminante da criação e tem uma importância suprema na economia do Universo, todo ser humano é único, e quem suprime uma existência é como se destruísse o mundo na sua inteireza.

Nesta seara foi atribuído à pessoa que tinha perdido a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade, que resultou do significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre: o mundo é uma única cidade, uma Cosmópolis – cosmo = universo e polis = cidade (pelo latim civitas), da qual todos participam como amigos e iguais: cidadão revestidos de uma cidadania.

Com o Cristianismo, sedimenta a ideia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, conforme afirmou São Paulo: “não há distinção entre judeu e grego”⁵.

Durante o período do Iluminismo, a corrente do constitucionalismo encontrou sua inspiração no humanismo, no qual os direitos fundamentais foram formulados de maneira sistemática. Um documento de grande relevância desta época foi a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”⁶ da França.

A fim de estabelecer a supremacia da lei - a partir do século XVIII - duas importantes ideias surgiram com as batalhas pela transformação cultural. A primeira delas foi na esfera política, desdobrando-se em dois pilares fundamentais: a soberania nacional, fundamentada na vontade geral como elaborada por Rousseau, e a separação de poderes, com a significativa contribuição de Montesquieu.

Depois, a condição jurídica, estendendo-se pela supremacia da lei e para isto a necessidade de se conceber o direito como um sistema e, a mais importante delas, coube ao Judiciário ser o guardião no controle da constitucionalidade e da legalidade.

Tais condições permitiram, no século XIX, o desenvolvimento da revolução industrial, da propagação do positivismo científico a partir do pensamento de August Comte e a motivação para um forte otimismo pela ciência.

No século XX, na área do direito, resultou em um positivismo jurídico incrustrado a partir dos ordenamentos jurídicos dos Estados, luta pelos mercados internacionais e o desencadeamento

⁵ Epístola aos Romanos, 10,12.

⁶ Texto integral da Declaração disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaração-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 08/09/2023.

da 1ª Guerra Mundial com um consequente levante para um ambiente que propiciou a 2ª Guerra Mundial.

Com isto deu campo para o surgimento do maior documento jurídico edificado pela humanidade no Século XX, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷, de 1948, traçando em seus 30 artigos como fio condutor a dignidade da pessoa humana e permitindo que, inicialmente, no ocidente, os Estados constitucionais pudessem desenvolver uma nova forma de interpretação, notadamente após a transformação da declaração em pactos, civil e econômico, no ano de 1966.⁸

É digno de lembrança o fato de que a UNESCO, tendo como embaixador francês Jacques Maritain, convidou-o em 1947, para presidir o comitê que preparou a Declaração, cujo trabalho empreendido com grandes líderes mundiais da época permitiu a realização de um acordo cultural.

A lição maritainiana consistiu em afirmar a verdade na liberdade, tendo a dignidade da pessoa humana como suporte maior. Uma justificação racional dos Direitos Humanos só é possível, segundo Maritain, pela descoberta da lei natural, entendida nas suas concepções realmente metafísicas e no seu dinamismo realista, isto é, uma noção de lei natural conotada simultaneamente com a natureza e com a experiência. Com isto, é necessário considerar o ser humano enquanto pessoa, que tem uma necessidade de uma dimensão relacional na sociedade.

Desenvolvendo um trabalho comparativo entre a Declaração e o livro de Maritain, publicado em 1942, “Os Direitos do Homem e a Lei Natural”, é facilmente identificável que já contém o prenúncio da referida declaração da ONU, de 1948 e, como, por exemplo, podemos constatar o texto do livro e o Artigo I. Na página 16 do livro de Maritain está escrito:

7 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 08/09/2023.

8 Os Pactos foram adotados pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

Cada um de nós é portador de um grande mistério que é a personalidade humana. Sabemos que um traço essencial de uma civilização digna desse nome é a noção e o respeito da dignidade da pessoa humana; por outro lado, é ideia pacífica a de que para defender os direitos da pessoa humana, bem como para defender a liberdade, devemos estar sempre preparados para oferecer a própria vida. (Maritain, 1967, 16).

O Artigo 1º, da Declaração, dispõe: “Todos os humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”⁹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos completará 75 anos em 10 de dezembro de 2023. Mas, foi em 06 de novembro de 1947 – na segunda Conferência da UNESCO, realizada no México, que Maritain, em seu discurso inaugural da Conferência, deu norte para a Declaração com a indicação da dignidade da pessoa humana como centro do documento.

Atualmente, no Brasil, o processo hermenêutico sofre uma influência direta da Declaração, como um novo modelo interpretativo do direito, deixando de lado uma predominância do positivismo jurídico, muito forte até o final dos anos 90 e, a partir daí, assumindo a predominância no processo interpretativo correntes filosóficas ligadas ao realismo jurídico.

Ilustrando, vamos a alguns exemplos desse novo tipo interpretativo. Procedimentos no Supremo Tribunal Federal brasileiro que, desde 2002, transmite ao vivo para todo o país, pela TV Justiça, todas as audiências plenárias. Também, é comum ter Audiência Pública em que os Ministros podem ouvir a sociedade, nos seus diversos segmentos profissionais e políticos, a respeito de um determinado assunto. Uma figura importante advinda do processo civil, na reforma de 2015, foi o *amicus curiae* (amigo da corte), que é um terceiro admitido no processo para

9 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 08/09/2023.

fornecer subsídios instrutórios, trazendo informações importantes da sociedade para a solução da demanda.

Enfim, é possível afirmar que o realismo jurídico é uma corrente filosófica predominante no momento, um pensamento jurídico filosófico que considera a realidade social na tomada de decisões judiciais. Talvez por isto alguns doutrinadores chamam isto de ativismo judicial. Mas, como açambarcar esta nova realidade no contexto interpretativo do direito? Trabalho que será desenvolvido no próximo item.

5 HERMENÊUTICA DO DIREITO E A LEGITIMIDADE DAS AGENDAS DA ONU

Se aspiramos um mundo novo e almejamos promover a compreensão global, acredita-se que o princípio da fraternidade deve ser um dos pilares da próxima agenda internacional. A Organização das Nações Unidas (ONU) desempenha um papel fundamental na condução de diálogos iniciados com base na fraternidade, com o objetivo último de alcançar a paz. As agendas desenvolvidas pela ONU servem como ferramentas valiosas para essa finalidade.

Já tivemos a Agenda 2015, inicialmente denominada como a Agenda do Milênio, que contou com 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Essa agenda surgiu como resultado de um compromisso solidário e fraternal voltado para o desenvolvimento humano global, assumido por 189 líderes mundiais durante a Cúpula do Milênio das Nações Unidas, em setembro de 2000. Esse compromisso resultou na Declaração do Milênio das Nações Unidas, concebida como um esforço para consolidar acordos internacionais alcançados em diversos encontros mundiais realizados ao longo da década de 1990. Muitos foram os sucessos decorrentes das diretrizes da Agenda do Milênio. A experiência demonstrou que esse é um caminho que a humanidade pode trilhar de forma harmoniosa, com a conquista de tais marcos.

Vivenciamos a agenda 2030, que tem 17 ODS - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Assim, acreditamos que ter o princípio da fraternidade como um dos objetivos da próxima Agenda e os Estados-membros da ONU poderem incorporar em seus ordenamentos jurídicos e planejamentos estratégicos a fraternidade. O objetivo proposto, poderia ter como forma um embasamento em escala mundial, como o trabalhado na Encíclica “Fratelli Tutti”¹⁰, do Papa Francisco, que aponta três focos básicos: a fraternidade humana universal, a solidariedade necessária após a pandemia e o diálogo inter-religioso. São parâmetros importantes e oportunos para a construção do respectivo objetivo da agenda.

Vale observar, desde a Agenda do Milênio, que existe um crescente envolvimento na elaboração e execução das respectivas Agendas – um trabalho com os Governos, ONGs e sociedade em geral. Elucidando, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça institucionalizou metas para o Judiciário Brasileiro a partir dos objetivos e metas da Agenda 2030. Foi criado um Comitê Interinstitucional da Agenda 2030, com o intuito de identificar a demanda do Judiciário vinculada a cada ODS e metas, estabelecendo uma relação entre os assuntos das Tabelas Processuais Unificadas (forma de apresentar os dados do Judiciário no relatório anual) com cada um dos objetivos. Talvez pouco perceptível no geral, mas vejam que “revolução” a Agenda causa!!!

6 CAMINHOS NA ELABORAÇÃO DAS AGENDAS DA ONU

Buscando ampliar a percepção de efetividade da Agenda 2030, façamos uma relação com a construção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Inicialmente, vejamos como se deu a elaboração das agendas e, notadamente, da agenda 2030, que passou a nortear e orientar uma série de reflexões e de ações práticas nos mais diversos campos da sociedade.

10 Disponível em: https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/pa-pa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html. Acesso em 08/09/2023.

Percorrendo pela história recente, tomamos três momentos importantes que subsidiaram na construção das agendas. Primeiro, em 1967, com a Encíclica do Desenvolvimento – *Populorum Progresso*¹¹ – do Papa Paulo VI - primeiro documento a tratar do desenvolvimento em âmbito mundial.

Segundo, a ECO – 92, conferência da ONU realizada na cidade do Rio de Janeiro. Na sequência, em 1995, a ONU proporcionou a Conferência Mundial pelo Desenvolvimento Social (em Copenhague), uma conferência proposta por iniciativa do Ex-presidente do Chile Patricio Aylwin, primeira conferência da ONU sobre a área social. Ressaltamos aqui que a ideia partiu da América Latina!

Terceiro, na década de 90 um trabalho da ONU junto aos Estados-membros que gerou mais tarde os ODM - Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – 2000 até 2015.

Por fim, nos dias de hoje fala-se muito em respeito a todas as dimensões do humano. Neste sentido o princípio da fraternidade é uma ferramenta de trabalho que ajudará no diálogo com as diversas culturas do ponto de vista ético e humanístico como princípio jurídico, tanto a fraternidade em nível local como a fraternidade universal – poderá servir como um novo paradigma interpretativo. Aliás, algo semelhante ao que dava consistência de unidade ao exército Romano quando conquistado novos povos e os homens mais fortes eram incorporados no exército. Aquele que chegava era visto como irmão, como *fratello*, um conceito que originou o que hoje chamamos de fraternidade. Talvez, por isto, que o exército Romano tenha sido longo e tão temido.

Complementando com a atualidade, a tecnologia, a ciência, a política e a diplomacia têm demonstrado que não resolvem os dramáticos conflitos vividos na atualidade pelos seres humanos. Aliás, foram agravados nos últimos cem anos. A fraternidade é o laço de união entre os seres humanos, fundado na liberdade do respeito pela dignidade da pessoa humana e na igualdade de direitos entre todos os seres humanos.

11 Disponível em: https://www.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html. Acesso em 08/09/2023.

Destacando, nos séculos XIX e XX – os conceitos de liberdade e de igualdade serviram predominantemente como paradigmas interpretativos em todas as áreas do conhecimento humano, especialmente no direito, logo no século XXI deverá a fraternidade servir, de forma predominante, como paradigma interpretativo do direito e demais áreas do conhecimento humano.

É por conta deste contexto que o princípio da fraternidade funcionará não como uma utopia vazia, uma mera poesia sem conexão com a realidade, mas sim no firme fundamento, como um alicerce que poderá possibilitar a ONU, junto com os demais organismos internacionais, os Estados-membros e a sociedade em geral criarem condições mínimas para a superação definitiva da fome, da miséria e da desigualdade social e ter o início de uma era, em escala planetária, de tolerância entre os povos, nações e entre as pessoas.

O princípio da fraternidade, de respeito, pode ser um pilar significativo para este período de pós-pandemia poder passar e propiciar a construção de caminhos sólidos para a efetivação da tolerância em escala mundial.

Puderas que este desafio pudesse ser encampado como luta por todos que estão tendo conhecimento do assunto. Um forte exemplo é o trabalho que está sendo cultivado pelo Comitê Supremo da Fraternidade Humana, organismo independente de líderes religiosos, acadêmicos e líderes culturais do mundo, que assinaram um documento em 2019 (Documento da Fraternidade Humana para a Paz e Coexistência Mundial)¹², que impulsionou ainda mais a luta para uma maior difusão do princípio da fraternidade.

Com o advento da próxima Agenda da ONU, quiçá possam as constituições nacionais terem o princípio da fraternidade como farol orientativo nas suas ordens jurídicas. Aqui seria certamente o começo de uma nova realidade, um novo mundo, e um grande legado para a humanidade, a partir da segunda metade do Século XXI.

¹² Disponível em: https://www.vatican.va/content/francesco/pt/travels/2019/outside/documents/papa-francesco_20190204_documento-fratellanza-umana.html. Acesso em 08/09/2023.

7 DIREITO COMO FUNÇÃO PROMOCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

Mas, estando o princípio da fraternidade presente na próxima Agenda, o passo seguinte será um caminho que o leve aos ordenamentos jurídicos, e a sua concreta efetividade, como aconteceu com a dignidade da pessoa humana impulsionada pela Declaração de 1948. E neste sentido, é importante considerar o direito como a sua função promocional da pessoa humana. Na sequência algumas rápidas ponderações sobre isto.

Quando o Estado passa a ter um papel maior na gestão da sociedade, isto é, deixa de ser mero garantidor e ativamente toma para si maiores funções, também a lei positiva se torna a principal fonte do direito e por meio dela o Estado pode realizar seu papel de gestão e comando da sociedade.

De fato, com o aumento da complexidade da sociedade industrial e tecnológica, o Estado, que antes exercia basicamente a função de garantidor da ordem pública, expandiu seu campo de atuação para além dessa função meramente repressiva. Já no século passado, o Estado tomava para si a responsabilidade pela execução dos serviços básicos, como educação e saúde. Modernamente, o Estado teve que ampliar esse conjunto de atribuições para responder à crescente complexidade socioeconômica de uma economia capitalista em expansão, de modo que o seu papel primordial tem sido o de regulamentador da sociedade.

Com a justificativa da complexidade econômica, o Estado ampliou suas funções em meio à sociedade e o resultado dessa ação estatal no âmbito do direito foi o de transformar a lei num instrumento de gestão governamental. Desse modo, a lei também passou a ter funções de regulação e estímulo dos comportamentos sociais, para além da punição que caracterizava seu papel meramente repressivo. A norma jurídica precisa, nesse sentido, acompanhar as modificações sociais para que possa melhor regulamentá-las.

Essas mudanças contínuas que observamos no conteúdo do direito estão intimamente ligadas às relações que se desenvolvem

ou se modificam na estrutura econômica. São relações que se pautam pelos interesses dos grupos que ali atuam e pelo próprio crescimento da complexidade da sociedade. A ordem jurídica, portanto, pode ser vista como o reflexo da realidade social subjacente, mas também como fator condicionante dessa realidade.

Assim, a partir das mudanças econômicas, o Estado transcendeu a própria economia, posto que esta é uma das atividades e relações da vida humana, mas não a única.

Por isto que o direito utilizado como instrumento de atuação, de controle e de planejamento pelo Estado implica em dar maior ênfase às normas de organização, de condicionamentos que antecipam os comportamentos desejáveis.

Nesse sentido, o papel das normas de organização é o de convencimento e estímulo das condutas, ou seja, elas nascem como persuasão para que as pessoas compreendam que, ao atuarem no sentido da norma reguladora, se aproximarão melhor do bem comum da comunidade; é assim que o direito, hoje, deve ser visto, também, como um direito que tem uma função promocional, que se interessa por comportamentos tidos como desejáveis e, por isso, não se circunscreve a proibir, obrigar ou permitir, mas almeja estimular comportamentos.

Essa ideia das normas que organizam e antecipam comportamentos humanos se relaciona, do ponto de vista hermenêutico, com um direito que tem uma função para promover a dignidade da pessoa humana, na medida em que promove um sistema jurídico aberto à realidade social e às necessidades que as normas já existentes ainda não foram capazes de compreender.

Ademais, é possível afirmar que o direito é uma técnica de invenção, algo que não está pronto, mas está sendo constantemente construído nas interações sociais. Da mesma forma deve ser consignado que se é verdade que o profissional do direito trata com proposições normativas e não com fatos, não é menos verdade que a experiência jurídica pressupõe uma referibilidade destas proposições normativas a comportamentos reais.

O direito, em sua função promocional, justamente por consistir numa técnica de invenção, abre espaço para uma maior

participação de todo o corpo social. É necessário que as pessoas que estão para além da burocracia estatal participem ativamente por serem elas as destinatárias das normas jurídicas. De certo modo, é possível afirmar que as pessoas participativas é que abrem os olhos tanto dos legisladores quanto dos aplicadores das normas.

No mesmo sentido, por ser o direito uma técnica de invenção, abre espaço para uma maior participação da comunidade, socializando direitos e também responsabilidades.

Da exposição acima fica a imagem de que é possível identificar na atualidade do direito dois caminhos: o primeiro, no qual impera a letra da lei e que pode gerar a violência disseminada ou culminar em tragédia, como se viu nas duas grandes guerras do século passado, mas também nas inúmeras guerras espalhadas pelo mundo nos dias de hoje.

Por outro lado, nos deparamos com um direito humanista, fraterno, um direito que promove a pessoa humana, que respeita a dignidade humana e as culturas, e que tem forte ligação com a história moral e jurídica, vivenciada por cada nação.

Por derradeiro, ter o princípio da fraternidade como fundamento de um documento internacional, no porte de uma Agenda da ONU, apontará para o Estado-membro tê-lo como mandamento constitucional e poder ajudar no processo de interpretação da notas dentro de um encaminhamento assegurado pelo direito como função promocional da pessoa humana.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para terminar, vale aqui consignar um pensamento do Papa Francisco: “a sociedade cada vez mais globalizada torna-nos vizinhos, mas não nos faz irmãos”. Neste mesmo sentido é que uma lembrança que se destaca é aquela que resgata o princípio da fraternidade, permitindo-nos uma compreensão mais profunda da importância da Agenda 2030 atual e da necessidade de incluir o princípio da fraternidade na próxima agenda da ONU como um de seus objetivos essenciais, acompanhado pelo valor respeito.

Nos dias de hoje, há uma ênfase significativa no respeito por todas as dimensões do humano. Nesse contexto, o princípio da fraternidade emerge como uma ferramenta fundamental. Ele facilita o diálogo ético e humanista com diversas culturas e se manifesta não apenas como um princípio jurídico, mas também como uma força motriz que promove a fraternidade em níveis locais e universais. Pode, portanto, ser considerado um novo paradigma interpretativo.

Querer que o princípio da fraternidade possa estar presente na próxima agenda da ONU pode ser um sonho. Aliás, é justamente a possibilidade de realizar um sonho que torna a vida interessante – dizia o poeta. Retomando o pensamento do político brasileiro André Franco Montoro, que também dizia: “quando sonho sozinho – é apenas um sonho, quando o outro começa a sonhar comigo – é o começo de uma nova realidade”.

E este sonho, que também é de tantos outros pesquisadores, de ter a fraternidade como princípio na próxima agenda da ONU, uma mensagem agora compartilhada com todos – um legado que os fraternalistas temos condições de deixar para a humanidade.

É possível que um dia não precisemos mais sonhar diante da realidade da próxima agenda da ONU, na qual o princípio da fraternidade seja um dos seus objetivos fundamentais, incorporado aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros da ONU. Nesse cenário, o direito assumirá a sua função essencial de promover a dignidade humana, resultando na construção de uma cultura de fraternidade e paz para toda a humanidade!

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de (Santo). **Suma de teológica**. 2ª ed. 5 vols. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Os pensadores. vol. IV. 1ªed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ARISTÓTELES. **Política**. trad. António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. edição bilíngue. Lisboa: Vega, 1998.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da filosofia do direito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

CIANCIARDO, Juan (2020). **La Cultura de los Derechos Humanos: Razón, Voluntad, Diálogo**. Cidade do México, UNAM. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6272-la-cultura-de-los-derechos-humanos-razon-voluntad-dialogo>. Acesso em: 08/09/2023.

COSTA, Chiara de Sousa; PINHEIRO, Victor Sales. **A Fraternidade como Lei Natural da Alteridade: Uma Reflexão de Chiara Lubich sobre a Racionalidade Prática e o Bem Comum em Tempos de Pandemia**. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; POZZOLI, Lafayette (Orgs). **Pandemia, Direito e Fraternidade: Um Mundo Novo Nascerá**. Caruaru: Asces-Unita, 2020, p. 93-106. Disponível em: <http://repositorio.ascses.edu.br/handle/123456789/172>. Acesso em: 29 ago. 2023.

COSTA, Ilton Garcia da. Paz e serviços públicos. RJLB - **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 8, p. 1879-1892, 2022.

COSTA, Ilton Garcia da. LOUREIRO, Caio M. SANTIN, Valter Foletto.. Serviço Público de ensino e os desafios da educação infantil: do acesso à segurança escolar. In **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 9, p. 55-77, 2023.

COSTA, Ilton Garcia da. POZZOLI, Lafayette. **A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988: fraternidade e função promocional do Direito.** In: Maria Cristina de Souza Alvim; Lafayette Pozzoli. (Org.). Ensaio sobre filosofia do direito: dignidade da pessoa humana, fraternidade, democracia e justiça. 1ed. São Paulo: EDUC - Editora da PUC/SP, 2023, v. 1, p. 15-34.

ENCÍCLICA *Pacem in terris*. São João XXIII. 1963. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html. Acesso em 08/09/2023.

ESPOSITO, Roberto. **Communitas: Origen y Destino de la Comunidad.** Tradução de Carlo Rodolfo Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ.** In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luciane Cardoso. Direito e fraternidade: em busca de concretização. Sergipe: Edunit, 2018. Pp. 159-204.

GUARDINI, Romano. **O Espírito da Liturgia.** São Paulo: Cultor de Livros, 2018.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: Um Instrumento para Proteção de Direitos Fundamentais Transindividuais.** 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2016.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia na antiguidade.** São Paulo: Herder, 1965.

LA FER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica Helder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: EDUSC, 2001.

MARITAIN, Jacques. **Cristianismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1964.

MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Trad. Afranio Coutinho. Coleção Sagarana. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1967.

ORTEGA Y GASSET, José. **Meditaciones del Quijote**. Campinas: Livre, 2016.

POZZOLI, Lafayette. Cultura dos Direitos Humanos. **Revista de Informação Legislativa**, nº 159, vol. 40, Brasília, 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/877>. Acesso em: 08/09/2023.

PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SANTIN, Valter Foletto. **Refugiados de ontem e de hoje: uma história de exclusão social**. In: MÜLLER, Maria Cristina (org.). Anais [do] VI Encontro de Egressos e Estudantes de Filosofia da UEL, VI Ciclo Hannah Arendt – Brasil/Venezuela e I Jornada sobre Ensino de Filosofia. Londrina: UEL, 2016, p. 109-121.

SOBRE OS AUTORES

Augusto César Leite de Resende Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professor de Direitos Humanos e Fundamentais na Universidade Tiradentes (Sergipe - Brasil). E-mail: aclresendeaju@gmail.com.

Bricio Luis da Anunciação Melo Doutorando em Direitos Humanos (UNIT/SE); Mestre em Direito (UFS/SE); Professor Convidado da Pós-Graduação da Estácio/SE; Professor de Direito; Oficial de Justiça Avaliador Federal.

Carlos Augusto Alcântara Machado Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe e Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes. Professor permanente do Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da UNIT e Professor colaborador do Mestrado em Constitucionalização do Direito da UFS. E-mail: carlos.augusto@souunit.com.br.

Carolina Silva Porto Doutoranda em Direitos Humanos (UNIT/SE), bolsista CAPES/PROSUP. Mestra em Direitos Humanos (UNIT/SE). Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT/SE. Integrante do Grupo de Pesquisa 'Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social'.

Clara Cardoso Machado Jaborandy Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Público. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (UNIT/SE), na linha “Direitos Humanos, Novas Tecnologias e Desenvolvimento Sustentável”, da Graduação em Direito da Universidade Tiradentes e de cursos de pós-graduação da Universidade Tiradentes e da Escola Judicial de Sergipe. Coordenadora do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social”, presente no diretório do CNPq. Certified Information Privacy Manager (CIPM) pela Associação Internacional de Profissionais de Privacidade (IAPP).
E-mail: claracardosomachado@gmail.com.

Daniela Richter Doutora em Direito pela UFSC. Professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Coordenadora do Curso de Direito Noturno e Líder do Grupo de Estudos de Direito e Consumo Sustentável (GEDCS) da UFSM. É integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente - NEJUSCA, da UFSC.
E-mail: daniela.richter@ufsm.br.

Deisemara Turatti Doutora em Direito (UFSC); Docente do Magistério Superior da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA); Advogada.
E-mail: deisemaraturatti@unipampa.edu.br.

Diogo Diniz Lima Doutorando em Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Advogado. Superintendente Regional do SESI no Estado do Maranhão. Integrante do Núcleo de Estudos

de Direito Constitucional. Pesquisador FAPEMA (2010-2013). Pesquisador da Fundación Carolina (2011-2012), com pesquisa desenvolvida no Departamento de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Granada.

Fernando Gomes de Andrade Doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa (Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas), Mestre em Direito Público pela UFPE. Professor Adjunto na Universidade de Pernambuco (UPE) e no Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces-Unita). Coordenador do Instituto de Estudos Avançados da Asces-Unita. E-mail: fernandoandrade@asces.edu.br.

Fernando Leal Professor da FGV Direito Rio. Por comentários e sugestões a versões anteriores deste trabalho, gostaria de agradecer a Eduardo Jordão, Natasha Salinas, Thomaz Pereira, Thiago Araújo, Pedro Pamplona Cotia, Gabriel Machado e Sandro Sabença.

Geralda Magella de Faria Rossetto Doutorado em Direito pelo PPGD/UFSC. Mestrado em Direito pelo PPGD/UNISINOS. Advogada com ênfase em curadoria de dados. Professora convidada de cursos de graduação e pós-graduação. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente – NEJUSCA; do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade – UFSC; Membro da Rede Universitária para Estudos sobre a Fraternidade (RUEF). Procuradora Federal aposentada. E-mail: geraldamagella@gmail.com.

Henrique Ribeiro Cardoso Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC - Universidade de Coimbra) e Pós-doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB); Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio); Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade

Federal de Sergipe (PRODIR/UFS) e do Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes (PPGD/UNIT); Promotor de Justiça Titular da Fazenda Pública em Sergipe (MPSE).

Ilton Garcia da Costa Doutor e Mestre em Direito PUC-SP, Mestre em Administração UNIBERO, Professor em Direito da UENP. Líder do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais-GP CERTOS, Avaliador Institucional e de Cursos pelo Ministério da Educação MEC/INEP, Advogado e Matemático; iltongarcia@gmail.com.

Josiane Rose Petry Veronese Professora Titular de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, graduação, mestrado e doutorado em Direito. Doutora e Mestre em Direito pela UFSC, pós-doutorado pela PUC Serviço Social/RS e em Direito pela UnB. Coordenadora do NEJUSCA - Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade. E-mail: josianepetryveronese@gmail.com.

Lafayette Pozzoli Pós-Doutorado pela Universidade La Sapienza – Roma. Doutor pela PUC-SP. Líder do Grupo de Pesquisa GEDs - Direitos Fundamentais à Luz da Doutrina Social - PUC-SP, onde é Professor e foi Chefe de Gabinete. Foi Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão, Coordenador do Curso de Direito e do Mestrado em Direito e professor no UNIVEM. lafayette@lafayette.pro.br.

Luciane Cardoso Barzotto Desembargadora Federal do Trabalho da 4ª Região. Professora de Direito do Trabalho da UFRGS, Rio Grande do Sul, Brasil. Doutora em Direito pela UFPR. Pós -doutora em Direito pela Universidade de Edimburgo. E-mail: lucicard@terra.com.br.

Matheus Fontella Goulart Mestre em Administração (Universidade Federal do Pampa/UNIPAMPA), Bacharel em Comunicação Social (Universidade Federal de Santa Maria/UFSM), Graduando em Direito (UNIPAMPA); e-mail: matheusfontella01@gmail.com.

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira Doutora em Direitos Sociais pela Universidade Autônoma do México (UNAM). Estágio de Pós-Doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Universidade de Málaga (ESPANHA). Professora Titular da UFSC (BRASIL), aposentada desde 2017. E-mail: olgaoliveiralagoa@gmail.com.

Paulo Roberto Barbosa Ramos Professor Titular de Direito Constitucional do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça - UFMA. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça - UFMA. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da UFMA e Promotor de Justiça Militar do Ministério Público do Estado do Maranhão. Membro da Diretoria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1992), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997), Doutorado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Granada - Espanha (2010/2011). Possui dezenas de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Ministra a disciplina Direito Constitucional Avançado nos Programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Autônoma de Lisboa. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas:

direitos fundamentais, políticas públicas, velhice, ministério público e constituição. Em 2019 foi admitido como investigador do Centro de Estudios Políticos y Constitucional (Madrid/Espanha) e no Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia, da Escola Superior de Guerra (Rio de Janeiro/Brasil).

Raquel Torres de Brito Silva Doutoranda em Direitos Humanos pelo PPGD/UNIT e bolsista pela CAPES. Mestra em Direito pelo PRODIR/UFS. Mestra em Desenvolvimento e Meio Ambiente pelo PRODEMA/UFS. Especialista em Advocacia Pública pela UCAM. Especialista em Tributário e Processo Tributário pela LEGALE.
E-mail: raqueltorres.95@hotmail.com.

Reynaldo Soares da Fonseca Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), atualmente em colaboração técnica na Universidade de Brasília (UnB). Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

DIREITOS HUMANOS, NOVAS TECNOLOGIAS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

REGULAÇÃO,
SUSTENTABILIDADE
E NOVOS DIREITOS

1 VOLUME



**GRUPO
TIRADENTES**
Inspirando o futuro

Unit

UNIVERSIDADE
TIRADENTES

Programa de Pós-Graduação e Extensão



EDITORIA UNIVERSITÁRIA
TIRADENTES

www.editoratiradentes.com.br

Arquivo Final para Publicação - Documento para Revisão do Autor - Março de 2024 - Edunit