

Luciana Sabbatine Neves
Ana Cláudia Rodrigues de Faria
Organizadoras

Autores:
Adriana Bertoni Holmo Figueira
Ana Cláudia Rodrigues de Faria
Belmiro Jorge Patto
Cristian David Gonçalves
Dayane Aparecida Rodrigues Mendes
Eduardo Tuma
Edloy Menezes
Edna Raquel Hogemann
Giovanna Hingreadh do N. Oliveira
Iriana Maira Munhoz Salzedas
Jamili Simões
José Fernando Vidal de Souza
Lady Ane de Paula Santos Della Rocca
Luciana Sabbatine Neves
Marcelo Benacchio
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Márcia Regina Pitta Lopes Aquino
Osvaldo Capelari Júnior
Reynaldo Soares da Fonseca
Ricardo Sayeg
Rodrigo Campos Hasson Sayeg
Soraya Galassi Lambert
Paola Cantarini Guerra
Willis Santiago Guerra Filho

ESTUDOS SOBRE AS APLICAÇÕES JURÍDICAS DA FRATERNIDADE

Uma Homenagem aos Professores Reynaldo Soares da
Fonseca e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Prefácio: Paulo Dias de Moura Ribeiro



Editora Fundação Fênix

Convidamos a leitora, o leitor para uma jornada através dos usos e dimensões jurídicas da fraternidade; a obra reúne perspectivas diversas sobre a temática e constitui uma singela homenagem para os Professores Reynaldo Soares da Fonseca e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, a partir de cátedra ministrada em conjunto; os autores, seus alunos e colegas, através dos capítulos, que a integram celebram o conhecimento transmitido: aos Mestres com carinho!

Luciana Sabbatine Neves



Editora Fundação Fênix



**ESTUDOS SOBRE AS APLICAÇÕES JURÍDICAS DA FRATERNIDADE – UMA
HOMENAGEM AOS PROFESSORES REYNALDO SOARES DA FONSECA E MARCELO
NAVARRO RIBEIRO DANTAS**

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto – PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas – Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Maria DÁvila Lopes – UNIFOR

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo – Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino

Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento – UERJ

Daniel Wunder Hachem – PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero – UFRGS

Denise Pires Fincato – PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza – PUCRS

Eugênio Facchini Neto – PUCRS

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer – UniRio

Fabio Siebeneichler de Andrade – PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan – PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet – PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino – PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra – Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna – PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho – PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann – FGV Direito Rio
Jane Reis Gonçalves Pereira – UERJ
Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ
Laura Schertel Mendes
Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub
Luis Alberto Reichelt – PUCRS
Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School
Miriam Wimmer - IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Patryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Richard Pae Kim – UNISA
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP
Thadeu Weber – PUCRS

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão – Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo – Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho – Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa
Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP
Cristina Maria de Gouveia Caldeira – Universidade Europeia
César Landa Arroyo – PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites – Pontifícia Universidade Católica do Peru
Elena Alvites Alvites - PUCP
Francisco Pereira Coutinho – Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón – Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva – Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez – Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Pedro Paulino Grandez Castro – Pontifícia Universidad Católica del Peru
Richard Pae Kim – Professor do Curso de Mestrado em Direito Médico da UNSA
Víctor Bazán – Universidade Católica de Cuyo

Luciana Sabbatine Neves
Ana Cláudia Rodrigues de Faria
Organizadoras

**ESTUDOS SOBRE AS APLICAÇÕES JURÍDICAS DA FRATERNIDADE – UMA
HOMENAGEM AOS PROFESSORES REYNALDO SOARES DA FONSECA E MARCELO
NAVARRO RIBEIRO DANTAS**

Prefácio

Paulo Dias de Moura Ribeiro



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2024

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Direito – 94

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Estudos sobre as aplicações jurídicas da fraternidade [livro eletrônico] : uma homenagem aos professores Reynaldo Soares da Fonseca e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas / organizadoras Luciana Sabbatine Neves, Ana Cláudia Rodrigues de Faria ; prefácio Paulo Dias de Moura Ribeiro. -- Porto Alegre, RS : Editora Fundação Fênix, 2024. -- (Série direito) PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-5460-132-0

1. Direito 2. Fraternidade 3. Homenagem I. Neves, Luciana Sabbatine. II. Faria, Ana Cláudia Rodrigues de. III. Ribeiro, prefácio Paulo Dias de Moura. IV. Série.

24-194905

CDU-347:255

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito e fraternidade 347:255

Tábata Alves da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9253

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786554601320>

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
<i>Paulo Dias de Moura Ribeiro</i>	
1. A FRATERNIDADE COMO (IN) POSSIBILIDADE JURÍDICA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	15
<i>Luciana Sabbatine Neves</i>	
2. OS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	29
<i>Ana Cláudia Rodrigues de Faria</i> <i>Reynaldo Soares da Fonseca</i>	
3. MEIO AMBIENTE E LIVRE INICIATIVA: EM BUSCA DE SINTONIA E SINCRONIA EM PROL DO DESENVOLVIMENTO HUMANO	53
<i>José Fernando Vidal de Souza</i> <i>Edloy Menezes</i>	
4. O PAPEL DA FRATERNIDADE E DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO	83
<i>Jamili Simões</i> <i>Lady Ane de Paula Santos Della Rocca</i> <i>Marcelo Benacchio</i>	
5. UMA ANÁLISE SOBRE ASPECTOS DO CAPITALISMO HUMANISTA A DIMENSÃO ECONÔMICA DA SOCIEDADE FRATERNA – PONTOS EM QUE ALTERA O REGIME CAPITAISTA E SUA MELHOR VEICULAÇÃO PARA ATINGIR TAIS FINALIDADES	103
<i>Ricardo Sayeg</i> <i>Luciana Sabbatine Neves</i> <i>Rodrigo Campos Hasson Sayeg</i>	

6. OS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL CONTEMPORÂNEO E OS LIMITES DO CONSENTIMENTO	125
<i>Adriana Bertoni Holmo Figueira</i>	
7. A GOVERNANÇA CORPORATIVA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO PROPULSORES À RESPONSABILIDADE HUMANISTA DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS	149
<i>Eduardo Tuma</i>	
<i>Giovanna Hingreadh do N. Oliveira</i>	
8. OS ENTRAVES DO DECRETO Nº 9.199/2017 EM FACE DA LEI DE MIGRAÇÃO	165
<i>Iriana Maira Munhoz Salzedas</i>	
9. O FEDERALISMO DAS REGIÕES DE PAULO BONAVIDES: UM FEDERALISMO FRATERO	177
<i>Willis Santiago Guerra Filho</i>	
<i>Paola Cantarini Guerra</i>	
<i>Edna Raquel Hogemann</i>	
10. POSTULAÇÃO DE UMA ERÓTICA DO SABER JURÍDICO NOS MANIFESTOS WARATIANOS	191
<i>Willis Santiago Guerra Filho</i>	
<i>Paola Cantarini</i>	
<i>Belmiro Jorge Patto</i>	
<i>Márcia Regina Pitta Lopes Aquino</i>	
11. DIREITO FUNDAMENTAL FRATERO À SAÚDE	217
<i>Cristian David Gonçalves</i>	
<i>Reynaldo Soares da Fonseca</i>	

**12. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA NEGROS NO
JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL** **235**

Dayane Aparecida Rodrigues Mendes

**13. DISCRIMINAR NÃO. VIABILIZAR A IGUALDADE SIM. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO
DA FRATERNIDADE** **247**

Soraya Galassi Lambert

14. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TECNOLOGIAS DE REGISTRO DISTRIBUÍDO **267**

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Oswaldo Capelari Júnior

PREFÁCIO

É com imensurável honra e profunda admiração que me dirijo a todos os leitores para apresentar este prefácio, uma singela homenagem aos queridos colegas Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas.

Em suas trajetórias inspiradoras, suas contribuições se fizeram inestimáveis para a consolidação do Estado democrático de Direito e o fortalecimento do sistema judiciário em nossa nação.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, um insigne modelo de competência e dedicação à justiça, possui um enorme senso de humanidade e notável sabedoria. Sua atuação no cenário jurídico é destacada por sua singular imparcialidade, resgate do esquecido princípio jurídico da fraternidade, de quem é o pai, frisando sempre a axiomática importância dos direitos humanos na construção de uma sociedade mais justa e democrática. Seu empenho na área ética e igualitária serviu, serve e servirá de inspiração para juristas, consolidando-o como uma figura ímpar no universo jurídico. Em sua longa carreira no exercício da jurisdição, tem trazido ao Poder Judiciário um olhar profundamente compassivo, com a lembrança de que todo processo é sobretudo um drama humano – e assim precisa ser avaliado.

O Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, por sua vez, destaca-se por sua erudição, sensibilidade ímpar, sólidos conhecimentos jurídicos e humanos, perpassando por todas as áreas do direito com grande acuidade a abranger temas sensíveis e essenciais para o desenvolvimento do Brasil enquanto sociedade, com ênfase na persecução penal sem desrespeitar as garantias constitucionais, sistema prisional e preocupação com a inteligência artificial. Sua trajetória é marcada por uma contribuição singular para o aprimoramento do Direito, seja no exercício de suas funções no Superior Tribunal de Justiça, seja em sua atuação acadêmica. Mais do que isso, o Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas é um verdadeiro polímata, à moda dos clássicos: suas contribuições ultrapassam o Direito e enriquecem também a música, a literatura, a história.

Ao prestar esta homenagem, é essencial o destaque da relevância e o papel insubstituível que os eminentes juristas exercem enquanto inspiração para as presentes e futuras gerações de magistrados e operadores do direito. Suas decisões,

14 | Estudos sobre as aplicações jurídicas da fraternidade

fundamentadas sempre no princípio da imparcialidade, direitos humanos e busca pelo justo servem de farol para guiar aqueles que como eles contribuem para construção e consolidação de uma sociedade mais justa e equitativa.

Que este breve prólogo seja uma homenagem singela à notável trajetória dos Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, e que suas instruções e modelos continuem a estimular e guiar todos aqueles que almejam aperfeiçoar nosso sistema de justiça e fomentar a valorização dos direitos básicos de cada cidadão.

Ao tempo em que parabenizo os autores das reflexões sobre a temática da fraternidade, cumprimento as organizadoras Luciana Sabbatine Neves e Ana Cláudia Rodrigues de Faria pela oportunidade de externar minha admiração aos homenageados.

Boa leitura!

Com estima e reconhecimento, **Paulo Dias de Moura Ribeiro**, Ministro do
Superior Tribunal de Justiça

1. A FRATERNIDADE COMO (IN) POSSIBILIDADE JURÍDICA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

FRATERNITY AS A LEGAL (IN)POSSIBILITY BASED ON THE 1988 FEDERAL
CONSTITUTION



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-01>

Luciana Sabbatine Neves¹

SUMÁRIO:1. Introdução 2. Fraternidade, Constituição de 1988 e perspectivas sociojurídicas; 3. Conclusões; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Fraternidade, valor, princípio, sentimento, comunicação? Pertencente, exclusivamente, à teologia, filosofia, direito? São perguntas ou perspectivas, que integram plêiade possível de imaginário popular e acadêmico, quando se evoca o termo em questão; dessa forma, e a partir do reconhecimento da rica e longa histórica da gênese do conceito, sua perspectiva histórica; filosófica²; teológica³, mas igualmente, secularizada, assim, política; jurídica⁴; em rol, meramente, exemplificativo, nos ramos de conhecimento hoje diferidos e aqui listados, iniciamos o presente introito, para explicitar, que se trata, e aqui será abordada, a partir de sua perspectiva jurídica, corte aplicado, ao texto constitucional de 1988 em vigor, ainda a partir da sua perspectiva comunicacional.

¹Doutoranda em Direito empresarial pela Universidade Nove de Julho; Doutoranda em Direito público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Integração Regional coordenado pela Profa. Dra. Luciane Klein Vieira; Advogada; email: luneves@yahoo.com.

² Platão. **O banquete**, in Domínio Público - Detalhe da Obra (dominiopublico.gov.br), acesso em 26/10/2023.

³ VATICANO. **Carta Encíclica Fratelli Tutti do Santo Padre Francisco sobre a Fraternidade e a Amizade Social**. Disponível em: https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html. Acesso em: 16 ago. 2021.

⁴ Fonseca, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

Assim, das inúmeras possibilidades, propomos o estudo da fraternidade como categoria jurídica, para expor sua funcionalidade, inserida no texto constitucional de 1988 e algumas de suas (in)possibilidades atuais como reflexo de aplicação ao sistema jurídico.

Diga-se, que se trata, de corte/ viés aplicado, pois, a fraternidade está presente em normativa internacional; Direitos humanos e antidiscriminatório (ramo hoje, considerado autônomo)⁵, a exemplo da Carta internacional de direitos humanos (conjunto de documentos formados pela Declaração dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)⁶; em sistema internacional regional protetivo de Direitos humanos e aplicável, igualmente ao bloco econômico do MERCOSUL, a partir de reflexão direta à constituição de cidadania mercosulina⁷, tomada como exemplo de possibilidade de aplicação jurídica.

A tarefa, entretanto, não nos parece fácil, não obstante hoje sua consagração através da aplicação expressas por sólida jurisprudência pátria⁸, é ainda conceito que enfrenta resistência, seja por sua porosidade delimitativa e descritiva, em que contribui para aclarar Barzotto e Barzotto⁹, estudos da autora em coautoria¹⁰,

⁵ Rios, Roger; Leivas, Paulo; Schafer, Gilberto. DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO E DIREITOS DE MINORIAIS: PERSPECTIVAS E MODELOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL E COLETIVO ANTI-DISCRIMINATION LAW AND MINORITY RIGHTS: PERSPECTIVES AND INDIVIDUAL AND COLLECTIVE MODELS OF PROTECTION, in *Rev. direitosfundam. democ.*, v. 22, n. 1, p. 126-148, jan./abr. 2017.

⁶ ALVES, José Augusto Lindgred. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FDT, 1997, p. 25.

⁷ AQUINO, Sérgio *Fundamentos de uma Cidadania Sul-Americana: ética, fraternidade, sustentabilidade e política jurídica*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

⁸ Fonseca. Reynaldo Soares da. O princípio jurídico da fraternidade no Brasil: em busca de concretização. *RED|UnB* - 16 Edição, páginas 64 a 90, 2019.

⁹ Barzotto, Luis Fernando Barzotto; Barzotto, Luciane Cardoso. Fraternidade, um conceitualético: uma abordagem a partir da experiência jurídica. In *Direito e Fraternidade: ensaio em homenagem ao professor Dr. Lafayette Pozzoli*. LACERDA, Luana Pereira; GIACÓIA Júnior, Oswaldo; SANTOS, Ivaldo. CASTILHO, Ana Flávia de Andrade Nogueira (org.). Curitiba: Editora CRV, 2018, p. 23-31.

¹⁰ Neves, Luciana Sabbatine. DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DA FRATERNIDADE COMO CRITÉRIO DECISÓRIO E CONSTITUCIONAL ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.; PEREIRA, Thiago Rodrigues; SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine. A SOCIEDADE FRATERNA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 5, n. 62, p. 28 - 55, dez. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4842>>. Acesso em: 11 ago. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v5i62.4842>; SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine; SAYEG, Rodrigo Campos Hasson. Uma análise sobre aspectos do capitalismo humanista a dimensão econômica da sociedade fraterna: pontos em que altera o regime capitalista e sua melhor veiculação para atingir tais finalidades. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 632-655, 2020.; Neves, Luciana S.; Medeiros, Alexandre D. M. de; Ramidoff, Mário Luiz. A

ReynaldoSoares da Fonseca, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Baggio, Pozzoli, Bonavides, Canotilho, Piovesan, Sarlet, Haberle, em rol exemplificativo das produções sobre a temática, o que se busca, além de sua articulação, presença, possibilidade de sentidos e aplicação prática é estabelecer a cultura jurídica, assim manuseio.

Certo, que constitui, inexoravelmente, base axiológicas aos ramos de Direito tributário e previdenciário e em Direito civil, não se olvide a intensa presença da solidariedade (com diferenças de sentido) e, a partir da teoria do risco, considerada essa, em sentido *lato sensu*, também sua aplicabilidade e assim traz à tona questões correlatas em Direito administrativo, ou Direito penal, indicando já o amplo plexo de possibilidades envoltas ao estudo.

Dessa forma, a partir do exposto, e declaradas como premissas que: 1- a fraternidade é um conceito polissêmico e interdisciplinar; 2 – presente e passível de aplicação ao sistema jurídico e seus diversos ramos; 3 - presente em normas internacionais e nacionais; 4 – com diferenciação entre sentido e funcionalidade; 5 – que o preambulo constitucional integra o texto material da Constituição Federal de 1988; 6 – positivada no preambulo constitucional; descrita (conceito) no conjunto do artigo 3º (*caput* e *incisos*), ou, ainda, como princípio derivado do sistema jurídico e de Direitos humanos integralizados nos termos do artigo 5º (para os que discordam das premissas 5 e que seu conceito é o artigo 3º), buscamos responder à seguinte pergunta: Qual é a funcionalidade da fraternidade, tomando-se por base, o texto constitucional de 1988?

A hipótese de trabalho pode ser descrita a partir da afirmação que a Fraternidade, como comunicação integrante do sistema jurídico (categoria jurídica), exerce função específica, no sentido do desvelamento operacional entre as relações normativas: isso, a partir de tipologia constitucional formal proposta e aplicada (preâmbulo, artigos 3º e 5º) e para tratar das relações entre normas, em outras palavras, a relação entre o problema e suas soluções possíveis: a fraternidade como categoria jurídica constitucional e as possibilidades.

sociedadefraterna e a nova Lei do Superendividamento (Lei Claudia Lima Marques): breves comentários e interpontos entre a sociedadefraterna e o resgate do superendividado. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 140. ano 31. p. 17-35. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2022.

O estudo trata e instrumentaliza concepções centrais de análises de teorias de Luhmann, abordadas a partir do conceito de comunicação, sentido e função; aspectos referentes a suas principais características, aplicação a partir de análise do texto Constitucional de 1988, nesse sentido, trata-se de análise sociojurídica; Raffaele De Georgi em construções sobre Teoria sistêmica, Direitos humanos e fundamentais, entre outros autores citados.

Divide-se em introdução, capítulo único e considerações finais, seguidas das referências. A introdução se propõe a determinar e declarar os principais elementos contidos no texto, cortes metodológicos aplicados, metodologia seguida pela Autora e justificativa de pesquisa. O capítulo único concentra a discussão, análises, demonstrando as articulações e resultados que culminam nas conclusões, que por sua vez trazem os principais resultados do estudo realizado.

Os objetivos dividem-se em específicos e gerais; os objetivos específicos se referem as etapas de construção do presente estudo: expor o sentido de fraternidade, sua presença constitucional no texto de 1988; descrever os principais conceitos articulados para a análise, a partir de tipologia constitucional proposta e aplicada; o objetivo geral busca realizar uma apresentar da função da fraternidade o sistema social do direito.

Os principais resultados e discussão partem, inicialmente, da análise do tratamento da abordagem da função da fraternidade, a partir de tipologia constitucional proposta e aplicada, para depurar, ainda que brevemente, elementos formativos dos conceitos propostos, a partir de Autores contemporâneos.

O estudo justifica-se na medida que aborda questões fulcrais relativas à clarificação descritiva sociojurídica de Direitos humanos e fundamentais. A metodologia utilizada é a combinação de revisão bibliográfica, descritiva e dedutiva.

2. FRATERNIDADE, CONSTITUIÇÃO DE 1988 E PERSPECTIVAS SOCIOJURÍDICAS

Uma das questões centrais ao presente estudo, diz respeito à articulação do que se denomina *sociedade fraterna*¹¹, ou seja, a relação dialógica entre o preambulo

¹¹ Neves, Luciana Sabbatine. DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DA INCIDENCIA DA

constitucional com o artigo 3º do texto constitucional, a partir de análise sociojurídica aplicada. Para tanto, iniciemos, com o estabelecimento de certos conceitos, aqui adotados, não olvidando que ao conceituar aplicamos uma identidade de sentidos, a partir das seleções presentes no texto constitucional vigente.

Por sociedade fraterna, entendemos que é síntese contida nos objetivos do Estado, elencados no artigo 3º, a partir de correlação entre o preambulo e o artigo mencionado; o entendimento deriva da aplicação das bases formativas das teorias do estado moderno e tem análise central em sua nomenclatura a sociedade, entendida como sociedade comunicacional, que busca regular; nesse sentido representa e contém os elementos centrais necessários à construção social, como base de um Estado de direito democrático constitucional, a partir da aplicação dos critérios constitucionais positivados adotados e que resultam do plexo descrito e positivado no artigo 3º do texto constitucional, a saber: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹², em consequência esse pode, igualmente ser compreendido como conteúdo de significados da fraternidade, frente à interpretação localizada historicamente em um contexto social brasileiro, a partir de seu sistema parcial social jurídico.

Iniciamos com o esclarecimento que para Luhmann e Georgi a sociedade é formada por comunicações; as pessoas são o entorno, o ambiente social, nesse

FRATERNIDADE COMO CRITÉRIO DECISÓRIO E CONSTITUCIONAL ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.; PEREIRA, Thiago Rodrigues; SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine. A SOCIEDADE FRATERNA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 5, n. 62, p. 28 - 55, dez. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4842>>. Acesso em: 11 ago. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v5i62.4842>; SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine; SAYEG, Rodrigo Campos Hasson. Uma análise sobre aspectos do capitalismo humanista a dimensão econômica da sociedade fraterna: pontos em que altera o regime capitalista e sua melhor veiculação para atingir tais finalidades. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 632-655, 2020.; Neves, Luciana S.; Medeiros, Alexandre D. M. de; Ramidoff, Mário Luiz. A sociedade fraterna e a nova Lei do Superendividamento (Lei Claudia Lima Marques): breves comentários e inter pontos entre a sociedade fraterna e o resgate do superendividado. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 140. ano 31. p. 17-35. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2022.

¹² Brasil. **Constituição federal de 1988**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 22/08/2023.

sentido a sociedade exerce e luta para diferir-se constantemente de seu ambiente e manter sua integridade como distinção funcional; ainda em sociedade apenas é possível produzir mais comunicação, essa autorreferenciada, a implicar que a nova produção comunicacional ocorre dentro do sistema e a partir de suas formas estabelecidas, ainda que forma é uma distinção¹³.

Pessoas utilizam-se de comunicação, mas não são o sistema social, pessoas constituem sistemas psíquicos; sistema pode ser compreendido como uma unidade operacional e para tal será necessário *"por lo tanto, de una homogeneidad suficiente de operaciones que defina la unidad de un determinado tipo de sistema"*¹⁴, sociedade e homem, consistem em autonomias diversas e separadas, dependentes, porém autônomos e diferidos.

Para entender o conceito do sistema parcial social jurídico, em Luhmann, retornamos a Talcott Parsons, que buscava, através de análises de suas estruturas normativas essenciais determinar sistemas sociais¹⁵, para quem toda ação coletiva pressupõe uma integração de estabilização de expectativas recíprocas, através das normas¹⁶, daí o estabelecimento do conceito de sistema jurídico, através de elementos normativos, bem como sua estruturação através das expectativas normativas, a dizer, teoria da ação; Luhmann, aluno de Parsons encontra em sua teoria amplo campo para desenvolver suas próprias construções, assim a partir do reconhecimento do direito como unidade e a unidade do direito como sistema parcial social, a partir do enfoque comunicacional próprio¹⁷.

Sua diretriz é a diferenciação ambiente (entorno)/ sistemas parciais sociais, em outras palavras: a sociedade é entorno (ambiente) do direito (sistema parcial)¹⁸,

¹³ Luhmann, Niklas; Georgi, Raffaele De. Teoría de la Sociedad. Traducción de Romero Pérez y Carlos Villalobos; Coordinador de la traducción Javier Torres Nafarrate. México: Universidad de Guadalajara, 1993.

¹⁴ Luhmann, Niklas; Georgi, Raffaele De. Teoría de la Sociedad. Traducción de Romero Pérez y Carlos Villalobos; Coordinador de la traducción Javier Torres Nafarrate. México: Universidad de Guadalajara, 1993, pg. 12.

¹⁵ Luhmann, Niklas. Sociologia do Dreito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro, 1983, Pg. 28.

¹⁶ Luhmann, Niklas. Sociologia do Dreito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro, 1983, Pg. 31.

¹⁷ Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedade. Torres Nafarrate, Javier. México: **Universidade** Ibeoamericana: Anthropos, 2002, Pg. 11.

¹⁸ Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedade. Torres Nafarrate, Javier. México: **Universidade** Ibeoamericana: Anthropos, 2002, Pg. 13.

um sistema parcial social, complexo, autorreferenciado, autolimitado, com códigos, programas, seleções etc. que determinam sua delimitação estrutural, que se autoreproduz (autopoiese) e autodescreve (com possibilidade de heterodescrição)¹⁹. De outra sorte, conceito é a distinção/ identidade levada a cabo através de diferenciações de sentidos, fundamental para o entendimento teórico do direito²⁰. O código central é a diferenciação entre direito/ não direito; sobre o conteúdo das normas jurídicas: lícito/ ilícito e os programas consistem nas criações que mediam no tempo o que se considera direito/ não direito, relacionado ao consenso/dissenso²¹.

Função é entendida a partir das expectativas normativas reconhecidas pelas comunicações e suas possibilidades ²², a função do direito, diz respeito a necessidade de segurança frente ao incerto e ao que não pode ser observado (risco), realizando a referência temporal do direito; em referência temporal, a função social do direito: estabilização das expectativas normativas ao decidir (selecionar), perfaz a escolha entre sentidos contra fácticos ou favoráveis às expectativas normativas, dissolve a tensão social entre consenso/dissenso envolta nos conflitos judiciais (ações) ou similares, daí, decorre a centralidade do judiciário ao sistema parcial social, diferindo de seus componentes periféricos.

Dessa forma, acreditamos que aclaramos os termos essenciais pertencentes ao presente estudo e assim procedendo, seguimos. A partir da conceitualização de fraternidade relacionada às positivamente constitucionais do texto da Constituição Federal de 1988, com a descrição da "sociedade fraterna"; a saber o preambulo e artigo 3º do texto constitucional, sob a perspectiva comunicacional que se expressa.

Para tanto, inicialmente, esclareça-se que identificar a fraternidade a partir de seu tratamento comunicacional, inserto no sistema parcial social jurídico, implica reconhecer que *"La comunicación condensa posibilidades, determina lo que es*

¹⁹ Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedade. Torres Nafarrate, Javier. México: **Universidad** Iberoamericana: Anthropos, 2002, Pg. 14.

²⁰ Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedade. Torres Nafarrate, Javier. México: **Universidad** Iberoamericana: Anthropos, 2002, P. 21.

²¹ Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedade. Torres Nafarrate, Javier. México: **Universidad** Iberoamericana: Anthropos, 2002, Pg.85.

²² Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedade. Torres Nafarrate, Javier. México: **Universidad** Iberoamericana: Anthropos, 2002, P. 85.

factible evolutivamente, establece formas preestructuradas que significarán el punto departida restringido de toda experiencia subjetiva humana."²³; indicando seleções que operam e se expressam por seu meio, as reduções de sentidos possíveis; assim a estruturação comunicacional da fraternidade como comunicação inserta no sistema parcial jurídico é fruto de seleções, que exprimem, a partir da extração conceitual, uma redução, através de seleção normativa, através da criação de estrutura ficcional jurídica.

Não implica dizer que concreta, fisicamente, sejamos nós as pessoas concretas, sistemas psíquicos, sejamos todos irmãos, mas que a partir de uma comunicação inserta no sistema parcial social jurídico, estabelece-se uma ficção jurídica, uma comunicação própria, que por sua vez, opera uma seleção de sentidos, localizado e identificado como norma *lato sensu* considerada constitucional, que produz efeitos a partir de seu estabelecimento em seu sistema de origem: direito.

O artigo em menção integra, inexoravelmente, o bojo, material de nossa constituição, a implicar que tratamos de dispositivo normativo que compõe, materialmente e formalmente a constituição federal de 1988.

Assim, é inequívoca sua classificação como norma *lato sensu* constitucional com relação a forma e materialidade; a função observável decorre do exposto, para o sistema jurídico a fraternidade, ocupa função normativa, mas sobre que critérios?

Outra decorrência da identificação da fraternidade, a partir do texto constitucional analisado é descrição de seu conceito através do dispositivo destacado, que impõe sua observância não restrita aos entes Estatais, ou seja, não apenas destinada ao Estado, como à sociedade pelos efeitos da horizontalidade dos efeitos de Direitos humanos e fundamentais, a dizer que tais normas não são deontológicas apenas e tão somente ao Estado, mas aos particulares, igualmente.

Outro efeito contundente se reflete no tocante aos benefícios públicos oferecidos pelo próprio Estado, como organização política, jurídica e democrática, como a fraternidade é, igualmente, um princípio, participa da estrutura do que formata, em outras palavras, como princípio é elemento sobre qual erige-se a

²³ Luhmann, Niklas; Georgi, Raffaele De. Teoría de la Sociedad. Traducción de Romero Pérez y Carlos Villalobos; Coordinador de la traducción Javier Torres Nafarrate. México: Universidad de Guadalajara, 1993, pg. 16.

estrutura dela participando, o que nos leva à vedação de não universalização dos benefícios públicos ofertados, bem como a igualdade de tratamento, pelo não pagamento de tributos; não há como se excluir do oferecimento universal e igualitário de benefícios públicos, ressalvadas as exceções, como cotas, condicionando-as a pagamentos como se participassem de mercado privado²⁴.

Assim estão no artigo 3º o delineamento do conceito de fraternidade e perante nosso sistema jurídico de feição normativa, a dizer, posituação constitucional do que decorre sua obrigatoriedade e regulação; sobre extração de conteúdos, vale resgatar as lições de dois autores: Hespanha e Georgi.

Georgi com a colocação que a função geral dos direitos fundamentais (e humanos) é aumentar constantemente a complexidade de um sistema, implicando que é através dos mesmos que ao invés da redução de complexidade, temos o efeito oposto: implementar ao longo do tempo sua complexidade, nesse sentido permitem a abertura constante do sistema à complexidade permanente das novas relações sociais e desenvolvimentos de novos sentidos sociais de tais termos; essa também pode ser uma leitura de sua construção de que tais termos são o que o julgador (e doutrinadores) determinam o que sejam, com a observação aberta a demais atores sociais a partir de judicialização com novos sentidos postos à prova, reiterando-se o caráter central do judiciário na autopeiose jurídica, bem como o papel exercido pela periferia do sistema.

Sobre a questão da vagueza dos termos, ainda mais, quando considerados presentes em multiplicidade de áreas, objeto, de inúmeras interpretações ou facetas possíveis, Hespanha acrescenta algumas perspectivas adicionais, trazidos através de suas análises relacionadas a história do direito, à interpretação jurídica estada na tradição, doutrina ou mesmo jurisprudência, em Georgi lida a partir da memória do sistema, fechamento do sistema e produção de ruído.

Hespanha, em paralelo a Georgi, quando analisa a importância da história do direito para o sistema jurídico, que as construções de sentido no sistema jurídico obedecem a lógica referencial do próprio sistema para afirmar ou modificar seus

²⁴ Olson, Mancur. **A lógica da ação coletiva**. Tradução de Fábio Fernandes. São Paulo: Edusp, 2015, pgs 26 e 27.

sentidos, introduzir novos sentidos, que seria autorreferencia e articulação da memória do sistema, novamente em Georgi, vejamos:

Se os sentidos (ou os valores) são relacionais, estando sempre ligados com os seus contextos, qualquer mudança no contexto do direito corta-o da tradição prévia. A história do direito será assim constituída por uma sucessão de sistemas jurídicos sincrónicos, fechados uns em relação aos outros. O sentido de cada instituto ou de cada princípio deve ser avaliado pela sua integração no contexto dos outros institutos e princípios que com ele convivem contemporaneamente; e não nos institutos ou princípios que o antecederam (na sua "genealogia" histórica). Ou seja, o direito recompõe-se continuamente e, ao recompor-se, recompõe a leitura da sua própria história, da sua própria tradição, atualizando-as.²⁵

O que implica colocar que embora Fraternidade seja um conceito de longa data e presente em diversas áreas de conhecimento, hodiernamente, seus conteúdos jurídicos devem, necessariamente, levar em conta o contexto atual em que se encontra e localiza; se a palavra tem uma existência milenar e evoca sentidos diversos isso deriva igualmente das constantes (re)leituras e recepções em diferentes áreas/ sistemas, em Georgi a abertura para a complexidade e seu conteúdo aberto (sentido), com a permanente abertura e modificação de seu sentido²⁶.

Assim afirmar que a Fraternidade é hoje categoria jurídica, norma, com conteúdo disposto no artigo 3º do texto constitucional, implica dizer, igualmente, que perante nosso sistema jurídico, a Fraternidade exprime uma seleção constitucional positivada e assim identidade de significados próprias; contém significado secularizado jurídico de aplicação obrigatória; ainda cujos critérios de aplicação encontram-se descritos nos incisos do artigo constitucional e de conteúdo variável,

²⁵ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves – São Paulo: Quartier Latin, 2006, Pg 29.; sobreDireitosfundamentais: GIORGI, Raffaele de. **Los derechos fundamentalesem la sociedadmoderna**. Mexico: Fontamara S. A., 2015.

²⁶ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves – São Paulo: Quartier Latin, 2006, Pg 28.; sobreDireitosfundamentais: GIORGI, Raffaele de. **Los derechos fundamentalesem la sociedadmoderna**. Mexico: Fontamara S. A., 2015.

a partir de construções de sentido já presentes em jurisprudência, doutrina e sujeitos às variações e (re)leituras aplicáveis a partir da abertura aos vários atores jurídicos e sociais na sua transformação ou agregação de novos sentidos.

Implica reconhecer, entretanto seus limites, relacionados aos próprios limites do sistema que integra, se tem conteúdo jurídico definível, sua instrumentalização decorre igualmente de suas potencias e limitações necessárias; ao ser instrumentalizada como norma obedece aos parâmetros e limitações normativas.

3. CONCLUSÕES

As conclusões que decorrem do presente estudo podem ser descritas da seguinte forma: observamos que a fraternidade é um termo polissêmico e interdisciplinar; como termo, palavra já existe desde a Grécia antiga e perpassa inúmeras culturas e sociedades.

Trata-se de termo utilizado largamente em teologia, e um dos lemas da revolução francesa, o que destaca igualmente um conteúdo secularizado político e jurídico de longa data e em diferentes contextos sociais temporais.

Hodiernamente, e as primeiras construções de sociedade fraterna são dogmáticas, no sentido de explorar características derivadas da normatividade e conceito diante da estruturação do sistema jurídico e suas decorrências, oferece-se aqui a perspectiva sociojurídica à questão, levantando-se igualmente e com a nova perspectiva delineada complemento de identificação de sentidos e limites.

A aplicabilidade da fraternidade pelos tribunais, resta configurada, bem como amplo respaldo doutrinário, através da produção acadêmica de Reynaldo Soares; agregamos, entretanto, através da articulação das produções de Luhmann, Georgi e Hespanha, perspectiva complementar que a produção de sentido se relaciona com os contextos sociais em que encontra.

O processo judicial representa o encontro das perspectivas expostas; lá se articulam jurisprudência, dogmática e prática (memória, autopoiese e possibilidades de modificações/ manutenções de sentidos); procedimento (procedimentalizações jurídicas) e ontologias dos sujeitos de direitos, como pessoas em uma lide; lá se

exercitam e expressam conceitos jurídicos aplicados à realidade; lá se encontram os limites impostos as normatizações.

Ao estabelecer a função da fraternidade como norma ao sistema jurídico brasileiro e procedendo a partir da análise do texto constitucional em vigor a partir de construção dogmática de interpretação dialógica e reflexiva do preambulo constitucional e conjunto composto pelo artigo 3º, implica situar a construção oferecida em tempo social e histórico delimitado, de igual sorte, delimitar seu conceito à preceitos positivados insertos no texto constitucional de 1988, oferecendo materialidade e forma constitucional observável e aplicável, como seleção que representa.

A decomposição dos termos constitucionais ou acepção de seu sentido não foi objeto do presente estudo, no sentido de se elencar todos os conteúdos do conjunto do artigo em comento, o que se analisa no presente é a função: comunicação; seleção; ficção normativa e algumas possibilidades: como norma constitucional em sentido *latu*, passível de aplicação em diversas áreas jurídicas (principiologia), bem como aplicável diretamente como regra, a partir de análise em caso concreto, nos termos dispostos pelo artigo 3º.

De igual sorte, como inserta no que se considera como conjunto dos Direitos humanos e fundamentais no Brasil, tem ainda a função de manter a complexidade do sistema em aberto, ou seja, a absorção das comunicações sociais que modifiquem/ agreguem novos sentidos ou mesmo mantenham os sentidos estabelecidos, nesse sentido implementadora de risco, igualmente.

Os sentidos ou conteúdos da Fraternidade para a autora derivam do artigo 3º, mas há inúmeras ofertas dogmáticas, desde os sentidos tradicionais das chaves propostas a partir de divisões temporais de gerações/ dimensões de Direitos humanos e fundamentais, calcadas na teoria de Vazak, a esteio de Bonavides; Sarlet; Piovesan; Canotilho, como exemplo, com sua alocação, usualmente em direitos de 3ª geração/ dimensão, como construção ontojurídica de dialética hegeliana Barzotto e Barzotto.

Assim se o conteúdo dos sentidos atribuídos a Fraternidade pode representar objeto de disputas acadêmicas atuais, sua funcionalidade como categoria jurídica: norma *lato sensu* (princípios e regras) entendemos que não.

4. REFERÊNCIAS

Alves, José Augusto Lindgred. **A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FDT, 1997.

AQUINO, Sérgio. **Fundamentos de uma Cidadania Sul-Americana: ética, fraternidade, sustentabilidade e política jurídica**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

Barzotto, Luis Fernando Barzotto; Barzotto, Luciane Cardoso. Fraternidade, um conceito dialético: uma abordagem a partir da experiência jurídica. In **Direito e Fraternidade: ensaios em homenagem ao professor Dr. Lafayette Pozzoli**. LACERDA, Luana Pereira; GIACÓIA Júnior, Oswaldo; SANTOS, Ivanaldo. CASTILHO, Ana Flávia de Andrade Nogueira (org.). Curitiba: Editora CRV, 2018, p. 23-31.

Brasil. **Constituição federal de 1988**, in https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 22/08/2023.

Fonseca. Reynaldo Soares da. O princípio jurídico da fraternidade no Brasil: em busca de concretização. **RED|UnB** - 16 Edição, páginas 64 a 90, 2019.

Fonseca, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GIORGI, Raffaele de. **Los derechos fundamentales em la sociedade moderna**. Mexico: Fontamara S. A., 2015.

Luhmann, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro, 1983, Pg. 31.

Luhmann, Niklas. **El derecho de la sociedade**. Torres Nafarrate, Javier. México: **Universidade** Iberoamericana: Anthropos, 2002.

Luhmann, Niklas; Georgi, Raffaele De. **Teoría de la Sociedad**. Traducción de Romero Pérez y Carlos Villalobos; Coordinador de la traducción Javier Torres Nafarrate. México: Universidad de Guadalajara, 1993.

Neves, Luciana Sabbatine. **Direito e políticas públicas: análise da incidência da fraternidade como critério decisório e constitucional às políticas públicas no Brasil**

a partir da constituição federal de 1988.;

Neves, Luciana S.; Medeiros, Alexandre D. M. de; Ramidoff, Mário Luiz. A sociedade fraterna e a nova Lei do Superendividamento (Lei Claudia Lima Marques): breves comentários e interpontos entre a sociedade fraterna e o resgate do superendividado. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 140. ano 31. p. 17-35. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2022.

Olson, Mancur. **A lógica da ação coletiva**. Tradução de Fábio Fernandes. São Paulo: Edusp, 2015.

Platão. **O banquete**, in Domínio Público - Detalhe da Obra (dominiopublico.gov.br), acesso em 26/10/2023.

Pereira, Thiago Rodrigues; Sayeg, Ricardo; Neves, Luciana Sabbatine. A SOCIEDADE FRATERNA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 5, n. 62, p. 28 - 55, dez. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4842>>. Acesso em: 11 ago. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v5i62.4842>;

Rios, Roger; Leivas, Paulo; Schafer, Gilberto. DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO E DIREITOS DE MINORIAIS: PERSPECTIVAS E MODELOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL E COLETIVO ANTI-DISCRIMINATION LAW AND MINORITY RIGHTS: PERSPECTIVES AND INDIVIDUAL AND COLLECTIVE MODELS OF PROTECTION, in **Rev. direitos fundam. democ.**, v. 22, n. 1, p. 126-148, jan./abr. 2017.

SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine; SAYEG, Rodrigo Campos Hasson. Uma análise sobre aspectos do capitalismo humanista a dimensão econômica da sociedade fraterna: pontos em que altera o regime capitalista e sua melhor veiculação para atingir tais finalidades. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 632-655, 2020.;

VATICANO. **Carta Encíclica Fratelli Tutti do Santo Padre Francisco sobre a Fraternidade e a Amizade Social**. Disponível em:

https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html.

Acesso em: 16

2. OS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-02>

*Ana Cláudia Rodrigues de Faria*¹

*Reynaldo Soares da Fonseca*²

Sumário. 1 Introdução. 2 Conceito de constitucionalismo digital. 3 Desafios do constitucionalismo digital no Brasil. 4 Caso Concreto: Ação no Supremo questionando a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet. 5 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico e a crescente digitalização têm transformado profundamente a sociedade contemporânea, apresentando desafios complexos no campo jurídico e democrático. O constitucionalismo digital surge como uma abordagem fundamental para compreender e enfrentar esses desafios, buscando conciliar os direitos fundamentais com as rápidas transformações do ambiente digital.

O conceito de constitucionalismo digital, como proposto por Edoardo Celeste (2021), Víctor O. Fernandes e Gilmar F. Mendes (2020), entre outros, constitui-se

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Anhanguera de Ciências Humanas/GO (1993). Possui Especialização em Direito Administrativo e Constitucional pela Superintendência da Academia de Polícia Civil do Estado de Goiás-SAP (1994), Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho-UGF (1999/2000), Especialização em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito-FADISP (2007). Coordenadora da Supervisão dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazenda Pública do TJES (2018/2021). Atualmente é Mestranda em Direito pela UNINOVE. Integrante do Grupo de Trabalho para acompanhamento do cumprimento das Metas do CNJ, no âmbito do TJES, atuando como Gestora da Meta 3 (2022/2023). Juíza de Direito - Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo/TJES. Juíza Auxiliar da Corregedoria-TJES (2024/2025).

² Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor da Universidade Federal do Maranhão - UFMA, em colaboração técnica na Universidade de Brasília. Professor (Mestrado e Doutorado) da Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela FADISP, com pesquisa realizada na Universidade de Siena - Itália. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UFMA/UFSC e em Direito Penal e Processual Penal - UNB.

como uma ideologia abrangente, derivada do constitucionalismo tradicional, englobando diversos aspectos e implicações. Esta abordagem visa harmonizar os direitos fundamentais, a neutralidade de rede, a liberdade de expressão, a regulação, o acesso democrático à internet e a segurança no ciberespaço.

Este capítulo explora os desafios enfrentados pelo constitucionalismo digital, abordando questões cruciais, como a indeterminação conceitual associada e os problemas decorrentes. Além disso, discute-se, além das questões atinentes à constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, como o constitucionalismo digital pode contribuir para enfrentar as *fake news*, os discursos de ódio e promover a transparência na internet, baseando-se em estudos de vários doutrinadores e um caso concreto.

O propósito desta análise é esclarecer o conceito de constitucionalismo digital, destacando seus benefícios para a sociedade em geral e abordando as problemáticas associadas a algumas indeterminações terminológicas. Utilizando o método lógico dedutivo e análise da literatura estrangeira e brasileira, buscamos explicitar um conceito que apresenta desafios importantes para todas as democracias, proporcionando novas perspectivas sobre internet, governança e regulação.

Além disso, a análise revela que o constitucionalismo digital não é uma panaceia para todos os dilemas enfrentados na era digital. Existem desafios persistentes relacionados à proteção da privacidade, à rápida disseminação de desinformação e à necessidade de equilibrar a segurança cibernética com a liberdade individual. A compreensão dessas nuances é fundamental para aprimorar as estratégias e políticas que envolvem o constitucionalismo digital.

Dessa forma, ao investigar a fundo as implicações do constitucionalismo digital, este estudo busca oferecer *insights* críticos que vão além de uma análise superficial. Ao explorar as interconexões complexas entre conceitos jurídicos e práticas no contexto digital, pretendemos contribuir para uma compreensão mais abrangente das implicações desse fenômeno nas democracias modernas e inspirar discussões construtivas sobre seu desenvolvimento futuro.

2 CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

O constitucionalismo digital destaca-se no Direito Constitucional e Digital, analisando os desafios do avanço tecnológico. É um conceito que aborda a regulação das mídias sociais, incluindo plataformas de vídeos, transporte, estadia e mensageria, no contexto constitucional (Pereira; Keller, 2022).

Edoardo Celeste (2021, p. 69) ressalta que o conceito não é novo e, em suma, estuda uma forma de garantir o equilíbrio entre a realidade/facticidade com a Constituição, devido às novas formas de expressão de direitos fundamentais no ciberespaço e, indiretamente, a ofensa a esses direitos com o uso cada vez maior da internet³.

Esta também é a visão de Francisco Balager Callejón (2022, p. 91), que atribui às crises de representatividade nas democracias ocidentais ao menos dois fatores fundamentais: (i) crises econômicas sistêmicas e cada vez mais recorrentes e (ii) a chegada da era digital⁴, em que a distância da comunicação e informação se reduziu em demasia, assim, segundo Callejón, essa era digital se faz valer como uma democracia direta, portanto há a necessidade do ordenamento jurídico estar atento a tais mudanças para resguardar esses direitos fundamentais.

Portanto, o constitucionalismo digital, conforme destacado por Celeste (2021, p. 64), representa uma derivação do constitucionalismo moderno. Assim, configura-se como uma ideologia que almeja reestabelecer ou analisar o equilíbrio constitucional que, na visão do autor, foi desbalanceado no ciberespaço. Pode ser

³ Segundo dados do Statista, em 2022, o Brasil se encontrava em 5º lugar entre as nações com maior número de usuários de internet no mundo. "O país possui 165 milhões de usuários e fica atrás apenas da China com 1 bilhão de usuários, da Índia com 658 milhões de usuários, dos Estados Unidos com 307 milhões de usuários e da Indonésia com 204 milhões de usuários" – o mundo possui mais de 5 bilhões de usuários de internet. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2022/10/brasil-ja-e-o-5o-pais-com-mais-usuarios-de-internet-no-mundo/>. Acesso em: 10 de out. de 2023.

⁴ Callejón cita em relação à era digital o conceito de Web 2.0 em seu texto, entretanto, sem se referir de onde o termo advém – este conceito foi cunhado por Tim O'Reilly numa conferência e se tornou célebre entre 2005 a 2010. O termo, resumidamente, fazia jus à grande importância que a internet estava se tornando no início do séc. XXI e todo o controle, toda a forma de busca, informação, conhecimento e manejo de dados passava ao usuário. O'Reilly cita inúmeros exemplos dessa mudança e o mais significativo é a popularização da Wikipédia; Softwares em mais de um dispositivo; emprego de inteligência coletiva; arquitetura de participação; escalabilidade de uso eficiente etc. Entretanto, em 2011, Tim O'Reilly declarou que o termo web 2.0 estava obsoleto. <https://www.terra.com.br/byte/internet/conceito-de-web-20-e-obsoleto-assegura-tim-oreilly,da18d0cded00b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>.

caracterizado como um conjunto abrangente de princípios, normas e valores constitucionais aplicados ao contexto digital. Sua finalidade é assegurar a proteção dos direitos fundamentais e garantir o Estado de Direito no ambiente virtual em constante evolução. O constitucionalismo digital vai além do simples controle estatal da internet, abordando questões cruciais como privacidade, liberdade de expressão, segurança cibernética, governança e regulação das plataformas digitais, tudo isso visando explicitamente a proteção robusta e efetiva dos direitos fundamentais no cenário digital.

O núcleo do constitucionalismo digital, segundo Celeste (2021, p. 66), reside nas implicações do crescente uso da internet. Este não apenas intensifica o exercício de direitos fundamentais, como liberdade de expressão, religiosa, reunião e econômica, mas também amplifica de maneira adversa, gerando um desequilíbrio evidente. No contexto desafiador, a defesa robusta dos direitos fundamentais torna-se crucial. O discurso de ódio, o estímulo e compartilhamento a todo tipo de violências e preconceitos, o *ciberbullying*, a pornografia infantil e a desinformação refletem essa desarmonia, assim, é essencial estabelecer salvaguardas efetivas para preservar os alicerces democráticos diante de tais ameaças. Além disso, a mudança nos poderes da jurisdição constitucional, impulsionada pelo avanço do poder econômico e político das *Big Techs*, exige uma reflexão sobre a necessidade de equilibrar a influência dessas entidades com a preservação dos valores fundamentais.⁵

Dessa forma, o constitucionalismo digital surge no contexto histórico dos debates sobre a regulação da internet. Os efeitos constitucionais decorrentes da utilização da internet levaram autores como Paul S. Berman (2000, p. 1.305) a identificar na autorregulação, ou regulação privada, dos entes privados em relação ao comportamento individual e coletivo dos usuários uma forma mais adequada de afirmar direitos humanos e resguardar as liberdades individuais e econômicas. Essa

⁵ Google (com a Alphabet), Amazon, Apple, Meta e Microsoft, são as maiores empresas privadas de tecnologia do mundo, respectivamente. Juntas, tiveram um lucro líquido somente no quarto semestre de 2021 no valor de 98,6 bilhões de dólares, mas tiveram uma queda de mais de 30 bilhões de dólares no último semestre de 2022, em que juntas somaram 65 bilhões de dólares em lucro líquido. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2023/02/05/lucro-das-big-techs-recua-us-336-bilhoes.ghtml> Acesso em: 10 de out de 2023.

abordagem busca, assim, conciliar a evolução digital com a proteção robusta dos princípios fundamentais.

Berman (2000, p. 1305), assim, esclarece o papel intermediário que essas grandes empresas exercem para o acesso à comunicação e informação, pois todo o acesso à internet é realizado por agentes econômicos privados, isto é, *"on the internet, one uses privately-owned browsers to access privately-owned online service providers, with messages travelling over privately-owned routers to privately-owned websites"*⁶. Esse papel intermediário que as plataformas digitais exercem de forma extremamente lucrativa demonstram um poder político (força política e econômica) de suma importância na forma como influenciam a opinião dos usuários e, evidentemente, os rumos das democracias (Helberger, 2020).

Nos primórdios dos anos 2000, Günther Teubner antecipou que a teoria constitucional convencional não abarcaria o avanço tecnológico, econômico e os novos direitos emergentes ou intensificados no contexto da internet e do mundo digital. Teubner (2004, p. 15) também pondera sobre a viabilidade da criação de uma constituição digital, sugerindo que os Estados reconsiderem suas instituições políticas e governamentais para estabelecer um ordenamento jurídico transnacional mais adequado. Diante da complexidade crescente, a proposta de Teubner destaca a necessidade imperativa de uma abordagem jurídica global que transcenda as fronteiras nacionais.

Nicolas Suzor (2010, p. 1821), um dos pioneiros na teoria do constitucionalismo digital, resgata que, desde os primórdios da internet, os libertários vislumbravam o ciberespaço como um território novo e distinto, isento de carências e com diversas possibilidades econômicas, de informação e comunicação, todas regidas por normas mais eficazes do que as estatais. Suzor argumenta que essa utopia deslegitimou as leis dos Estados, promovendo a autorregulação do ciberespaço como o meio ótimo para a liberdade e autonomia dos usuários. Assim, surge uma literatura constitucional que advoga pela restrição do poder privado desses agentes econômicos na internet, em contraposição à limitação do poder

⁶ Tradução nossa: "Na internet se usa navegadores privados para seu acesso, que é operada por um provedor de serviço de internet privado para enviar mensagens que trafegam através de roteadores privados para que se tenha acesso a sites ou aplicativos em que uma empresa privada presta serviço."

político dos Estados. Em consonância com Berman (2000), Suzor propõe uma abordagem regulatória mista, destacando que a regulação não deve ser exclusivamente imposta pelos entes privados ou unicamente pela via estatal.

Com o desenvolvimento tecnológico, a própria quantidade de usuários de internet crescendo, a literatura sobre o tema também se desenvolveu e hoje se entende que o conceito de constitucionalismo digital é uma grande área, correlacionada ao direito constitucional, que envolve tanto as instituições do judiciário na internet, quanto políticas estatais e privadas com o objetivo de defender e afirmar preceitos de direitos humanos no ciberespaço (Gill; Redeker; Gasser, 2015).

Essa linha argumentativa de afirmação de direitos fundamentais pelo constitucionalismo digital, além de Edoardo Celeste, vai ao encontro da literatura brasileira sobre o tema – Fernandes e Mendes (2020, p. 10-11) rejeitam o idealismo libertário de ausência de regulação estatal no ciberespaço e, ainda, reafirmam o papel do Estado na defesa dos direitos fundamentais através da Carta Constitucional:

Dentro dessa perspectiva, pressupõe-se que a fruição de direitos fundamentais pode ser mediada pela força impositiva do Estado Nacional, ainda que em convivência com modalidades outras de conformação de direitos que têm origem na atuação de agentes privados ou no funcionamento de mecanismos transnacionais de governança da internet. Nesse contexto, a internet se relaciona de forma ambivalente com a teoria constitucional dos direitos fundamentais (Mendes; Fernandes, p. 6, 2020).

A promulgação do reequilíbrio da ordem constitucional que Celeste prega com o constitucionalismo digital tem, justamente, o caráter ambivalente proposto por Victor O. Fernandes e Gilmar Mendes. O desenvolvimento da internet como uma das principais formas de comunicação e informação, o grande corredor econômico que cresce a cada dia no meio digital colocando *Big Techs* no ranking de empresas mais valiosas do mundo, ao lado de petrolíferas, bancos internacionais⁷ - estabelece a

⁷ A Google, Microsoft, Apple aparecem na lista Forbes Global 2000, de 2023, que classifica as maiores empresas de capital aberto do mundo. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2023/08/17/as-empresas-mais-valiosas-do-mundo-em-2023-segundo-a-forbes.ghtml>. Acesso em: 13 de out. de 2023.

seguinte relação: a internet se tornou uma ferramenta social importante e que precisa ser tema e garantia do constitucionalismo através de controle e regulação com demarcações de direitos e deveres, mas também exige do constitucionalismo a garantia de direitos fundamentais para seu uso

The classification of Internet access as a "civil right" or "right of citizenship," or as a "fundamental right" or "Human Right" is growing in the sphere of legal tools both at the national and international levels, and is a phenomenon that should be closely studied. The well-known Brazilian "Marco Civil da Internet", approved in March 2014, regulated access to the Internet as "essential to the exercise of citizenship," and guaranteed that access as a "civil right" (SIMONCINI, p. 10-11, 2016)⁸.

Nessa seara, Edoardo Celeste (2021, p. 67) estabelece ao menos 3 (três) categorias do que denominou "contramedidas normativas" para reestabelecer o equilíbrio constitucional que o aumento da importância social que a internet derivou: (i) normas que ampliam e reconhecem direitos fundamentais; (ii) normas que limitam ofensas a direitos fundamentais e (iii) normas de transparência – tanto ao poder público quanto às empresas intermediárias de uso da internet.

Estas três categorias, como bem reconhece Celeste, são apenas introdutórias e funcionam como corolários importantes para a emergência do constitucionalismo digital ao debate público. Autores como Lex Gill, Dennis Redeker e Urs Gasser (2015, p. 6-7) especificam ainda mais o tema e criaram 7 (sete) categorias⁹, sendo elas: (i)

⁸ Tradução nossa: "A classificação do acesso à Internet como um "direito civil" ou "direito de cidadania", ou como um "direito fundamental" ou "Direito Humano", está crescendo no âmbito das ferramentas legais, tanto em níveis nacionais quanto internacionais, e é um fenômeno que deve ser estudado de perto. O conhecido "Marco Civil da Internet" brasileiro, aprovado em março de 2014, regulamentou o acesso à Internet como "essencial para o exercício da cidadania" e garantiu esse acesso como um "direito civil".

⁹ Cada categoria citada pelos autores possui suas delimitações – na categoria (i) Freedom of speech and expression, Freedom of information, Freedom of (religious) belief, Freedom of association and protest, Right to personal security and dignit, Protection of children, Non-discrimination e Cultural & linguistic diversit, na (ii) Democracy and the rule of law, Right to due process e Right to legal remedies, na (iii) Multistakeholder and participatory Governance, Transparency and openness, Open Data, Right to participation e Digital inclusion, na (iv) Privacy Rights, Data Protection, Control and self-determination, Right to anonymity, Protection from surveillance, Right to use encryption, Right to be forgotten, na (v) temos: Right to access, Speed and affordability, Access and skills in the workplace, User awareness and education, Media and digital literacy, na (vi) Security of the network, Net Neutrality, Open Standards, Interoperability and non-fragmentation, Stability and reliability of the network, Free

direitos e liberdades fundamentais básicas; (ii) limites gerais do poder estatal; (iii) governança da internet e participação civil; (iv) vigilância e direitos de privacidade; (v) acesso e educação; (vi) transparência e estabilidade de redes e (vii) direitos econômicos e responsabilidades às empresas intermediárias.

No Brasil, também destacamos que o constitucionalismo digital exige uma nova abordagem, que considere as especificidades e os impactos das tecnologias digitais na sociedade contemporânea, ressaltando a importância de garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais no ambiente virtual, adaptando o ordenamento jurídico aos desafios impostos pela era digital (Mendes, 2015).

A importância de se afirmar os direitos fundamentais no ambiente digital e na internet através dos direitos de privacidade e proteção de dados, que é alicerce do constitucionalismo digital, de acordo com Gill, Redeker e Gasser, ganhou novo patamar no Brasil com a positivação constitucional, mediante a Emenda Constitucional nº 115, referente à organização, fiscalização, proteção e tratamento de dados pessoais, de acordo com a LGPD e o Marco Civil da Internet.

Ingo W. Sarlet (2018, p. 61) destaca que, uma vez positivados, os direitos fundamentais não apenas desempenham o papel de proteção e defesa das liberdades individuais, mas também assumem uma função axiológica crucial. Nessa perspectiva, atuam como o sólido alicerce de normas materiais correspondentes a todo ordenamento jurídico, permeando não apenas o âmbito da salvaguarda individual, mas influenciando e moldando os valores que fundamentam a estrutura normativa da sociedade.

Nesse contexto, os direitos humanos na contemporaneidade, concebidos como um construto humano após os horrores da Segunda Grande Guerra, demandam uma leitura que transcenda seu mero aspecto formal de positivação. É essencial considerá-los com uma carga axiológica significativa. Além disso, a proteção desses direitos vai além do mero exercício de poder estatal; ela abrange qualquer órgão, entidade ou indivíduo, tanto em âmbito nacional quanto

and open source software e Device Rights e, na última categoria (vii) Innovation, Competition, Economic development, Intellectual Property, Intermediary liability, Corporate responsibility, Consumer protection.

internacional, que esteja envolvido com os cidadãos e sua dignidade (Piovesan, 2014).

Victor O. Fernandes e Gilmar Mendes (2020, p. 12), em suas contribuições sobre o tema, destacam a ampliação do escopo do constitucionalismo digital para além do controle da internet. Os autores enfatizam a necessidade de se compreender as implicações das tecnologias digitais em diversas esferas da vida social, como economia, política, cultura e educação, e como essas transformações demandam uma reflexão sobre a aplicação dos princípios constitucionais nestes contextos.

Considerando as análises de Gilmar Mendes, Victor Oliveira Fernandes e Edoardo Celeste, compreendemos que o constitucionalismo digital transcende as concepções convencionais, abrangendo dimensões sociais, políticas e econômicas no espaço digital. Essa ampliação de escopo demanda uma reflexão mais profunda sobre a aplicação dos princípios constitucionais nesse contexto dinâmico. O enfoque deve ser garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais, alinhada a uma abordagem que esteja em sintonia com os desafios e transformações tecnológicas, a fim de promover uma coexistência digital que preserve os valores fundamentais.

3 DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL NO BRASIL

No contexto da era digital, o constitucionalismo enfrenta uma série de desafios que demandam reflexão e busca por soluções adequadas. Dentre esses desafios, destacam-se questões relacionadas à privacidade, liberdade de expressão, regulação das plataformas digitais, além da própria conceituação de constitucionalismo digital, como demonstramos anteriormente.

Com a implementação efetiva da proteção de dados pessoais, especialmente após a promulgação da LGPD em 2020 no Brasil, organizações governamentais e privadas em escala global têm centrado debates na capacidade das empresas privadas em acumular lucros crescentes por meio dos dados de seus usuários. Este cenário tem impulsionado significativos esforços na busca por uma uniformização na conceituação desse fenômeno em constante evolução. Diante dessa complexidade, emerge a necessidade premente de estabelecer padrões

internacionais que promovam a transparência, a segurança e a salvaguarda dos direitos individuais no universo digital (Pereira; Keller, 2022).

Nesse contexto, ressalta-se o escândalo envolvendo a Cambridge Analytica (CA) e o *Facebook*, atualmente parte da Meta, ocorrido em 2016. Este incidente teve um impacto considerável nas eleições dos Estados Unidos da América naquele ano e deixou marcas na agenda que culminou na decisão do Reino Unido de deixar a União Europeia. O *Facebook* comercializou dados de usuários para a CA, possibilitando a criação de perfis e o envio de conteúdos personalizados, incluindo questões sociais, políticas e eleitorais, por meio de *microtargeting*. Este caso ilustra de maneira vívida os desafios substanciais que as *Big Techs* impõem às democracias contemporâneas, destacando a urgência de regulamentações eficazes para proteger a integridade dos processos democráticos (Fonseca; Paula, 2022).

Ao abordar os desafios inerentes ao constitucionalismo digital e, conseqüentemente, à nossa compreensão do mundo digital, torna-se imperativo questionar e refletir sobre a maneira como as grandes empresas privadas de tecnologia exercem sua influência sobre os usuários. Este processo, muitas vezes, resulta na manipulação dos rumos das democracias, enquanto essas empresas transformam essa influência em fonte de lucro, consolidando um mercado distintivo no mundo digital: o mercado de plataformas, onde a concentração de poder e dados amplia ainda mais os desafios para a preservação da competição justa e da diversidade de vozes na esfera digital (Lobel, 2016).

Considerando que o modelo de negócio das *Big Techs* fundamenta-se na extração e processamento de dados (Zuboff, 2018), todo o funcionamento dentro dessas plataformas, seja em redes sociais ou redes de mensageria, adota uma lógica multissetorial. Essa abordagem beneficia tanto os usuários quanto os fornecedores de conteúdo (Srnicek, 2016; Lobel, 2016), por meio de algoritmos que determinam a relevância desse conteúdo com base na quantidade de interações, como acessos, comentários, visualizações e curtidas. Essas interações podem tanto afirmar quanto rejeitar o que está sendo apresentado, evidenciando a dinâmica complexa dessas plataformas.

Dessa forma, discursos de ódio e desinformação, por exemplo, ganham uma amplificação considerável. Isso ocorre tanto entre aqueles que se sentem compelidos a denunciar o conteúdo por meio de comentários, compartilhamentos e cliques de rejeição, quanto entre aqueles que reafirmam preconceitos ou disseminam desinformações (*fake news*). Essas interações contribuem para aumentar a visibilidade da desinformação ou do discurso de ódio, uma vez que o algoritmo das redes interpreta que esse tipo de conteúdo gerou um engajamento significativo, sendo, portanto, considerado relevante e, conseqüentemente, direcionado a mais usuários.

Por isto a crítica de Morozov (2020) de que o problema não seria as *fakes news* em si, mas a facilidade e a velocidade de sua disseminação, o que, para o autor, acontece em decorrência do capitalismo digital que faz com que seja altamente rentável produzir e compartilhar narrativas falsas que atraem cliques.

Essa reflexão assume uma importância crucial, especialmente no contexto brasileiro, onde a expressiva quantidade de usuários de redes sociais posiciona o país como um dos mais lucrativos para empresas de tecnologia, tal como Google e Facebook.

Assim, um dos principais desafios no contexto brasileiro é garantir a proteção da privacidade dos indivíduos diante do avanço das tecnologias digitais (Fonseca; Paula, 2022). Com a coleta massiva de dados pessoais e o desenvolvimento de ferramentas de vigilância e monitoramento, surgem preocupações quanto à utilização dessas informações e potenciais violações de direitos individuais através da utilização algorítmica preconceituosa como intermediária da comunicação (Doneda; Almeida, 2018).

Como ressaltado anteriormente, a utilização indiscriminada de algoritmos pelas *Big Techs* representa uma ameaça à ordem democrática, dada a sua notável capacidade de provocar "manipulação, viés, censura, discriminação social, violações de privacidade e direitos, abuso do poder de mercado, e impactos sobre a capacidade cognitiva e psicológica dos usuários" (Doneda; Almeida, 2018). É essencial refletir sobre como o constitucionalismo digital pode atuar em processos de governança, visando mitigar tais riscos e preservar princípios fundamentais, especialmente

quando se considera que esses algoritmos frequentemente favorecem discursos de ódio e desinformação.

Pensando o processo de governança de modo geral, este possibilitando a regulação tanto jurídico/estatal, quanto a autorregulação – David Watson (2021, p. 15) estabelece que as empresas de tecnologia devem criar algoritmos através de *machine learning* respeitando os seguintes preceitos: (i) *fairness*, os sistemas de inteligência artificial que comandam os algoritmos não podem ser discriminatórios ou favorecer grupos de pessoas em detrimento à raça, classe, gênero, idade, etc; (ii) *accountability*, todas as ações e resultados dessas empresas possuem responsabilidade em relação a seus desenvolvedores e (iii) *transparency*, a transparência em relação às *API* da plataforma, de como ocorreu o aprendizado de máquina do(s) algoritmo(s), possibilitando que pesquisadores, reguladores e especialistas examinem rotineiramente a atuação desses algoritmos, permitindo que se encontre e repare possíveis algoritmos prejudiciais que favoreçam o alcance de conteúdos discriminatórios e violentos.

Segundo Henk Addink (2019, p. 21) os princípios da boa governança, seja em âmbito público: administrativo ou legislativo, ou até mesmo privado, devem se ter, ao menos, seis princípios primordiais, a saber: (i) *Properness*, as empresas precisam ter uma ação ética tanto aos usuários, quanto ao Estado e aos concorrentes; (ii) *Transparency*, em suas decisões e com seus produtos, permitindo o acesso à informação necessária (como descreve Watson); (iii) *Human Rights*, os conteúdos quanto o modo de atuação necessita afirmar, respeitar e proteger os direitos fundamentais de seus usuários; (iv) *Accountability*, também como descreve Watson, as ações e decisões da empresa geram responsabilidades e dever de prestação de contas; (v) *Effectiveness*, os resultados dos produtos e das ações precisam ser efetivas, sobretudo quanto aos direitos humanos e (vi) *Participation*, envolvendo as partes, sejam pesquisadores, reguladores, fiscais, nas decisões e processos investigativos.

Além disso, a liberdade de expressão também se apresenta como um desafio no constitucionalismo digital. A internet e as redes sociais proporcionaram um espaço ampliado de manifestação e troca de ideias (Balkin, 2014), porém, ao mesmo

tempo, surgem dilemas relacionados à disseminação de discursos de ódio e desinformação, como vimos (Fonseca; Paula, 2022). Encontrar um equilíbrio entre a liberdade de expressão e a proteção de valores fundamentais, como a dignidade humana e o respeito aos direitos das minorias, torna-se uma tarefa complexa que demanda ações regulatórias, educação digital e o fortalecimento do pensamento crítico (Curzi *et al.*, 2021).

A regulação das plataformas digitais é outro desafio significativo no constitucionalismo digital. Essas empresas exercem um papel central na disseminação de informações e no acesso à cultura, ao entretenimento e aos serviços, pois atuam como intermediárias entre os divulgadores, empresários, criadores de conteúdo de digital e usuários.

Como descrito alhures, as *Big Techs* também são atores políticos importantes na regulação e na governança de suas plataformas. Seu modo de atuação através dos algoritmos consegue prever a atuação dos usuários, influenciando e manipulando a opinião pública (Zuboff, 2018; Lobel, 2016), além de criar dependências e influenciar os rumos da democracia, através de seu poder econômico e político¹⁰ (Helberger, 2020).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece atualmente a responsabilidade dos provedores de aplicação de internet, sejam eles do tipo *backbone* (pessoa jurídica responsável pela infraestrutura física da conectividade da internet, que comercializam o acesso à sua infraestrutura para outros provedores), do tipo nuvens (provedores de hospedagem, aqueles que possibilitam o armazenamento de dados que serão acessados remotamente por terceiros ou de modo privado), do tipo de conteúdo/informação (produz informação e disponibiliza os dados criados) ou mesmo provedor de busca (que disponibiliza ferramentas para que o usuário encontre *links* de páginas nas quais se armazena os dados buscados),

¹⁰Quando da primeira tentativa de aprovação do projeto de lei 2630/2020, o chamado PL das *Fake News*, empresas como Google, Telegram, Ifood e Meta, atuaram em suas plataformas com anúncios e promovendo atores que pregam contrariamente a regulação das redes. Como no Brasil o Lobby é proibido, gastos com essa modalidade de influência política não são transparentes, mas, em via de exemplificação, somente nos EUA, Amazon, Meta e Alphabet (Google) estão entre as 20 empresas que mais gastam com Lobby no país, com um valor superior a 50 milhões de dólares. Disponível em: <https://www.opensecrets.org/federal-lobbying/top-spenders?cycle=2022>. Acesso em: 14 de out. de 2023.

sobre eventuais danos causados por conteúdos ilícitos (Leonardi, 2005; Andrigui, 2012; Colaço, 2015; Braz, Bufulin, Bacellar, 2022).

O entendimento inicial do STJ em idos dos anos 2000 era pela não responsabilização objetiva dos provedores sobre os conteúdos postados e pela não obrigatoriedade de monitoramento das publicações, ao mesmo tempo em que firmava entendimento pela responsabilização subjetiva a partir do momento em que fossem notificados sobre quaisquer conteúdos violadores de direitos. Portanto, os provedores seriam solidária e subjetivamente responsáveis pelos conteúdos ofensivos a partir do recebimento de alguma notificação sobre tais conteúdos, caso não os removessem imediatamente (Souza, Lemos, 2016).

Este entendimento foi sendo construído ao longo do tempo, notadamente, a partir do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)¹¹, que institui mecanismos que possibilitam a responsabilização civil do infrator mediante os danos que decorrem da violação de privacidade e intimidade e definiu, expressamente, diretrizes de responsabilização dos provedores de internet.

A partir da referida lei, a jurisprudência do STJ foi remodelada, consagrando-se a responsabilização subjetiva dos provedores de internet a partir da notificação judicial – e não mais da notificação do usuário. Assim, os provedores devem indisponibilizar conteúdos ilícitos, de acordo com o prazo estabelecido em cada decisão judicial, sob pena de responsabilização solidária junto ao ofensor (Braz, Bufulin, Bacellar, 2022; Brega, 2023).

O STJ, ainda, a partir do Marco Civil da Internet, modulou a aplicação de seu entendimento, estabelecendo que, para fatos anteriores à vigência do Marco Civil aplica-se a responsabilização subjetiva a partir da notificação do usuário, e, para fatos posteriores à vigência Marco Civil, aplica-se a responsabilização subjetiva a partir da notificação judicial (Brega, 2023).

Destaca-se, todavia, que a lei em comento traz duas exceções: 1) no que tange à Lei de Direitos Autorais – o provedor deve ser responsabilizado caso receba notificação de conteúdo violador de direitos autorais e não promova sua exclusão; e,

¹¹ A propósito, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) classificou os provedores em dois grupos: 1) provedores de conexão (provedores de *backbone* e de acesso); e 2) provedores de aplicação de internet (abrangendo todos os demais provedores).

2) o provedor será responsabilizado caso seja notificado de conteúdo violador de direitos da intimidade, contendo cenas de nudez ou sexo, e não promova sua exclusão.

A discussão atual gira em torno dos elementos que possam identificar específica e objetivamente o material lesivo, consoante parágrafo 1º do art. 19 do Marco Civil da Internet e direcionamento do STJ, o qual vem rechaçando imposições genéricas de retirada de conteúdos. A parte ofendida deve indicar o endereço das páginas (URL) nas quais se encontra conteúdo violador de direitos, disponibilizado e/ou armazenado, para que, então, judicialmente imponha-se a obrigatória remoção ao provedor de internet (Teffé, Souza, 2019).

Esses desafios do constitucionalismo digital refletem a necessidade de repensar e adaptar os princípios e instituições do direito constitucional diante das transformações trazidas pela era digital. É preciso promover um debate amplo e participativo, envolvendo acadêmicos, legisladores, operadores do direito e sociedade civil, para encontrar soluções que assegurem o pleno exercício dos direitos fundamentais no ambiente digital, ao mesmo tempo em que sejam capazes de enfrentar os riscos e desafios inerentes a essa nova realidade.

4 CASO CONCRETO: AÇÃO NO SUPREMO QUESTIONANDO A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

O art. 19 do Marco Civil da Internet (MCI) tem como grande espelho a norma prevista pela *Section 230*, da CDA dos EUA, que entrou em vigor em 1996, em relação à responsabilização, isto é, o provedor de internet no Brasil somente será responsabilizado civilmente se desrespeitar decisão judicial para remoção de conteúdo, como bem prescrito em seu art. 19 (Souza, 2016).

De acordo com a Lei do Marco Civil da Internet, em seu art. 3º, o uso da internet no Brasil deve respeitar 8 (oito) princípios: (i) liberdade de expressão; (ii) proteção da privacidade; (iii) proteção de dados pessoais; (iv) estabilidade e segurança; (v)

neutralidade na rede; (vi) responsabilização dos agentes em suas atividades na internet; (vii) integração de rede (participação) e (viii) livre iniciativa na internet¹².

Assim, o art. 19 do MCI, está de acordo com os princípios delimitados em seu art. 3º, especificamente o que dispõe o inciso VI, que assegura a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades quanto ao uso da internet no Brasil. No mundo, o MCI brasileiro foi recebido com grande entusiasmo, porque “foi um dos primeiros países no mundo a reconhecer a importância de recuperar a soberania tecnológica [...] insistindo num enquadramento robusto dos direitos digitais” (Morozov, 2020).

A neutralidade da rede é um princípio que busca garantir a igualdade de tratamento de todos os dados que circulam na internet, independentemente de sua origem, destino, conteúdo ou serviço. Isso significa que os provedores de internet não podem discriminar ou privilegiar determinados conteúdos, serviços ou aplicativos, garantindo assim o acesso livre e equitativo à informação e aos recursos disponíveis na rede (Tartuce, 2019).

A liberdade de expressão é um direito fundamental assegurado pela Constituição brasileira, e o Marco Civil da Internet reafirma sua importância no ambiente digital. Esse princípio visa proteger a livre manifestação de pensamento, opiniões e ideias dos usuários da internet, garantindo um espaço de diálogo, debate e pluralidade de vozes. No entanto, é importante ressaltar que a liberdade de expressão encontra limites quando há violações de direitos de terceiros ou práticas ilícitas (Mendonça, 2020).

A privacidade dos usuários é outro pilar essencial do Marco Civil da Internet. Ele estabelece diretrizes para a proteção dos dados pessoais dos indivíduos que utilizam a internet, exigindo que as empresas e provedores de serviços digitais adotem medidas de segurança e transparência no tratamento das informações coletadas. Além disso, a lei prevê a necessidade de consentimento expresso do usuário para o uso de seus dados e estabelece a obrigatoriedade de adoção de políticas de privacidade claras e acessíveis (Tartuce, 2019; Mendonça, 2020).

¹² Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 de out. de 2023.

Esses três pilares do Marco Civil da Internet refletem a preocupação em conciliar o desenvolvimento tecnológico com a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital. A neutralidade da rede, a liberdade de expressão e a privacidade dos usuários são elementos essenciais para promover um ambiente online seguro, inclusivo e respeitoso, garantindo a igualdade de acesso, a diversidade de opiniões e a proteção da intimidade dos indivíduos.

O Marco Civil da Internet estabelece, em seus artigos 18 e 19, sobre a responsabilidade dos provedores de conexão e de aplicação de internet por danos decorrentes dos conteúdos gerados por terceiros. O primeiro dispõe sobre a não responsabilização civil por danos que decorrerem da geração de conteúdos por terceiros para provedores de conexão, e o segundo, sobre a responsabilização solidária dos provedores de aplicação de internet quando do não cumprimento de determinação judicial (Brasil, 2014).

Isto posto, observa-se que, o Marco Civil da Internet previu que os provedores de conexão são inteiramente isentos de responsabilidade, no que diz respeito ao conteúdo gerado por terceiros. Por sua vez, os provedores de aplicações de internet, só poderão ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros nos casos em que, após ordem judicial específica, não tomarem as providências para tornar o conteúdo indisponível.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral sobre esta matéria que está sendo discutida no âmbito do Recurso Extraordinário 1.037.396 (Tema 987), interposto pelo *Facebook* Brasil. Na peça recursal, há a contestação da decisão da 2ª Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Piracicaba (SP), que determinou a exclusão de um perfil inverídico na rede social da META, bem como o fornecimento do endereço IP de onde o referido perfil foi criado (Northfleet, 2020).

No âmbito desse recurso, a controvérsia gira em torno da constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, motivada pelo fato de uma pessoa sem histórico de conta no *Facebook* ser identificada como titular de um perfil falso usado para difamar diversas pessoas. A ação inicial busca a condenação do *Facebook*, visando compelir a plataforma a eliminar o perfil e providenciar a reparação do dano moral resultante desse injusto acontecimento (Northfleet, 2020).

No Juizado de Capivari (SP), a decisão inicial determinou apenas a exclusão do perfil e a divulgação do endereço IP, rejeitando, no entanto, o pedido de indenização, baseando-se no art. 19 do Marco Civil da Internet. Entretanto, em um recurso interposto pela autora, a turma recursal optou por conceder uma indenização no valor de R\$ 10 mil reais. Eles entenderam que condicionar a remoção do perfil falso à obtenção de uma ordem judicial específica representaria uma isenção indevida de responsabilidade indenizatória para os provedores, o que entraria em conflito com o sistema de proteção do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, que trata do dever de indenizar (Northfleet, 2020).

A relevância desse caso para o tema do constitucionalismo digital reside na necessidade de encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, e a responsabilização dos provedores de serviços de internet por conteúdos ilegais ou ofensivos. O debate sobre a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet envolve questões fundamentais sobre a garantia dos direitos na era digital e a busca por soluções que conciliem a liberdade de expressão com a proteção de valores e interesses coletivos.

Esse caso concreto demonstra a complexidade e os desafios enfrentados pelo constitucionalismo digital, uma vez que se busca estabelecer um marco legal que promova a proteção dos direitos fundamentais no ambiente virtual, ao mesmo tempo em que reconhece a importância da atuação das plataformas digitais na promoção da liberdade de expressão e do acesso à informação.

Importante destacar que, a discussão não foi finalizada, estando conclusos ao relator do caso desde o dia 17 de maio de 2023 (STF, 2023). O desfecho dessa ação no Supremo Tribunal Federal terá impactos significativos na forma como o constitucionalismo digital é desenvolvido e aplicado no contexto brasileiro diante dos desafios impostos pela era digital.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de constitucionalismo digital, ampliado para além do controle da internet, mostrou-se fundamental para compreender e lidar com os desafios jurídicos da era digital. Ele abrange a proteção de direitos fundamentais como a privacidade, a liberdade de expressão e a regulação das plataformas digitais, buscando equilibrar esses direitos com o avanço tecnológico (Celeste, 2021).

É de suma importância os estados nacionais incorporarem papel constitucional às questões envolvendo o ciberespaço, sobretudo em relação à afirmação e proteção aos direitos humanos na internet. O constitucionalismo digital passa, então, a ser importante catalisador de todas essas alterações e novas proposições que a utilização de tecnologias passa a ter no cotidiano social, econômico e político (Staats, 2023).

Como pudemos analisar no decorrer do texto, há um cuidado hermenêutico importante que pesquisadores, juristas e analistas do fenômeno digital necessitam estar atentos, que é, justamente, a conceituação extremamente ampla de constitucionalismo digital (Pereira; Keller, 2022). O cuidado se dá, sobretudo, em dar ao constitucionalismo digital toda e qualquer relação com o mundo digital e incumbir a ele àquela pessoa que possuirá todas as respostas para desafios extremamente complexos, esta, a nosso ver, não é uma forma adequada de conceituação. Um exemplo de atuação no mundo digital e que não possui relação direta com o constitucionalismo digital são os modelos regulatórios - a regulação estatal e a autorregulação são modos distintos - um deles serve à "desconcentração de poder das plataformas", o outro faz parte da própria estrutura de governança privada das empresas (Pereira; Keller, 2022).

O ordenamento jurídico brasileiro vem consolidando entendimento a partir da jurisprudência firmada pelo STJ sobre a responsabilização dos provedores de internet por conteúdos publicados nas redes: salvo casos de nudez e sexo e de direitos autorais, os provedores não podem ser responsabilizados pelos conteúdos alegadamente ilegais, ainda que notificados pelos usuários. A responsabilização dos provedores ocorre somente se recusarem a cumprir mandado judicial cujo objeto é a determinação da exclusão de determinado conteúdo lesivo de direitos.

Em relação ao caso concreto da ação no Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, trazendo como relator o ministro Dias Toffoli, destaca-se a relevância desse debate no contexto atual. Essa discussão envolve a responsabilidade dos provedores de internet e a necessidade de prévia e específica ordem judicial para a exclusão de conteúdo e a responsabilização civil. A decisão a ser proferida no referido recurso terá impacto significativo na configuração do constitucionalismo digital.

Por fim, os desafios do constitucionalismo digital colocam em evidência a necessidade de uma atuação responsável e equilibrada para lidar com temas como a proteção da privacidade, a garantia da liberdade de expressão e a regulação das plataformas digitais. É fundamental encontrar soluções que conciliem o avanço tecnológico com a proteção dos direitos fundamentais, para promover um ambiente digital seguro, inclusivo e respeitoso.

Diante desse panorama, é crucial que a sociedade, os acadêmicos, os profissionais do Direito e os cidadãos estejam conscientes e engajados na busca por soluções que promovam a justiça, a igualdade e a harmonia no ambiente digital. Somente assim poderemos entender, de forma eficaz, os desafios que acompanham o conceito de constitucionalismo digital, a fim de construirmos uma sociedade digital mais justa e responsável, pautada pelos princípios constitucionais da justiça, afirmação dos direitos humanos e pelos valores que regem nossa convivência em sociedade.

REFERÊNCIAS

ADDINK, Henk. **Good Governance: concept and context**. Oxford: OxfordPress, 2019.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. **Rev Tribunal Superior do Trabalho**, v. 78, n. 3, p. 64-75, 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/34301/003_andrighi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 nov. 2023.

BALKIN, Jack M. Old School/New School Speech Regulation (May 6, 2014). Yale Law School, Public Law Research Paper, n. 491, maio 2014. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3186205> . Acesso em: 14 out. 2023.

BERMAN, Paul Schiff. *Cyberspace and State Action Debate: the cultural value of applying Constitutional norms to Private Regulation*. In. **University of Connecticut School of Law: Articles and Working Papers**. vol. 71, nº 4. May 2000, p. 1263-130.

Disponível em:

<https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1083&context=faculty_publications>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRAZ, Miryã Bregonci da Cunha; BUFULIN, Augusto Passamani; BACELLAR, Anna Luíza Sartorio. Contornos da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por danos decorrentes de conteúdo Gerado por terceiros Segundo o Superior Tribunal de Justiça. **Revista Argumentum**, v. 23, n. 2, p. 555-574, 2022.

BREGA, Gabriel Ribeiro. A regulação de conteúdos nas redes sociais: uma breve análise comparativa entre o NetzDG e a solução brasileira. **Revista Direito GV**, v. 19, e2305, 2023.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *The Crisis of the Representative Democracy in the Face of Digital Democracy*. **The Rule of Law in Ciberspace**. MORAES, Carlos Blanco; MENDES, Gilmar Ferreira; VESTING, Thomas. (Orgs.) Swtzerland: Springer, 2022, p. 89-102.

CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo Digital: Reflexões sobre os Desafios do Direito na Era Digital. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 15, n. 2, p. 337-362, 2021. Disponível em:

<<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1219/1043>>. Acesso em: 10 out. 2023.

COLAÇO, Hian Silva. Responsabilidade civil dos provedores de Internet: diálogo entre a jurisprudência e o marco civil da Internet. **Revista dos Tribunais**, v. 957, 2015. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_o_servicos_prdodutos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.957.05.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2023.

CURZI, Yasmin. ZINGALES, Nicolo. GASPARG, Walter. LEITÃO, Clara. COUTO, Natália. REBELO, Leandro. OLIVEIRA, Maria Eduarda. **Nota técnica do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio sobre o substitutivo ao PL 2630/2020**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. Disponível em:

<<https://direitorio.fgv.br/sites/default/files/2022-08/nt-pl2630.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2023.

DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio A. F. O que é a Governança de Algoritmos? **In: Tecnopólicas da Vigilância: perspectivas da margem**. BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; KANASHIRO, Marta; GUILHON, Luciana; MELGAÇO, Lucas (Orgs). São Paulo: Boitempo, 2018, p. 141-149.

FONSECA, Reynaldo Soares da; PAULA, Bruno Fernandes de. Democracia, Privacidade e Proteção de Dados na Era Digital: desafios e perspectivas no âmbito político-eleitoral. In: **Eleições e Democracia na Era Digital**. (Coord.) Paulo Gustavo Gonet Branco, Reynaldo Soares da Fonseca, Pedro Henrique de Moura Gonet Branco, João Carlos Banhos Velloso, Gabriel Campos Soares da Fonseca. São Paulo: Almedina, 2022, p. 533-544.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*. **Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication**, v. 15, p. 1-22. 2015. Disponível em: <<https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/28552582/SSRNid2687120.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 out. 2023.

HELBERGER, Natali. *The Political Power of Platforms: How Current Attempts to Regulate Misinformation Amplify Opinion Power*. **Digital Journalism**, julho 2020, p. 842- 854. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/21670811.2020.1773888>. Acesso em: 11 out. 2023.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LOBEL, Orly. *The law of the platform*. **Minnesota Law Review**. N. 101, 2016. Disponível em: <<https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/Lobel.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2023.

MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade no Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. 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, 2020. Disponível em: <<https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103/2571>>. Acesso em: 13 out. 2023.

MENDONÇA, Marcos Wachowicz; MARSICO, Renato Opice Blum. **Marco Civil da Internet Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.
MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política**. São Paulo: UBU Editora, 2020.

NORTHFLEET, E.G. **O Marco Civil da Internet sob o prisma da constitucionalidade – parte I**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/ellen-gracie-constitucionalidade-marco-civil-internet>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. In. *Revista Direito e Práxis – Dossiê:Constitucionalismos*", v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022. Disponível em:

<<https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/70887/44044>>. Acesso em: 10 out. de 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STAATS, Bruna. O Constitucionalismo Digital como Proteção aos Direitos Fundamentais. In: **Revista Eletrônica Direito & TI**, v. 1, n. 14, 2022. Disponível em: <<https://direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/128>>. Acesso em: 13 out. 2023.

SUZOR, Nicolas. *The Role of the Rule of Law in Virtual Communities*. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 25, n. 4, p. 1817-1886, 2010. Disponível em: <<https://lawcat.berkeley.edu/record/1123900/files/fulltext.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2023.

TARTUCE, Fernanda. **Marco Civil da Internet: Comentários à Lei 12.965/2014**. São Paulo: Método, 2019.

TEUBNER, Günther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?* In: JOERGES, Christian; SAND, Inge-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Constitutionalism and transnational governance**. Oxford Press, 2004. p. 3-28. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=876941>. Acesso em: 13 out. 2023.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista IBERC**, v. 1, n. 1, p. 1-28, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SIMONCINI, Andrea. *The Constitutional Dimension of the Internet: Some Research Paths*. **EUI Working Paper LAW**, v. 16, p. 1-13, 2016. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/40886/LAW_2016_16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 out. 2023.

SRNICEK, Nick. **Platform Capitalism**. Cambridge: Polity Press: 2016.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet**: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Tema 987 – Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12. 965/2014 (Marco Civil da Internet)**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?in>

cidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987.Acesso em: 24 mai. 2023.

WATSON, David. ***Explaining Black Box Algorithms: epistemological challenges and machine learning solutions***. 2021, f. 247. Tese (Ph.D in information, communication and the social sciences. Universidade de Oxford, Oxford, 2021. Disponível em: <<https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:ba743054-3eaf-41fc-98e8-841255ee24ad/files/drf55z7824>>. Acesso em: 13 out. 2023.

ZUBOFF, Shoshana. ***The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power***. New York: PublicAffairs, 2018.

3. MEIO AMBIENTE E LIVRE INICIATIVA: EM BUSCA DE SINTONIA E SINCRONIA EM PROL DO DESENVOLVIMENTO HUMANO



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-03>

*José Fernando Vidal de Souza*¹

*Edloy Menezes*²

INTRODUÇÃO

O artigo 1º, inciso IV do da Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabelece que a livre iniciativa é um dos pilares da República Federativa do Brasil.

Assim, com certa habitualidade, se associa o aperfeiçoamento do mercado ao respeito a alguns princípios norteadores das atividades econômicas, conforme preceituado no art. 170 da CF/88. Dentre os referidos princípios, destacam-se a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca do pleno emprego e o tratamento de favorecimento às empresas de pequeno porte, desde que cumpram determinados requisitos expostos na legislação e o princípio da livre iniciativa, que, mesmo com destaque em uma sociedade capitalista, não se sobrepõe às limitações constitucionais e infraconstitucionais, tais como a existência e a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De fato, atualmente, a importância das discussões ambientais é a temática de maior relevância nas agendas políticas mundiais. Discussões que envolvem a preservação dos recursos naturais, aliadas à compreensão dos chamados serviços

¹ Pós-doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES-UC) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Ciências Ambientais pela Universidade São Francisco (USF). Bacharel em Direito e Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Professor do PPGD da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP). Promotor de Justiça em São Paulo (MPSP). vidalsouza@uol.com.br

² Doutorando em Direito (UNINOVE). Mestre em Direito pela UNINOVE (2021). Bacharel em Direito pela Universidade de Araraquara (1998). Assistente Técnico de Gabinete do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. adee@terra.com.br

ambientais que desembocam no conceito de desenvolvimento e melhoria da qualidade de vida para todos. Com isso, o entendimento de meio ambiente e ecologia leva o homem a promover práticas constantes de fiscalização, conscientização e educação na busca da preservação ambiental e do equilíbrio dos ecossistemas, por meio de novas tecnologias para a utilização de formas de energia não poluentes, por meio de recursos renováveis; redução de agentes poluentes e preferência por biodegradáveis; o desenvolvimento de processos de reciclagem e combate aos desperdícios insensatos e outras fontes de energia para obtenção de água, alimentos e matérias-primas que permitem a nossa sobrevivência no planeta.

Desta maneira, por meio do método dedutivo, histórico-comparativo, baseado em pesquisa, análise e revisão bibliográfica, o presente artigo se justifica ante a importância da compreensão das questões ambientais para a construção de uma nova ordem orientadora da livre iniciativa e do exercício da atividade econômica, a fim de que o desenvolvimento econômico possa ampliar a justiça social e o bem-estar da sociedade, com a melhoria da qualidade de vida para todos.

2. A IMPORTÂNCIA DO MEIO AMBIENTE PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Primeiramente, deve-se ter claro que o Meio Ambiente se revela como a reunião do ambiente físico com os seus componentes bióticos. Para muitos, essa expressão é considerada dúbia ou pleonástica, pois os organismos podem ser parte do ambiente de outro organismo. Além disso, por vezes, a expressão assume dimensões que envolvem aspectos econômicos, culturais e de segurança dos diversos ambientes em que os seres humanos vivem.

Ecologia, por sua vez, é considerada uma ciência que questiona a ordem e a compreensão da natureza, além de examinar a sua conservação, exploração e os vários níveis de organização criados pelos organismos vivos, partindo do evolucionismo até a variabilidade genética e a diversidade dos ambientes e das populações que os integram.

Ademais, etimologicamente, como explica Eugene P. Odum (2004, p. 4), "ecologia deriva da palavra grega 'oikos', que significa 'casa' ou 'lugar onde se vive'. Em sentido literal, a ecologia é o estudo das relações dos organismos 'em sua casa'."

Contudo, no dizer de Robert Barbault (2011, p. 14) "os sistemas ecológicos não são estruturas imutáveis. Eles podem mudar ao longo do tempo, transformar-se ou desaparecer".

Desta maneira, Eugene P. Odum (2004, p. 4) explica que "a ecologia define-se usualmente como estudo das relações dos organismos ou grupos de organismos com seu ambiente, ou a ciência das inter-relações que ligam os organismos vivos ao seu ambiente". Por isso, o ecólogo americano (2004, p. 4) complementa seu pensar ao enfatizar que "para compreender o domínio e a importância da ecologia, a matéria tem de ser considerada em relação com outros ramos da biologia e com as ciências em geral".

De outro lado, tem-se que a preocupação com a questão ambiental surge a partir da Revolução Industrial, por meio de grupos protecionistas e preservacionistas, na Inglaterra e nos Estados Unidos, mas não há um marco preciso do surgimento do movimento ambiental. Contudo, é certo que o fim da 2ª Guerra Mundial é o período no qual a temática ambiental passa a ganhar corpo, primeiro com a real possibilidade de dizimação da espécie humana, com a fissão nuclear e o uso de bombas atômicas e armas atômicas, o crescimento de problemas gerais como a poluição, o aumento populacional desmedido, a extinção de espécies, o superaquecimento do planeta e o consumo exagerado dos recursos naturais etc.

O advento da era atômica fez surgir a Guerra Fria entre os americanos e russos, e uma luta armamentista que é pautada por testes nucleares, realizados em sigilo, evitando-se que a sociedade civil soubesse dos perigos oriundos das pesquisas nucleares. Porém, a primeira demonstração da capacidade destrutiva da força da energia nuclear é sentida na costa da Austrália em outubro de 1952, quando ocorre uma chuva de granizos radioativa decorrente dos testes nucleares britânicos.

Assim, de forma paulatina, a sociedade civil passa a compreender que um conflito atômico poderia redundar na destruição completa da humanidade e, com isso, surgem os movimentos de desarmamento nuclear.

A década de 1960 é marcada por crescentes situações de contaminações dos recursos naturais decorrentes da produção de alimentos e poluição, como o acidente ocorrido em 1956 na baía de Minamata, situada em frente a Nagasaki, no Japão, que teve suas águas contaminadas pelo despejo indevido de mercúrio decorrente da produção química das indústrias ali situadas, que não promoviam a manutenção dos catalisadores, e ao uso exagerado de pesticidas e inseticidas sintéticos na agricultura americana denunciado pela bióloga Rachel Carson, com a publicação do livro *Primavera Silenciosa* em 1962.

Com isso, a partir de 1970, a questão ambiental integra definitivamente a agenda mundial, por meio das Nações Unidas e de órgãos internacionais, que passam a estudar uma política de conservação. Entretanto, a utilização demasiada do solo, da água, da madeira, do carvão e demais combustíveis fósseis fez nascer uma gama de cientistas que passou a reviver as ideias de Malthus e, por isso, eram chamados de neo-malthusianos, uma vez que acreditavam que os recursos naturais, em especial dos americanos, estavam caminhando para o esgotamento e, portanto, seria necessária a criação de um plano racional para o consumo dos mesmos.

Ao lado disso, vê-se a discussão sobre as correntes filosóficas do antropocentrismo, do biocentrismo e do ecocentrismo. As perspectivas ambientalistas de ordem antropocêntrica (Aristóteles, Bacon, Descartes, H. Jonas), biocêntrica (Lovelock, P. Singer, T. Regan) ou ecocentrismo (A. Naess, F. Capra e Callicott) servem para pontuar os problemas ambientais atuais, mas não estruturam o pensar de forma política.

Com efeito, o antropocentrismo considera o ser humano como o determinante do universo e todos os demais seres vivos só têm sentido quando ordenados em torno de si e, por ser assim, o humano pode deles dispor a seu bel-prazer. O biocentrismo se opõe ao antropocentrismo, pois defende a existência de valor dos demais seres vivos. O ecocentrismo, por sua vez, sustenta que o homem é apenas um elemento integrante da natureza, sendo que esta possui um valor em si mesma, independentemente de sua utilidade para o homem. Trata-se de uma visão preservacionista da natureza, que busca garantir que o ambiente natural deve permanecer intocado na sua forma primitiva.

O período mencionado é sintetizado por Michel Beaud, Calliope Beaud e Larbi Bouguerra (1995, p. 38-39) da seguinte forma:

Após a Segunda Guerra Mundial, criaram-se os primeiros organismos internacionais dedicados à proteção da natureza. Em 1948, sob a égide da UNESCO, reuniu-se o Congresso que instituiu a União Internacional para a Proteção da Natureza, com objetivo de salvaguardar o conjunto do mundo vivo e o *habitat* do homem. E durante cerca de vinte anos, irão suceder-se reuniões e conferências especificando e desenvolvendo programas de investigação sobre os grandes biomas terrestres, até 1968, ano em que é decidida a realização, para 1972, de uma grande conferência internacional sobre o homem e o seu meio ambiente, em Estocolmo.

A partir daí, a questão ambiental cresce e passa a ser editada uma série de documentos decorrentes de Conferências Internacionais sobre o Meio Ambiente. Dentre eles, destacam-se:

a) I Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano: realizada em Estocolmo em 1972;

b) Relatório Brundtland: publicado em 1987 com o nome *Nosso futuro comum*, elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), liderada pela primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland;

c) II Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento: realizada no Rio de Janeiro, denominada Rio 92 ou ECO-92;

d) Agenda 21: elaborada durante a ECO-92, o documento visa estabelecer o comprometimento de governos e sociedade civil de diversos países para cooperarem no estudo de soluções dos problemas socioambientais locais e globais;

e) Convenção sobre diversidade Biológica (CDB): elaborada durante a ECO-92, o documento visa promover uma estratégia para o "desenvolvimento sustentável" do planeta, tendo como objetivos principais: a conservação da biodiversidade; seu uso sustentável; e a repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes do acesso aos recursos genéticos;

f) Princípios para a Administração Sustentável das Florestas: fruto da ECO-92, o documento busca um consenso global sobre o manejo, conservação e desenvolvimento sustentável das florestas;

g) Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (CQNUMC): preparada e redigida em 9 de maio de 1992 na sede das Nações Unidas em Nova York, foi assinada durante a ECO-92 e trata dos problemas relativos à mudança do clima da Terra;

h) Protocolo de Kioto: fruto da CQNUMC, este documento elaborado em 1997 em Kioto/Japão, fixou normas mais claras sobre a redução de emissões de gases de efeito estufa e metas a serem atingidas por países que emitiram mais gases no passado e o implemento de políticas públicas para mitigação das mudanças climáticas nos países signatários;

i) Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança: documento elaborado em 2000 para estabelecer uma instância internacional para discutir procedimentos sobre movimentação e manuseio de organismos vivos modificados por biotecnologias;

j) Em 2001, os Estados-Membros das Nações Unidas adotam a Convenção de Estocolmo, que inclui 176 partes e visa proteger a saúde humana e o meio ambiente dos produtos químicos que persistem por longos períodos no meio ambiente;

l) Em 2002, realiza-se em Joanesburgo (Rio+10), a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável focada para a melhoria da vida das pessoas e a conservação dos recursos naturais em um mundo com crescimento populacional.;

m) Em 2007, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas é agraciado com o Prêmio Nobel da Paz por seus esforços em construir e disseminar conhecimento sobre as mudanças climáticas causadas pelo ser humano e estabelecer as bases para as medidas que são necessárias para neutralizar essas mudanças;

n) Em 2008, O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) se torna uma organização neutra para o clima, com o objetivo de reduzir as emissões em 3% a cada ano e comprar créditos de carbono para compensar as emissões restantes.

o) Em 2009, realiza-se a Conferência sobre Mudança do Clima de Copenhague (COP 15), que tratou sobre mudança climática, com a participação de 115 líderes de vários países e estabeleceu como limite o aumento da temperatura média global máxima, a não mais do que 2°C acima dos níveis pré-industriais;

p) Em 2010, o PNUMA lança o Relatório sobre a Lacuna de Emissões, uma avaliação com base científica da lacuna entre as promessas dos países sobre as emissões de gases de efeito estufa e as reduções necessárias para proporcionar um aumento da temperatura global abaixo de 2°C até o final deste século;

q) Em 2012, realiza-se a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS) visando discutir a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável (RIO+20) e o lançamento pelo PNUMA da Plataforma Intergovernamental sobre Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos (IPBES) para fornecer aos formuladores de políticas públicas informações confiáveis, independentes e fidedignas sobre a situação da biodiversidade em resposta às preocupações sobre a falta de informações políticas relevantes para enfrentar as ameaças;

r) Em 2014, a Cúpula do Clima da Organização das Nações Unidas (ONU) discute com lideranças governamentais, setor privado e sociedade civil a adoção de medidas concretas para a redução da emissão de carbono, em virtude da demonstração de sinais de recuperação da camada de ozônio;

s) Em 2015, a Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável lança a Agenda 2030, com os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável como parte de uma nova agenda global de desenvolvimento sustentável;

t) Em 2016, o PNUMA lança o Selva pela Vida, campanha voltada para proteger espécies selvagens ameaçadas de extinção, e a campanha BreatheLife, para difundir informações sobre os impactos da poluição do ar e possíveis soluções;

u) Em 2017, ocorre o início da vigência da Convenção de Minamata sobre o mercúrio, com o objetivo de proteger a saúde humana e o meio ambiente das emissões antropogênicas e liberações de compostos de mercúrio.

v) Em 2019, a Assembleia Geral da ONU declara 2021-2030 como a *Década das Nações Unidas da Restauração de Ecossistemas*, buscando aumentar a restauração de ecossistemas degradados e destruídos, bem como o combate da

crise climática, o aumento da segurança alimentar, o abastecimento de água e a biodiversidade.

No âmbito brasileiro, a edição da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, no início da década de 1980 (Lei complementar nº 40 de 14/12/81) se revela como o primeiro texto legal a fazer uso do termo ação civil pública e elencá-la como uma de suas funções institucionais (artigo 3º, III).

Depois, a Lei n. 6.938 de 31/08/81, passou a estabelecer uma Política Nacional do Meio Ambiente e conferiu legitimidade ao Ministério Público para intentar ação de reparação dos danos causados ao Meio Ambiente e a terceiros, tanto na esfera civil como no âmbito criminal.

A Lei n. 7.347 de 24/07/1985 consagra definitivamente a proteção dos direitos difusos ao disciplinar a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Nessa esteira, foram editadas diversas leis que permitiram a defesa dos interesses difusos e coletivos e, dentre elas, merecem destaque: Lei n. 7.853/89, que trata da defesa dos interesses dos deficientes físicos; Lei n. 7.913/89, que permite a propositura de ação civil pública para reparação dos danos causados a investidores no mercado imobiliário; Lei n. 8.690/90, que estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente e, mais recentemente, a Lei n. 8.429/92, que permite a propositura de ação civil pública, visando o sequestro e perda de bens em caso de enriquecimento ilícito.

Por fim, a Lei n. 8.078 de 11/12/1990, edita o chamado Código de Defesa do Consumidor, que estabelece direitos e obrigações de consumidores e fornecedores, bem como assegura uma série de direitos básicos essenciais para a proteção das relações consumeristas.

Da mesma forma, foi conferido ao Ministério Público, às pessoas jurídicas de direito público e a determinadas associações, a defesa dos consumidores lesados por meio de ação civil pública, onde os legitimados podem intentá-las em nome próprio e nos interesses das vítimas ou de seus sucessores.

Com efeito, o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor consagrou na legislação brasileira a existência dos interesses transindividuais, definindo suas três modalidades e criando uma classificação para o direito positivo.

A redação do referido artigo do Código de Defesa do Consumidor é a seguinte:

Artigo 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III- interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A CF/88 dedica um capítulo inteiro à proteção do meio ambiente e estabelece em seu artigo 225 que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Com isto, o artigo mencionado não só elenca o meio ambiente como um bem difuso, transindividual e intergeracional, como busca implementá-lo nos moldes de uma nova realidade, que adota a sadia qualidade de vida como sendo diretriz norteadora do poder público e da coletividade.

Ademais, o artigo 225 § 3º da CF/88 ainda prevê a responsabilidade para os infratores ambientais, ou seja, define que o causador de dano ambiental deverá responder nas esferas penal, administrativa e civil de maneira independente, o que se revela como algo perfeitamente compatível com modelo de Estado de Direito Ambiental.

Segundo Moratto Leite (2013, p. 33), compreende-se este como sendo um novo modelo estatal voltado à preservação e proteção ambiental, ao dever de

promoção da qualidade de vida para alcançar o desenvolvimento e o bem-estar social. Busca, concomitantemente, inserir no seio da sociedade uma nova consciência ecológica e ambiental incentivando a ética, a cidadania, a educação, a gestão participativa e a democracia. Para tanto, o Estado de Direito Ambiental exige uma mudança radical - quer na estrutura da sociedade organizada, quer no aparato social.

Trata-se, pois, de excelente começo para uma mudança no sistema de proteção do meio ambiente e, por consequência, no próprio sistema de mercado. Mas, cabe lembrar, que a sociedade ainda se alicerça no sistema capitalista, vivenciando todos os seus aspectos positivos e negativos. Por isso, é importante - para consecução do Estado de Direito Ambiental - a realização dos deveres ecológicos, para que a qualidade de vida da população em geral se sobreponha aos interesses particulares daqueles que só visam o lucro, abstraídos da preocupação com o interesse público ou coletivo.

Nesta linha de raciocínio, Leme Machado (2000, p. 115), ao comentar o *caput* do artigo 225 da CF/88, destaca que, das Constituições brasileiras, esta foi a primeira em que a expressão "meio ambiente" foi mencionada.

Ao promover a leitura do mencionado dispositivo, Valery Mirra (1994, p. 15) assinala que este trecho da lei é antropocêntrico, acompanhando a tendência da evolução dos direitos humanos a partir da terceira dimensão, marcada pela preocupação em se proteger o planeta para a dignidade das gerações futuras:

É um direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a 'vida e a dignidade das pessoas' - núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois ninguém contesta que o quadro da destruição ambiental no mundo compromete a possibilidade de uma existência digna para a Humanidade e põe em risco a própria vida humana.

Contudo, por meio da esfera do Controle Concentrado de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao examinar o art. 225 da CF/88, deixou consignado um sentido mais amplo do mencionado dispositivo legal ao estabelecer o seguinte:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. [MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.]

Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais. Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III). Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente. Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei. Supressão de vegetação em área de preservação permanente. Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial. Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225). Colisão de direitos fundamentais. Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes. Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161). A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI).

Decisão não referendada. Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. [ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.]

Da interpretação do art. 225 da Constituição Federal, fundamento normativo do Estado de Direito e governança ambiental, infere-se estrutura jurídica complexa decomposta em duas direções normativas. A primeira voltada ao reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em uma perspectiva intergeracional. A segunda relacionada aos deveres de proteção e responsabilidades atribuídos aos poderes constituídos, aos atores públicos e à sociedade civil em conjunto. A preservação da ordem constitucional vigente de proteção do meio ambiente, densificada nos seus deveres fundamentais de proteção, impõe-se, pois, como limite substantivo ao agir legislativo e administrativo. O que significa dizer que tanto a Política Nacional do Meio Ambiente, em todas as suas dimensões, quanto o sistema organizacional e administrativo responsável pela sua implementação, a exemplo do Sistema Nacional do Meio Ambiente, dos Conselhos Nacionais, Estaduais e Municipais, devem traduzir os vetores normativos do constitucionalismo ecológico e do federalismo cooperativo.

[ADI 4.757, rel. min. Rosa Weber, j. 13-12-2022, P, DJE de 17-3-2023.]

Uma vez delimitado o conceito de meio ambiente, é importante examinar os aspectos que envolvem a livre iniciativa e as possibilidades de convívio das temáticas, para elaboração de uma nova concepção de desenvolvimento econômico.

3. MEIO AMBIENTE E LIVRE INICIATIVA: A BUSCA DA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO ECONÔMICO

Adam Smith (1723-1790), precursor do liberalismo econômico e das ideias sobre livre iniciativa e liberdade de concorrência, já considerava a ampla liberdade de iniciativa elemento essencial ao alcance do desenvolvimento dos povos, além de combater ou evitar a existência de monopólios. Impunha-se, para ele, a elementar

necessidade de se atribuir a cada indivíduo a plena liberdade de escolher a profissão que desejasse e a atividade que resolvesse exercer para sustentar a si e a sua família e, assim, ajudar a criar um círculo virtuoso de desenvolvimento e bem-estar social, com o mínimo possível de intervenção do soberano.

Neste particular, o economista britânico desenvolve o conceito de liberdade natural, que asseguraria a liberdade individual de cada pessoa competir com outra, com a mínima intervenção do Estado. Assim, Adam Smith (1996, p. 44) explicava que:

O esforço natural de cada indivíduo para melhorar sua própria condição, quando se permite que ele atue com liberdade e segurança, constitui um princípio tão poderoso que, por si só, e sem qualquer outra ajuda, não somente é capaz de levar a sociedade à riqueza e à prosperidade, como também de superar uma centena de obstáculos impertinentes com os quais a insensatez das leis humanas com excessiva frequência obstrui seu exercício, embora não se possa negar que o efeito desses obstáculos seja sempre interferir, em grau maior ou menor, na sua liberdade ou diminuir sua segurança.

Ademais, no seu entender, a economia sendo livre e sem sofrer intervenção de órgãos externos ou do governo, promoveria uma autorregulação, intitulada de *mão invisível*, capaz de permitir que o próprio mercado pudesse fixar os preços dos produtos, conforme sua necessidade. Por isso, Adam Smith (1996, p. 170) é enfático ao afirmar que:

Segundo o sistema da liberdade natural, ao soberano cabem apenas três deveres; três deveres, por certo, de grande relevância, mas simples e inteligíveis ao entendimento comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e, terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou um pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno

contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade.

Dentro de uma análise histórica, no âmbito brasileiro, Eros Grau (2002, p. 14) observou que a Constituição do Império dispunha em seu art. 179, inciso "XXIV que "nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos." O texto constitucional mencionado evidenciava claramente a adoção do princípio da livre iniciativa, da liberdade de empreendimento, ainda que assim não denominado expressamente, consagrando, ainda, em complementação, o princípio da supremacia da ordem pública.

Ao examinar esse período da economia brasileira e o rumo dos últimos vinte anos, Ignacy Sachs (2001, p. 491) revela que:

Ao persistir na rota do mau desenvolvimento o Brasil estará caminhando para uma catastrófica *apartação social*. Nos 110 anos após a Proclamação da República em 1889 - o início do longo século XX brasileiro - a economia brasileira cresceu ao invejável ritmo de 4,1% ao ano. De 1950 a 1980, a taxa média anual chegou a alcançar 6,7% para despencar nas 2 últimas décadas para 2,1%, ou seja, um crescimento mais do que modesto de meio por cento por habitante, justo o suficiente para caracterizar o desempenho pífio da economia Brasileira como caminhando de mau para menos mau.

De outro lado, Eros Grau (2002, p. 243) diz que a liberdade econômica é um conceito extremamente amplo e que, não obstante, o art. 170, *caput*, da Constituição de 1988, conduz à conclusão, restrita, de que toda a livre iniciativa se esgota na liberdade econômica, e que dela – da livre iniciativa – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade.

Neste particular, Salomão Calixto (2000, p. 09) explica que a livre iniciativa deve ser "desenvolvida num regime de livre concorrência. Assim, na organização da economia de mercado, deve existir liberdades de iniciativa, se desenvolvendo com mais presença da competitividade, mais constante disputa das livres negociações".

Essa ideia é complementada pelas palavras de Ramos Tavares (2003, p. 44), o qual defende que: a livre iniciativa:

como um princípio de decorrência lógica da proteção ao princípio da livre concorrência, eis que todos devem ter o direito de se inserir no mercado contestando os que já se encontram nele, buscando a melhor qualidade dos produtos e fixando preços mais competitivos.

Por fim, Josué Petter (2005, p. 95) ressalta que a livre iniciativa consiste:

no poder reconhecido aos particulares de desenvolverem uma atividade econômica. É mesmo uma fonte axiológica de liberdade perante o Estado e até perante os demais indivíduos, um atributo essencial da pessoa humana em termos de realização de sua capacidade, suas realizações e seu destino.

Assim, a ordem econômica delineada a partir do art. 170 da Constituição da República pressupõe livre concorrência e garantia da propriedade privada [dos meios de produção] e a Lei 13.874/2019 busca enfatizar, reforçar, corroborar, implementar de fato tais princípios – sobretudo o da liberdade [de iniciativa e concorrência] no ambiente de negócios do país. Por essa razão, vê-se no item 5 da Exposição de Motivos da referida Lei:

Após a análise de dezenas de estudos empíricos, todos devidamente especificados nas Notas Técnicas, incluindo os dedicados à América Latina, conclui-se que a liberdade econômica é cientificamente um fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país. [...].

Destarte, o art. 1º, *caput*, da Lei da Liberdade Econômica dita:

Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da Constituição Federal.

E, sem prejuízo da observância e do atendimento aos demais princípios insculpidos no art. 170 da Constituição da República, a Lei 13.874/2019 reafirma e declara (em reforço ao que já dito pela Lei Maior) dos Direitos de Liberdade Econômica.

Nesta linha de pensar, José Afonso da Silva (1993, p. 211) observa que a “liberdade é conquista constante” e segundo ele (1993, p. 214) pode-se falar em “liberdade e liberdades” e em diversas ou várias “formas de liberdade”, a saber:

- I – liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação);
- II – liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento);
- III – liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação);
- IV – liberdade de ação profissional** (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício ou profissão);
- V – liberdade de conteúdo econômico e social** (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho) (grifos nossos).

Com efeito, o inciso IV se refere ao disposto no art. 5º, inciso XIII da Constituição da República: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

De acordo com José Afonso da Silva (1993, p. 233), o dispositivo constitucional em questão “confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo”.

A liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho), por sua vez, mencionada no item V adrede transcrito, tratou de analisá-la e melhor descrevê-la entre os “direitos econômicos e sociais”, por entender que tais “liberdades” não integram o campo dos direitos individuais, mas o daqueles.

Portanto, se estabelece, ao menos uma ideia, ainda que limitada a alguns aspectos de sua conceituação, a definição de *liberdade*, que permite uma análise objetiva e pontual da Lei da Liberdade Econômica. Porém, é preciso esclarecer que a liberdade está diretamente associada à nossa capacidade de promover escolhas, por meio de análise subjetiva, na qual se pode ou não executar algo diante de um poder decisório interno. Por esta razão, Ferreira Netto e Bassoli (2009, p. 159-160) explicam que:

A fundamentação lógica filosófica de um princípio de liberdade cujo domínio está implícito a livre iniciativa não se confunde com a deontologia dogmática ou a necessidade de imputabilidade jurídica, pois estas pressupõem que a conduta não seja autônoma em relação à vontade e aquele é implicação lógica da própria condição racional. A livre iniciativa não se justifica pelo ordenamento jurídico, sua gênese não se encontra nas leis escritas, mas na própria racionalidade. Antes de um dever ser, a livre iniciativa é uma imposição lógica gerada pela condição humana.

Ademais, Ferreira Netto e Bassoli (2009, p. 160) completam esse raciocínio ao ressaltarem que:

as ações humanas são, por natureza, fruto de deliberação do espírito livre e racional inerente ao sujeito" [e, sendo assim] conclui-se que, conceitualmente, a liberdade subsiste na capacidade racional do homem, ou seja, a liberdade é inerente ao humano e, por consequência, a livre iniciativa justifica-se antes dos seus benefícios econômicos, ou pela própria positivação jurídica, pela faculdade deliberativa do indivíduo". [Com isso, de maneira sintética,] "a livre iniciativa antes de um direito, é implícita e necessária pela condição lógica do pressuposto da racionalidade e da liberdade.

Porém, as liberdades humanas podem contrastar com a ideia de desenvolvimento, em especial se este estiver correlacionado ao produto interno bruto, ao aumento de renda, aos processos de industrialização, ao avanço

tecnológico ou de modernização da sociedade. Neste sentido, Amartya Sen (2010, p. 16-17) explica que:

As liberdades dependem também de outros determinantes como as disposições sociais e econômicas (por exemplo os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas). De forma análoga, a industrialização, o progresso tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também de outras influências. Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração neste objetivo abrangente e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substanciais dirige a atenção para os fins que o tornam importante em vez de restringi-la a alguns dos meios que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo. O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Apesar de aumento sem precedentes na opulência global o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas - talvez até mesmo à maioria.

Não obstante tais considerações, se depreende da leitura do art. 170 da Constituição Federal, que a ordem econômica brasileira resulta de uma convergência de diversas ideologias, ideias e interesses, sendo materializada em uma decisão política fundamental do constituinte com relação aos elementos socioideológicos, corporificando por fundamentos, fins e princípios que tem interoperabilidade entre si, promovendo a regulação pública da economia.

Assim, sob essa ótica, os fundamentos se corporificam no ponto de partida, explicitando comando-valores, objetivos a serem atingidos e os princípios servem para funcionarem como instrumento para efetivação da regulamentação da ordem econômica (NORAT; CÂMARA NETO, 2019, p. 71-72).

Desta maneira, a livre iniciativa tem destaque substancial para a ordem econômica, com referência desde a Constituição do Império de 1824 (art. 179, inciso XXIV), mantendo-se na Constituição Republicana de 1891 (art. 7º, 2 e 72 § 24), seguindo na Constituição de 1934 (art. 115), na Carta Magna de 1937 (art. 135 e seguintes), Constituição de 1946 (arts. 141, § 14 e 145 a 162) permanecendo na Carta de 1967 (art. 157, I e art. 150 § 23), EC 1/1969 a Constituição de 1967 (art. 160, I) e, por fim, na Constituição de 1988 (art. 1º, inciso IV e art. 170, *caput*).

Percebe-se que o poder constituinte originário não abandonou o princípio da livre iniciativa associado à figura do desenvolvimento econômico. Todavia, não se pode interpretar o princípio da livre iniciativa de forma isolada.

De fato, por primeiro, não se deve perder de vista que a Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso IV, elenca como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa.

Depois, como explicam Vidal de Souza e Abrahão Rosa (2022, p. 486):

Dentre os nove princípios delineados nos incisos do art. 170 da Constituição da República estão os da propriedade privada (dos bens de produção, inclusive) e da livre concorrência, o que evidencia haver o Estado brasileiro adotado o sistema econômico capitalista temperado, pois função social também deve ser igualmente aplicada à propriedade dos bens de produção, consoante se verifica dos demais princípios previstos no mencionado dispositivo, além do fato de que a interpretação da ordem econômica não pode ser feita de maneira isolada do sistema constitucional vigente, o que equivale dizer que ela deve ser interpretada em consonância com os princípios fundamentais (art. 1º), os direitos e garantias fundamentais (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º a 11) e os princípios gerais da atividade econômica (art. 170 a 181)

Além disso, o termo livre iniciativa é de conceituação extremamente ampla, não se podendo interpretá-lo restritivamente, com o sentido de se esgotar na liberdade econômica ou na liberdade de iniciativa econômica. Neste sentido, Miguel Reale (1998, p. A3), destaca que:

Ora, a livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também autônoma eleição dos processos e meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.

Com isso, vê-se que a liberdade de iniciativa abrange todas as possibilidades de produção, sejam individuais ou coletivas, assegurando o livre exercício de qualquer atividade, ofício, profissão ou trabalho, devendo ter habilitação nos termos legais (art. 5º, inciso XIII, da CR/88). No entanto, a livre iniciativa trazida pelo constituinte no *caput* do art. 170 da CF/88, se mostra como um dos fundamentos da ordem econômica, tem como um dos faróis orientadores o princípio da defesa do meio ambiente (inciso VI). Por fim, o parágrafo único, do referido art. 170, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem qualquer autorização estatal, desde que não contrária à lei. Por conseguinte, não se pode perder de vista que a livre iniciativa é uma forma de expressão do trabalho e corolário da sua valorização.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 introduziu na realidade brasileira, por meio do art. 225, a proteção ao meio ambiente como matéria constitucional, tornando-o um bem jurídico de direito fundamental, difuso, transindividual, indisponível e intergeracional, garantindo a todo indivíduo o direito de desfrutar de um meio ambiente sadio, bem de uso comum do povo.

Desta maneira, a lição de François Ost (1997, p. 233) é extremamente pertinente à nossa realidade, pois enfatiza que:

Para o melhor e para o pior, a partir de agora, responsáveis pela natureza que modificamos cada vez mais profundamente. É impossível esquivar-se a esta situação histórica: nem a fuga para frente para o limite da técnica (ligada à pulsão egoísta do consumo), nem a regressão para o limite da natureza (ligada à pulsão ascética da renúncia à modernidade) constituem formas adequadas de

assumir esta responsabilidade nova. Como o escreve o astrofísico ecologista H. Reeves: 'a natureza tem necessidade de nós para prosseguir o seu projeto'.

Para isso, é dever do Poder Público e de toda a coletividade a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para preservá-lo para as presentes e futuras gerações, justificando-se a intervenção do Estado para controlar as atividades econômicas e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que coloquem em risco a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (CF/88, artigo 225, § 1º, V).

Neste particular, inclusive, o STF, quando do julgamento da ADI 4.529, de relatoria da Min. Rosa Weber, se posicionou no sentido de que empreendimentos e atividades econômicas só podem ser considerados válidos, sem mácula de legalidade ou de constitucionalidade quando se subordinarem a regras de proteção ambiental, consoante se constata da seguinte ementa:

O afastamento do licenciamento de atividades potencialmente poluidoras afronta o art. 225 da Constituição da República. Empreendimentos e atividades econômicas apenas serão considerados lícitos e constitucionais quando subordinados à regra de proteção ambiental. A atuação normativa estadual flexibilizadora caracteriza violação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e afronta a obrigatoriedade da intervenção do Poder Público em matéria ambiental. Inobservância dos princípios da proibição de retrocesso em matéria socioambiental, da prevenção e da precaução. [ADI 4.529, rel. min. Rosa Weber, j. 22-11-2022, P, DJE de 1º-12-2022.]

Por isso, a sadia qualidade de vida pressupõe o respeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que integra a dignidade da existência – objetivo da ordem econômica (CF/88, art. 170) – e o bem-estar de todos – objetivo da ordem social (CF/88, art. 193).

Ora, em sendo assim, a precisão dos argumentos trazidos à baila por Serge Latouche (2007, p. 130-131) permitem balizar a discussão sobre a relação entre desenvolvimento e meio ambiente:

Hoje em dia, a lei dos mercados impõe-se cada vez mais ao conjunto da sociedade e transforma em sociedade de mercado. A lógica mercantil é o veículo de uma forma alargada de "banalidade do mal", por um lado porque engendra uma espécie de totalitarismo rasteiro, por outro porque, longe de ser eticamente neutra, a economia pode ser acusada com razão de produzir a injustiça. Como em qualquer sistema totalitário, as fronteiras éticas, morais e jurídicas confundem-se.

Diante disso, Serge Latouche (2007, p. 154) ressalta que no âmbito das relações comerciais "tratar separadamente o dossiê ecológico e o dossiê comercial culmina com toda a evidência no sacrifício do ambiente ao imperativo econômico".

Portanto, a leitura dos dispositivos constitucionais acima mencionados afasta a possibilidade de adoção de um modelo técnico-científico de domínio da natureza ou da visão de que esta seja um mero reservatório de matéria-prima para favorecimento do homem.

Por isso, é preciso ter a clareza de compreensão da teoria e da prática para promover as escolhas corretas quando se trata de compatibilizar as questões ambientais com o desenvolvimento econômico, ditado a partir da livre iniciativa, pois, como ressalta Edouard Goldsmith (1995, p. 75):

Na realidade, acumulação de conhecimentos exige algo mais do que uma acumulação de observações separadas, estas *devem ser interpretadas em função de um modelo representativo das nossas relações com o meio ambiente*. O *pensamento* é não quantificável, não reducionista e inconciliável com o paradigma científico. Mas, sem ele, sem 'a interpretação teórica', para retomarmos os termos de Popper, 'a observação permanece cega - não informativa'. É de fato a essa interpretação que chamamos pensamento. As relações de causa e efeito na base de observações empíricas efetuadas sem discernimento não levam se não a conclusões mais do que duvidosas.

Logo, devemos ter conhecimento pleno da realidade brasileira para promover escolhas que possam ampliar o conceito de desenvolvimento para todos.

Desta forma, uma vida saudável é assegurada por meio de critérios de uma existência humana digna, na qual o homem não pode viver dissociado da natureza.

Por isso, o art. 225 da CF/88 deve ser lido em consonância com os seguintes artigos do Texto Maior: a) art. 1º, III, que prevê a proteção à dignidade; b) art. 3º, I, que prevê a solidariedade social; c) art. 3º, III, que estabelece como objetivos do Estado brasileiro a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais; d) art. 7º, IV, que estabelece o salário mínimo familiar.

Contudo, a lógica capitalista de geração e acumulação de riquezas para poucos, associada à crescente ampliação da pobreza no mundo é o maior entrave ao desenvolvimento econômico dos países periféricos, como explica Jeffrey Leonard (1992, p. 58):

A degradação ambiental - erosão do solo, desertificação, redução da fertilidade da terra, salinização, inundação, deslizamentos de barreiras, escassez de lenha para fogo, suprimento de água antigênico - constitui hoje uma das mais terríveis barreiras à produtividade para os pobres rurais e urbanos nos países em desenvolvimento. Esses problemas minam o potencial produtivo de recursos de terra marginais ou medíocres disponíveis aos pobres representam uma carga de trabalho adicional para eles (especialmente para as mulheres), que já trabalham longas horas apenas para satisfazer suas necessidades básicas de subsistência, ameaçam a integridade física de pessoas e seus bens e aumentam a incidência de doenças oportunistas que debilitam adultos e matam crianças.

De fato, a mencionada observação se coaduna com dados do Segundo Relatório de Desenvolvimento Humano 2006 (2006, p. 269) do PNUD, que apontam:

As 500 pessoas mais ricas do mundo têm um rendimento de mais de 100 mil milhões de dólares, sem tomar em consideração a riqueza de activos. Isso excede os rendimentos combinados dos 416 milhões mais pobres. A acumulação de riqueza no topo da distribuição de rendimento global tem sido mais impressionante do que a redução de pobreza na base. O *Relatório Mundial sobre Riqueza* de 2004, preparado por Merrill Lynch, avança que a riqueza de

activos financeiros dos 7,7 milhões de «indivíduos de elevado valor líquido» atingiu os 28 biliões de dólares em 2003, com um crescimento previsto de 41 biliões de dólares até 2008.

Recentemente, a Oxfam Brasil, organização da sociedade civil brasileira, criada em 2014, que tem como objetivos a construção de um país mais justo, sustentável e solidário, buscando eliminar as causas da pobreza, injustiças sociais e desigualdades, publicou um relatório apresentando os seguintes dados no trabalho intitulado *Nós e as Desigualdades: percepções sobre desigualdades no Brasil*, que corroboram as assertivas mencionadas:

A percepção pública de pobreza no Brasil é dissonante quando comparada aos critérios hoje utilizados mundialmente. De acordo com dados do IBGE referentes a 2020, cerca de 12 milhões de brasileiros (5,7% da população) viviam na extrema pobreza no país, sobrevivendo com uma renda per capita de apenas R\$ 155 por mês, limiar de miséria segundo o critério-base do Banco Mundial – aproximadamente o rendimento de US\$ 1,90 por pessoa/ dia.⁴ Aproximadamente 51 milhões de brasileiros (24,1% da população) viviam em condição de pobreza, com uma renda per capita de cerca de R\$ 450 por mês, de acordo com marco de rendimento utilizado pelo Banco Mundial de US\$ 5,50 por pessoa/dia. Vale notar que os percentuais de população vivendo em situação de miséria e pobreza verificaram queda em 2020 na comparação com 2019, respectivamente de 1,1 p.p. e 1,8 p.p., impactados pelo pagamento do auxílio emergencial a partir de abril de 2020.⁵ Para apenas 12% dos brasileiros, uma pessoa pode ser considerada pobre com rendimentos de até R\$ 210, e para 18% a pobreza é definida por rendimentos individuais não maiores do que R\$ 400. Quase 3/5 dos brasileiros crê que a linha da pobreza começa nos R\$ 1.001 mensais – próximo ao valor do salário-mínimo atual –, sendo que 49% acham que ela está entre R\$ 1.001 e R\$ 2.000. (OXFAM BRASIL, 2022, p. 11).

Ademais, no relatório intitulado *A distância que nos une - um retrato das desigualdades brasileiras* (2017, p. 6), a Oxfam Brasil já apresentava números extremamente preocupantes sobre a acumulação de riqueza no mundo e no Brasil, o

que revela que não será possível erradicar a pobreza no mundo sem uma redução drástica e veemente dos níveis de desigualdade, pois:

No mundo, oito pessoas detêm o mesmo patrimônio que a metade mais pobre da população. Ao mesmo tempo, mais de 700 milhões de pessoas vivem com menos de US\$ 1,90 por dia. No Brasil, a situação é pior: apenas seis pessoas possuem riqueza equivalente ao patrimônio dos 100 milhões de brasileiros mais pobres. E mais: os 5% mais ricos detêm a mesma fatia de renda que os demais 95%. Por aqui, uma trabalhadora que ganha um salário mínimo por mês levará 19 anos para receber o equivalente aos rendimentos de um super-rico em um único mês.

Não obstante tais considerações, a entidade ainda revela no Relatório *Nós e as Desigualdade: percepções sobre desigualdades no Brasil (2022)* que toda essa situação tende a se agravar entre nós, com as mudanças climáticas que atingem o mundo, uma vez que:

No Brasil, ativistas e coalizões ressaltam o efeito agravado da crise climática sobre pessoas negras e periféricas, apontando o impacto de eventos climáticos extremos, como alagamentos, inundações e deslizamentos de terra, em populações que residem em moradias em situação precarizadas. Para 65% dos brasileiros, a distância entre os mais ricos e mais pobres no país deve aumentar nos próximos anos por causa das mudanças climáticas, que estão sendo causadas pelo aquecimento global; 32% discordam. Esta percepção sobre o impacto das alterações no clima sobre as desigualdades sociais supera a média entre os brasileiros com 60 anos ou mais (70%), entre pessoas com o ensino fundamental (71%) ou que têm renda familiar de até um salário-mínimo (71%), brasileiros autodeclarados ricos (79%), pessoas que recebem benefício de prestação continuada – BPC/LOAS (70%) ou Auxílio Brasil (70%) e entre mulheres negras (68%). A discordância sobre os impactos climáticos é maior entre pessoas entre 35 e 44 anos (39%), brasileiros com ensino superior (42%) ou com renda individual entre 3 e 5 salários-mínimos (48%), pessoas autodeclaradas como pertencentes à classe média alta (42%), entre cristãos

conservadores (43%) ou homens com renda de mais de um salário-mínimo (37%). (OXFAN, 2022, p. 19-20).

Diante deste quadro, o conceito de desenvolvimento econômico precisa ser construído de forma conjunta com a responsabilidade ambiental e, por ser assim, a livre iniciativa necessita ter o olhar voltado para o crescimento econômico e social, aliado à máxima preservação do meio ambiente.

Com isso, a pobreza deixará de ser um fator determinante para a degradação ambiental e o desenvolvimento econômico poderá atender às necessidades imediatas de alimentação, habitação e qualidade de vida, de forma a assegurar todos os princípios constitucionais mencionados, que passarão a ser lidos de forma integrada dentro de uma agenda comum, sob uma ótica da *práxis*, visando a construção de um modelo de pluralismo político capaz de garantir o bem-estar das gerações presentes e futuras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo buscou-se demonstrar os princípios constitucionais que fundamentam a ordem econômica brasileira, essencial ao desenvolvimento econômico e a livre iniciativa. Destacou-se, também, as análises recentes feitas pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar a figura da livre iniciativa, por meio de uma interpretação ponderada das atividades econômicas, reconhecendo que as atividades potencialmente poluidoras são incompatíveis com os ditames previstos no art. 225 da CF/88, pois violam o meio ambiente equilibrado e são contrárias à sadia qualidade de vida.

Ademais, o artigo buscou demonstrar que os problemas ambientais afetam diretamente o desenvolvimento, em escala mundial e local. Assim, questões como desmatamento e queimadas, degradação do solo, perda de biodiversidade, poluição atmosférica, hídrica e do solo, aquecimento global são problemas que se intensificaram após a Revolução Industrial, devido a ação humana sobre a natureza.

Porém, durante muito tempo a relação de domínio da natureza pelo homem foi o motor propulsor do desenvolvimento econômico mundial.

Contudo, o aumento significativo dos problemas ambientais mencionados tem ocasionado aumento negativo nos impactos da qualidade de vida das pessoas. Com isso, surge o fenômeno da desigualdade ambiental, ou seja, o esgotamento dos recursos naturais e o crescimento dos problemas ambientais apontados afetam de maneira mais intensa a qualidade de vida das pessoas mais pobres, pois reduz a capacidade desses de obterem prosperidade, por meio de saúde, acesso à água e saneamento básico, moradia digna, educação, segurança e políticas públicas, que proporcionem melhoria da qualidade de vida e da qualidade ambiental dessas pessoas.

Ora, em sendo assim, a preservação do meio ambiente, na atualidade, não pode se limitar à sensibilização das pessoas de forma individual, por meio de práticas de economia de energia, água ou de reciclagem e reutilização dos resíduos sólidos ou, ainda, de campanhas para se evitar os desmatamentos, dentre outras atividades.

O desafio maior é fazer com que as mencionadas questões ambientais integrem as agendas políticas e possam influenciar o conceito da livre iniciativa, a fim de que as empresas promovam uma reflexão crítica dos problemas ambientais, para mudança de comportamento, visando superar as desigualdades econômicas e sociais, que geram as desigualdades ambientais.

Desta forma, a busca atual deve ser pautada pela construção de uma ponte que apresente sintonia e sincronia entre o meio ambiente e a livre iniciativa, visando promover uma nova consciência crítica, capaz de congrega a interação entre a sociedade, empresas, organizações sociais, população e governo, com ação permanente e transversal dos temas ambientais, para efeito da melhoria da qualidade de vida de todos no momento presente e no futuro que nos aguarda, para efeito do convívio harmônico do equilíbrio ambiental e do desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

BARBAULT, Robert. **Ecologia Geral – Estrutura e funcionamento da biosfera**. Petrópolis: Vozes, 2011.

BEAUD, Michel; BEAUD Calliope; BOUGUERRA, Mohamed Larbi. **Estado do Meio Ambiente no Mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16. set. 2023.

_____. **LEI nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm Acesso em 20. set. 2023.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia; BASSOLI, Marlene Kempfer. Livre iniciativa: Síntese filosófica, econômica e jurídica. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 4, n. 1, jan/abr, 2009, p. 155-172.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOLDSMITH, Edouard. **O desafio Ecológico**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

LEITE, José Rubens Moratto. **Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LATOUCHE, Serge. **Que ética e economias mundiais – justiça sem limites**. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

LEONARD, H. Jeffrey. Visão Geral - Meio Ambiente e Pobreza: Estratégias de Desenvolvimento para uma Agenda Comum. *In*: **Meio Ambiente e Pobreza: Estratégias de Desenvolvimento para uma Agenda Comum**. H. Jeffrey Leonard (Org.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992, p. 13-58.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NORAT, Markus Samuel Leite; CÂMARA NETO, Hamilton Calazans. **Livre iniciativa como princípio constitucional**. João Pessoa: Editora Norat, 2019.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil**. RT 706/7-29. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

ODUM, Eugene P. **Fundamentos da Ecologia**. 7ª, ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

OXFAM BRASIL. **A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras**. São Paulo: OXFAM, 2017. Disponível em: < <https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/> > Acesso em 26.set. 2023.

OXFAM BRASIL. **Nós e as Desigualdade: percepções sobre desigualdades no Brasil**. São Paulo: OXFAM, 2022. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2022/09/LO_relatorio_nos_e_as_desigualdade_datafolha_2022_vs02.pdf>. Acesso em 06. out. 2023.

OST, François. **A natureza à margem da lei – A Ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo. RT. 2005.

REALE, Miguel. **Inconstitucionalidade de congelamentos**. Folha de S. Paulo, 19.10.1988, p. A-3

RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO DE 2006 - **A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água**. Trad. do Instituto Português de Apoio ao Desenvolvimento (IPAD). New York: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2006.

SACHS, Ignacy. **Quo Vadis, Brasil? Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras. 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. Malheiros. São Paulo. 2000.

SEN, Amartya, **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

SOUZA, José Fernando Vidal de; ROSA, José Cláudio Abrahão. Lei da Liberdade Econômica: livre iniciativa e limitações ao intervencionismo estatal. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 477-501, jul./dez. 2022. <http://doi.org/10.5585/prismaj.v21n2.22873>

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações – Investigação sobre sua natureza e suas causas**. v. I e II. São Paulo: Nova Cultural, 1985 (Coleção Os Economistas).

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

4. O PAPEL DA FRATERNIDADE E DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-04>

*Jamili Simões*¹

*Lady Ane de Paula Santos Della Rocca*²

*Marcelo Benacchio*³

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Princípio da Fraternidade. Fundamentos e Aplicação. 3. Responsabilidade Social Empresarial: um compromisso ético. 4. O trabalho escravo nas cadeias de fornecimento globais 5. O papel do princípio da fraternidade e da responsabilidade social no combate ao trabalho escravo contemporâneo. 6. Conclusão. 7. Referências

1 INTRODUÇÃO

Do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, extrai-se valores e princípios basilares da República Federativa do Brasil, e dentre eles encontra a fraternidade.

O princípio da fraternidade, princípio este universal oriundo da Revolução Francesa de 1789, visa o sentimento de solidariedade, consciência e respeito com o outro, reconhecendo a condição humana a todos os seres.

Em um contexto hodierno aliando capitalismo com globalização, as empresas nacionais e transnacionais são agentes de condutas contrárias a legislação, normas internas, convenções internacionais de trabalho e, principalmente, valores humanos, como por exemplo, o trabalho escravo contemporâneo.

¹Doutoranda em Direito pela Universidade Nove de Julho. Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista com extensões. Advogada. Pesquisadora. Professora em Universidade.

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP) e doutoranda em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Civil, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Professora e Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região.

³ Mestre e Doutor pela PUC/SP. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Nove de Julho. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Juiz de Direito em São Paulo.

O trabalho escravo contemporâneo é todo trabalho que ocorre mediante exploração, trabalho forçado, cerceamento de liberdade, tráfico de seres humanos, e inclusive casamento forçado. Apenas para breve elucidação – que será melhor trabalhada no decorrer do texto –, no Brasil, estima-se que 1.053.000 pessoas vivam em um cenário de escravidão contemporânea.

No enfrentamento do trabalho escravo contemporâneo, o princípio da fraternidade e a responsabilidade social emergem como guias fundamentais para promover uma sociedade mais justa, ética e solidária.

A responsabilidade social empresarial busca valorar critérios sociais e ecológicos em suas atividades empresariais e comerciais, bem como com suas relações com terceiros (comunidade, consumidores, fornecedores e nos funcionários da empresa).

Desta feita, o objetivo do trabalho busca explorar a aplicação do princípio da fraternidade, bem como do instrumento da responsabilidade social empresarial como um meio eficaz ao combate do trabalho escravo nas cadeias de suprimento.

Para tanto analisará além da conceituação e estudo doutrinário, também a análise de estatísticas e casos práticos envolvendo o Brasil.

2PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: FUNDAMENTOS E APLICAÇÃO

A Revolução Francesa, ocorrida em 1789, possuía três princípios como universais: liberdade, igualdade e fraternidade, que influenciaram instituições e ideais até os dias atuais.

Explica Reynaldo Soares da Fonseca⁴ que a fraternidade se tornou um princípio esquecido do Direito, sendo o esquecimento da fraternidade como categoria jurídica decorreu da clássica característica da norma jurídica: força coercível, pois é evidente que a fraternidade é livre, espontânea e não pode ser imposta.

⁴ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ**. Escola da Defensoria do Distrito Federal. 2021, p. 7

Contudo, o “esquecimento” não prevalece mais. Após a segunda guerra mundial, surgiu a declaração universal de direitos humanos (DUDH), de 1948, reconhecendo a fraternidade como valor universal em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.⁵

A fraternidade e a dignidade humana estão correlacionadas, como explica Reynaldo Soares da Fonseca⁶:

A dignidade humana assume capacidade estruturadora da fraternidade e é por ela estruturada, seja na criação do direito objetivo, seja em função integrativa na hermenêutica constitucional, haja vista que se pressupõe o reconhecimento da condição humana a todo raciocínio em conformidade com a fraternidade.

Os valores fraternos apreciam os valores de amor ao próximo, com ética da responsabilidade com o outro, e com o ideal da garantia ao equilíbrio e à plena efetivação do binômio liberdade-igualdade.⁷

A Constituição Federal de 1988 traz o princípio da fraternidade em seu preâmbulo, de forma explícita: “(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.⁸

Ademais, no artigo 3º, inciso I da Carta Magna, constitui como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária.⁹

⁵ DUDH. **Declaração universal de direitos humanos**. In: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 22 de nov. 2023

⁶ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 83

⁷ Id, p. 84

⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. In: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 22 de nov. 2023

⁹ Id.

Não obstante a presença da fraternidade como princípio e base da lei máxima brasileira, é possível se valer deste fundamento como fonte de direitos e deveres, conforme expõe Clara Cardoso Machado Jaborandy¹⁰:

Além disso, o princípio da fraternidade é fonte direta de direitos e deveres transindividuais na medida em que constitui fundamento jurídico-normativo de tais direitos. Assim, direitos fundamentais transindividuais que não estejam expressamente enumerados na Constituição serão protegidos em razão da fraternidade (...) O conteúdo da fraternidade realiza-se quando cada um, desempenhando sua função social, reconhece a existência e dignidade do outro, e é tratado pela sociedade individualmente com necessidades e fins próprios de forma que a felicidade, que é um fim individual por excelência, se realize em comunidade.

Exemplificando tal exposição, é possível destacar as ações afirmativas orientadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais.¹¹

Nesta toada, Carlos Ayres Britto¹² explica que o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos de urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não tem como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

Assim, de forma efetiva a Constituição Federal de 1988 consagrou a fraternidade como categoria jurídica, cabendo aos operadores do Direito dar aplicabilidade e eficácia, tornando-a força viva e funcional nas diversas esferas do direito, visto que há possibilidade para tanto.

¹⁰ JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 71

¹¹ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ**. Escola da Defensoria do Distrito Federal. 2021, p. 6.

¹² BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Forense, 2006, p. 216.

3 RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL: UM COMPROMISSO ÉTICO

Antes de adentrar a temática da responsabilidade social empresarial, de extrema importância tratar de alguns pontos sobre direitos humanos e empresa.

A empresa tem papel essencial no respeito, divulgação e implementação dos direitos previstos na declaração universal dos direitos humanos (DUDH) no dia a dia dos cidadãos, principalmente por sua função.¹³

Em 2011, foram criados princípios orientadores, por John Ruggie, sendo no total 31 princípios. Estes princípios estipulam de forma detalhada as etapas necessárias para que governos e empresas implementem o quadro referencial “Proteger, Respeitar e Remediar”.¹⁴

O primeiro pilar refere-se ao papel do Estado em proteger os cidadãos de violações cometidas por empresas em seu território, através de regulamentação e políticas adequadas. Desta forma, os primeiros dez princípios orientadores são direcionados ao Estado e em oferecer orientação acerca da responsabilidade estatal de proteger.¹⁵

Importante dizer que os princípios deste pilar demandam expressamente dos Estados que adotem “medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar” os abusos em face dos direitos humanos relacionados a atividade empresarial.

Exemplo em concreto desta situação, com intervenção do Estado (auditoria no local de trabalho), bem como do poder judiciário, encontra-se no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 509¹⁶, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em setembro de 2020, que trata da legalidade do cadastro de empregadores envolvidos em trabalho escravo.

¹³ CAMARGOS, Ana Amélia Mascarenhas; COLLESI, Paula Castro. **Empresas e direitos humanos**. Revista do Advogado AASP, São Paulo, SP, v. 143, p.133.

¹⁴ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos**. São Paulo: Editora Abril e Planeta Sustentável, 2014, p. 23

¹⁵ TARANTINI, Vanessa Celano; CARNEIRO, Beatriz Martins. **O pacto global da ONU e o respeito e a promoção de direitos humanos pelas empresas**. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (coordenadores). *Empresas e direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 44.

¹⁶ STF – ADPF 509. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754002533>. Acesso em 22 de nov de 2023.

O segundo pilar refere-se a responsabilidade das empresas respeitarem a matéria de direitos humanos. De acordo com Tarantini e Carneiro¹⁷, as empresas são encorajadas a realizar um processo de auditoria (*due diligence*) em direitos humanos.

O terceiro pilar é a remediação das vítimas. Uma vez que o Estado ou a empresa violaram, contribuiu para violar algum direito, as vítimas devem ter acesso a meios eficazes de remediação, sejam eles judiciais ou extrajudiciais.¹⁸

Em concordância com os princípios orientadores, de acordo com Ruggie¹⁹, algumas empresas à frente do processo de globalização reagiram com políticas e práticas que prometiam obedecer a uma conduta empresarial responsável e ética, o que ficou conhecido como Responsabilidade Social Empresarial.

A responsabilidade social empresarial (RSE), também conhecida como responsabilidade social corporativa (RSC) advém da teoria "*social responsibility*". O conceito de "*social responsibility*" baseia-se na crítica da busca desmesurada pelo lucro, consubstanciada no excessivo apego das *corporations* ao *market model*, ou seja, a obtenção de dividendos em curto prazo.²⁰

Piovesan²¹ explica que a partir dos anos 2008, houve o fortalecimento da responsabilidade social empresarial por meio das agendas internacionais, sendo este tema comumente entendido como um conjunto de princípios, diretrizes, valores e práticas compartilhadas que buscam ressignificar o papel dos negócios privados sobre o bem-estar mais amplo das pessoas e da sociedade.

Nesta toada, Carrilo²² aduz quanto à conceituação da responsabilidade social empresarial:

¹⁷ TARANTINI, Vanessa Celano; CARNEIRO, Beatriz Martins. **O pacto global da ONU e o respeito e a promoção de direitos humanos pelas empresas.** In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (coordenadores). Empresas e direitos humanos. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 45

¹⁸ Id. p. 45.

¹⁹ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos.** São Paulo: Editora Abril e Planeta Sustentável, 2014, p. 29

²⁰ TAVARES, André Soares. **RSE-Responsabilidade social empresarial: aplicabilidade e instrumentalização jurídica.** Dissertação Mestrado. Universidade de São Paulo - USP. 2011, p. 82.

²¹ PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. **Desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos.** In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (coordenadores). Empresas e direitos humanos. Salvador: JusPodivm, 2018, p.92.

²² CARRILO, Elena F. Pérez. **Empresa socialmente responsable, y crecimiento empresarial sostenible.** In: BALTAR, Ángel Fernández-Albor (Org.). Revista de Derecho de Sociedades – Empresa Responsable y Crecimiento Sostenible: Aspectos Conceptuales, Societarios y Financieros, Revista nº 38. Navarra: Thomas Reuters Aranzadi, p. 26.

La Responsabilidad Social de las Empresas (RSE) o Responsabilidad Social Corporativa (RSC) es un concepto conforme al que éstas integran ciertos criterios sociales y ecológicos em sus actividades comerciales y empresariales, así como em sus relaciones com terceros. Suele aludir a prácticas voluntarias, adoptadas sobre la idea de que el éxito comercial y los beneficios duraderos para los propietarios y acionistas se maximizan com um comportamiento responsable orientado a favorecer el crecimiento económico y la competitividade, al tempo que protegiendo el medioambiente y otros intereses como de los consumidores.

Portanto, objetivo da responsabilidade social empresarial ou corporativa é de promover um comportamento empresarial que integra elementos sociais e ambientais que não necessariamente estão contidos na legislação, mas que atendem às expectativas da sociedade em relação a empresa.²³

Benacchio e Camargo²⁴ fazem importante contribuição ao afirmarem que o despontar da responsabilidade social da empresa está intimamente ligado ao movimento de valoração da ética nas relações empresariais.

Ética descreve uma ciência de costumes e pretende regular a maneira como o ser humano deve viver, deve ser, traduzindo um processo consciente e intuitivo que auxilia na escolha entre um vício ou uma virtude, entre o bem e o mal, entre o justo e o injusto.²⁵

Nalini²⁶ define ética como a ciência do comportamento e da moral dos homens em sociedade, considerando ciência pois tem objetos próprios e leis próprias e método próprio. O objeto da ética é a moral. A moral, por sua vez, é um dos aspectos do comportamento humano.

O campo da ética empresarial aponta para questões de como saber se as relações entre empresas, empresários, executivos, os trabalhadores da empresa são

²³ SIMÕES, Jamili. **Responsabilidade social empresarial como instrumento de efetivação dos direitos humanos**. Dissertação Mestrado. Universidade Nove de Julho – 2021, p. 36

²⁴ BENACCHIO, Marcelo; CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de. **Função social e responsabilidade social empresarial: convergências e divergências**. Vol. 8, n.2, São Paulo: Thesis Juris, p.129

²⁵BUCCI, Alexandre. **Responsabilidade social da empresa como um dever jurídico: uma leitura a partir da perspectiva da fraternidade humanista**. Tese Dissertação. Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2015, p.58.

²⁶ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 31.

pautadas em boas relações, tem seu cumprimento dentro da ótica moral e dos bons costumes.²⁷

De forma clara, o Instituto Ethos²⁸ traz a presente exemplificação:

Não há responsabilidade social sem ética nos negócios. Não adianta uma empresa, por um lado pagar mal seus funcionários, corromper a área de compras de seus clientes, pagar propinas à fiscais do governo e, por outro, desenvolver programas junto a entidades sociais da comunidade. Essa postura não condiz com uma empresa que quer trilhar um caminho de responsabilidade social. É importante seguir uma linha de coerência entre ação e discurso.

Portanto, o comportamento adotado e as diretrizes valorativas estabelecidas pela empresa precisam ser semelhantes e convergentes ao que a empresa apresenta como práticas basilares e responsáveis.

Benacchio e Camargo²⁹ afirmam que seguramente o despertar das empresas à necessidade de adoção de posturas éticas não surgiu como impulso espontâneo, mas dessa tensão entre as imposições da competição globalizada e dos avanços na discussão dos paradigmas ligados à dignidade humana, ao meio ambiente, ao desenvolvimento sustentável, à democracia e à paz.

Nesta toada, conforme explica José André da Costa³⁰ a ética é vista, então, como a dimensão capaz de reestruturar as relações humanas a partir do respeito pela alteridade de cada membro da relação.

É possível enxergar a atuação dos valores do princípio da fraternidade como característica dos elementos constitutivos da responsabilidade social empresarial e

²⁷ NETO, Rodolpho Bernardi; LOPES, José Carlos de Jesus. **Ética empresarial: um estudo bibliográfico sobre o tema**. V.6, n.1, 2002, Revista Cesumar, p.110.

²⁸ INSTITUTO ETHOS. Publicado em: <https://www.ethos.org.br/conteudo/associados/#.Xb8735pKjIU> Acesso em 20 de nov de 2023

²⁹ BENACCHIO, Marcelo; CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de. **Função social e responsabilidade social empresarial: convergências e divergências**. Vol. 8, n.2, São Paulo: Thesis Juris, p. 131

³⁰ COSTA, José André da. **Ética e política em Levinas: um estudo sobre alteridade, responsabilidade e justiça no contexto geopolítico contemporâneo**. 206 f. Tese (Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, *apud* FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio jurídico da fraternidade no Brasil: em busca de concretização. Revista dos estudantes de direito UNB, 16ª edição, 2019, p. 65

da ética, justamente pelo respeito, observação e preocupação com o outro, seja ele: meio ambiente, consumidor, fornecedor, o trabalhador da empresa e a comunidade.

4 O TRABALHO ESCRAVO NAS CADEIAS DE FORNECIMENTO GLOBAIS

O combate ao trabalho escravo contemporâneo constitui uma das vertentes da promoção do trabalho decente, consagrando-se como um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estabelecidos na Agenda 2030 da ONU e encontra respaldo em vários instrumentos internacionais, dentre eles as Convenções da OIT n.º 29 (Decreto n.º 41.721/1957) e 105 (Decreto n.º 58.822/1966), a Convenção sobre escravatura de 1926 (Decreto n.º 58.563/1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – Decreto n.º 678/1992); todas ratificadas pelo Brasil com *status* normativo de leis ordinárias, plenamente recepcionadas pela Carta Constitucional de 1988, e com dispositivos que preveem a adoção imediata de medidas legislativas ou não necessárias para a erradicação do trabalho escravo.

A despeito da última abolição formal da escravatura no mundo ter ocorrido em 1981³¹, o trabalho escravo, em sua versão contemporânea (que não mais se restringe àquele desempenhado mediante cerceamento de liberdade, abrangendo também vários tipos de exploração, incluindo trabalho forçado, tráfico de seres humanos e casamento forçado³²) ainda representa um problema global que, segundo dados do Índice Global de Escravidão (*Global Slavery Index - GSI*)³³, atinge aproximadamente 49,6 milhões de pessoas, o que significa que 1 em cada 150 pessoas no mundo ainda vivem sob tão condição³⁴, sendo grande parte delas vítimas de trabalho forçado em cadeias de fornecimento globais.

³¹ A Mauritânia foi o último país do mundo a abolir oficialmente a escravidão em 1981, enquanto a praticamente se tornou crime em 2007. Disponível em: <https://www.pordentrodaafrica.com/direitos-humanos-2/na-mauritania-a-elite-desfruta-dos-privilegios-da-escravidao-diz-biram-dah-abeid>. Acesso em 15 nov. 2023

³² WALK FREE. Disponível em <https://www.walkfree.org/what-is-modern-slavery>. Acesso em 13 nov. 2023.

³³ O Índice Global de Escravidão (*Global Slavery Index - GSI*) é um estudo global sobre a escravidão moderna, publicado pela Walk Free Foundation.

³⁴ WALK FREE. Disponível em: <https://www.walkfree.org/global-slavery-index>. Acesso em 13 nov. 2023.

No Brasil, estima-se que 1.053.000 pessoas vivam em um cenário de escravidão contemporânea, o que coloca o país em 11º lugar no ranking mundial, em números absolutos, na comparação entre 160 países³⁵. Recentemente, no mês de outubro de 2023, o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Secretária de Inspeção do Trabalho, publicou a última atualização do Cadastro de Empregadores que submetem trabalhadores a condições análogas à de escravo, também conhecido como "Lista Suja", na qual foram incluídos 204 empregadores, a maior inclusão já realizada na história, com o maior número de novas entradas já registrado³⁶, totalizando uma relação composta por 471 empregadores³⁷, o que corrobora os dados estatísticos relacionados ao aumento do número de resgates no país³⁸.

No plano internacional, o surgimento e ascensão das cadeias de fornecimento globais, impulsionada pela busca por eficiência, redução de custos e maior acesso a mercados globais, transformou significativamente a dinâmica econômica mundial. Tal fenômeno, como uma consequência dos novos padrões de comércio internacional trazidos pela globalização, dentre os quais se destaca a fragmentação internacional da produção³⁹, que permite que a fabricação de uma crescente quantidade de bens seja realizada não em um só país, mas em cadeias globais de valor (CGVs), com diferentes padrões de estruturação geográfica e de governança⁴⁰,

³⁵ Ibid. Disponível em: <https://cdn.walkfree.org/content/uploads/2023/05/17114737/Global-Slavery-Index-2023.pdf>. Acesso em 13 nov. 2023.

³⁶ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2023/outubro/mte-atualiza-o-cadastro-de-empregadores-que-submeteram-trabalhadores-a-condicoes-analogas-a-escravidao>. Acesso em 05 nov. 2023.

³⁷ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/assuntos/inspecao-do-trabalho/areas-de-atuacao/cadastro_de_empregadores.pdf. BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego.

³⁸ G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/trabalho-e-carreira/noticia/2023/03/21/brasil-resgatou-918-vitimas-de-trabalho-escravo-em-2023-recorde-para-um-1o-trimestre-em-15-anos.ghtml>. Acesso em 06 nov. 2023.

³⁹ Costuma-se distinguir os conceitos de fragmentação da produção e cadeias globais de valor (CGVs). O primeiro tenta captar a dispersão das etapas envolvidas na produção de bens e serviços por vários países, muitas vezes envolvendo várias empresas quanto o segundo busca compreender como funcionam as relações entre as empresas que participam destes processos produtivos fragmentados, e a ênfase geralmente recai sobre a estrutura de governança que arbitra o funcionamento dessas cadeias (CARNEIRO, Flávio Lyrio. **Fragmentação internacional da produção e cadeias globais de valor**. Disponível em:

https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/171011_cadeias_globais_cap03.pdf. Acesso em: 07 nov. 2023, p. 89)

⁴⁰ Ibid., p. 87.

trouxe consigo novas formas de exploração, haja vista que tais cadeias podem ser formadas por uma rede longa e complexa de empresas situadas em diversas localidades do globo, o que dificulta o monitoramento e a fiscalização, tornando-as um terreno fértil para a exploração do trabalho em condições precárias e análogas à de escravidão.

Nesse contexto,

(...) os produtos deixam de ter 'nacionalidade' (*made in Brazil, made in China* etc.), e até mesmo a identificação de quem o produziu fica difusa. Cada vez mais bens têm sua produção compartilhada por diferentes empresas (isto é, a produção é fragmentada), em diferentes países (globais, portanto), mas sob o controle de uma firma-líder, que geralmente é quem estampa a marca do produto – ou seja, há estrutura de governança que rege esta produção fragmentada⁴¹.

Dessa forma, os produtos são adquiridos e fabricados em locais distantes de onde são comprados, passando por várias etapas ao longo de cadeias de abastecimento globais, muitas delas complexas e "opacas", isto é, pouco transparentes em relação às diferentes etapas da cadeia, desde a produção até o consumidor final, o que pode dificultar a avaliação e o monitoramento eficaz das condições de trabalho, dos impactos ambientais e das práticas éticas associadas à produção global de bens. Além disso, a prática de terceirização da produção frequentemente gera um ambiente em que há escassa compreensão das condições laborais pelos próprios trabalhadores, muitos deles migrantes e imigrantes ilegais, o que os torna particularmente vulneráveis à exploração, uma vez que desempenham suas atividades longe de seus sistemas de apoio e em países estrangeiros onde não compartilham o idioma e, frequentemente, encontram-se isolados da sociedade local⁴².

A título de exemplo, vale destacar que grandes corporações como Apple, Coca-Cola, Nike, Samsung, M. Officer, Zara e Victoria's Secret, já foram denunciadas por utilizarem mão-de-obra escrava, inclusive infantil e de imigrantes ilegais, em sua

⁴¹ Ibid., p. 89.

⁴² KNOW THE CHAIN. Disponível em: <https://knowthechain.org/the-issue/>. Acesso em 10 nov. 2023.

cadeia produtiva⁴³, o que representa um indicativo de que as práticas de consumo podem desempenhar um papel importante no combate e erradicação do trabalho escravo contemporâneo, pois os consumidores ao fazerem escolhas informadas e conscientes de compra, podem exigir das empresas maior transparência quanto às condições de trabalho em suas cadeias produtivas, bem como pressioná-las a adotar práticas socialmente responsáveis ao optarem por produtos de empresas que demonstram responsabilidade social e ética em suas operações.

5 O PAPEL DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E DA RESPONSABILIDADE SOCIAL NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

No enfrentamento do trabalho escravo contemporâneo, o princípio da fraternidade e a responsabilidade social emergem como guias fundamentais para promover uma sociedade mais justa, ética e solidária. Tais elementos não apenas orientam as ações individuais e coletivas, mas também influenciam a postura de empresas e governos no combate a essa grave violação dos direitos humanos que, ainda que não cerceie em todos os casos a liberdade de ir e vir do trabalhador, ao sonegar direitos fundamentais mínimos, inegavelmente priva-lhe do direito de escolha e autodeterminação, retirando-lhe por completo a condição de agente livre e sustentável que emerge como motor fundamental do desenvolvimento econômico e social⁴⁴.

O princípio da fraternidade, ancorado na ideia de solidariedade e respeito mútuo entre os seres humanos, representa uma categoria jurídica, do qual se irradia um plexo de direito e deveres fundamentais⁴⁵ e que serve como um farol ético no enfrentamento do trabalho escravo, representando um fio condutor de uma nova perspectiva do capitalismo, que se contrapõe àquilo que o sociólogo Zygmunt Bauman denominou "capitalismo parasitário", uma vez que à semelhança de todos

⁴³ FILHO, João. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2023/03/04/grandes-empresas-lucram-com-a-escravidao-mas-quando-sao-descobertas-fingem-indignacao/> Acesso em 10 nov. 2023.

⁴⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

⁴⁵ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 75.

parasitas, ele prospera durante um período, com a condição de que ache um organismo que não tenha sido explorado para que lhe seja fornecido alimento, mas não o faz sem prejudicá-lo, o que acaba por sepultar suas possibilidades de prosperidade ou de sobrevivência⁴⁶.

Alinhada à ideia de fraternidade, na qual encontra fundamento, a responsabilidade social, tanto individual quanto corporativa, desempenha um papel crucial na humanização do capitalismo, uma vez que as empresas têm a obrigação moral e ética de garantir que suas cadeias de fornecimento estejam livres de práticas que perpetuem o trabalho escravo. Isso implica em adotar práticas transparentes, éticas e sustentáveis, valorizando não apenas os lucros, mas também o impacto social positivo de suas ações.

No âmbito corporativo, a responsabilidade social empresarial (RSE) representa uma abordagem que reconhece a importância das empresas na promoção do bem-estar social e ambiental, exigindo que elas assumam um papel ativo na promoção de práticas trabalhistas justas e éticas, o que, no contexto do combate ao trabalho escravo, conduz à necessidade de adoção de políticas e práticas internas que proíbam o trabalho escravo, da implementação de mecanismos de monitoramento e auditoria de suas cadeias de fornecimento, bem como da cooperação entre empresas, Estado e organizações não governamentais (ONGs).

Cumprido ressaltar que diversas empresas transnacionais têm adotado estratégias de responsabilidade social nas suas operações com vistas ao combate do trabalho escravo contemporâneo em suas cadeias de fornecimento globais, sendo possível mencionar, como exemplo, o caso da empresa Apple, que estabeleceu uma política de tolerância zero ao trabalho escravo em suas cadeias de fornecimento, implementando um programa de monitoramento e auditoria de seus fornecedores para garantir o seu cumprimento. Além disso, a referida empresa elaborou um Manual de Recrutamento Responsável a ser utilizado por toda a sua cadeia de fornecimento e que "também pode ser amplamente usado no mundo todo em vários setores e está sendo compartilhado com outras empresas por meio da

⁴⁶BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010, p.08-09.

Responsible Business Alliance (RBA), a maior coalizão global da indústria no mundo dedicada à responsabilidade social corporativa nas cadeias de fornecimento"⁴⁷.

Ainda, segundo Relatório da aludida empresa acerca da Responsabilidade dos Fornecedores, relativo ao ano de 2023,

(...) As cadeias de fornecimento globais são complexas, e algumas rotas de migração são mais vulneráveis a práticas de exploração de trabalho. Quando um fornecedor da Apple contrata trabalhadores estrangeiros, realizamos uma avaliação especializada em direitos humanos e trabalhistas no idioma nativo do funcionário. Se descobirmos casos de escravidão por dívida, exigimos que o fornecedor devolva os documentos de identidade pessoal e tome medidas imediatas, ou seja, reembolse aos trabalhadores quaisquer taxas cobradas. Em seguida, contratamos um auditor independente para verificar se as devoluções foram feitas na íntegra e em tempo hábil⁴⁸.

No plano individual, o consumidor também desempenha um papel significativo ao fazer escolhas conscientes e informadas, bem como ao optar por produtos de empresas socialmente responsáveis e certificadas por práticas éticas e condições de trabalho dignas. A consciência do consumidor se torna, assim, um instrumento de pressão que estimula mudanças positivas nas políticas empresariais, o que se coaduna com a perspectiva humanista do capitalismo. Isso porque

(...) o capitalismo possui elementos que lhe são inerentes tais como o lucro e o consumo, porém por intermédio da fraternidade é possível corroborar para que o consumo não seja desenfreado, não seja apenas e tão somente para si, podendo colaborar – até mesmo sob influência da internacionalização do capital e da globalização em si- para a diminuição da marginalização e escravização que se vem sendo notada⁴⁹.

⁴⁷APPLE. Disponível em: https://www.apple.com/br/supplier-responsibility/pdf/Apple_SR_2020_Progress_Report.pdf. Acesso em 18 de nov. 2023. p. 10.

⁴⁸ Ibid., p. 18.

⁴⁹ ALMEIDA SILVA, Isis; BENACCHIO, Marcelo. Ponderações entre o capitalismo humanista e a lógica de mercado globalizado: A fraternidade como agente econômico. **Prisma Jurídico**, vol. 18, núm. 1, 2019 Universidade Nove de Julho, Brasil. Disponível em:

Finalmente, a responsabilidade social também se manifesta na defesa de políticas públicas robustas e fiscalização eficaz por parte dos governos, uma vez que legislações que garantam a transparência nas cadeias de fornecimento, punições severas para infratores e apoio a programas de conscientização são essenciais para combater o trabalho escravo de maneira abrangente.

O trabalho escravo contemporâneo, portanto, envolve não somente uma questão de ilegalidade, abrangendo também a violação de princípios fundamentais de justiça social, o que exige que as ações individuais e empresariais estejam alinhadas com valores éticos e contribuam para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Nesse mister, o princípio da fraternidade, fundamentado na solidariedade humana, e a responsabilidade social caracterizam-se como pilares essenciais na proteção dos direitos humanos que não apenas fortalecem o tecido social, como também servem como catalisadores para o combate e erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

6 CONCLUSÃO

O enfrentamento do trabalho escravo contemporâneo nas cadeias de fornecimento globais demanda uma abordagem abrangente e multifacetada, que vai além das fronteiras nacionais e envolve tanto atores governamentais quanto empresariais e a sociedade civil. A prevalência do trabalho escravo, ainda evidenciada por dados alarmantes, ressalta a urgência de ações concretas e eficazes para erradicar essa prática inaceitável.

A ascensão das cadeias de fornecimento globais, impulsionada pela globalização, tornou o monitoramento e a fiscalização desafiadores, criando um terreno propício para a exploração do trabalho em condições precárias. A produção fragmentada, pulverizada em uma cadeia de empresas muitas vezes opaca, dificulta a avaliação eficaz das condições de trabalho, impactos ambientais e práticas éticas associadas, sendo que grandes corporações já foram denunciadas por envolvimento

em casos de trabalho escravo, destacando a necessidade de maior transparência nas cadeias produtivas.

O princípio da fraternidade e a responsabilidade social emergem como guias fundamentais no combate ao trabalho escravo contemporâneo. A fraternidade, ancorada na solidariedade, representa uma perspectiva ética que se opõe ao chamado "capitalismo parasitário", enquanto a responsabilidade social, tanto individual quanto corporativa, desempenha um papel crucial na humanização do capitalismo, exigindo práticas transparentes e sustentáveis.

Empresas têm adotado estratégias de responsabilidade social para combater o trabalho escravo em suas cadeias de fornecimento globais, como evidenciado pelo exemplo da Apple. De outra parte, a conscientização do consumidor, ao fazer escolhas informadas e éticas, contribui para pressionar positivamente as empresas a adotarem práticas socialmente responsáveis. Aliado a isso, a defesa de políticas públicas robustas e fiscalização eficaz por parte dos governos é essencial para combater o trabalho escravo abrangentemente.

Em última análise, o combate ao trabalho escravo contemporâneo exige uma transformação profunda nas práticas empresariais, governamentais e individuais. A integração efetiva dos princípios da fraternidade e da responsabilidade social não apenas fortalece a posição ética das empresas no mercado, mas também contribui para um ambiente de negócios responsável e para o desenvolvimento sustentável das nações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA SILVA, Isis; BENACCHIO, Marcelo. Ponderações entre o capitalismo humanista e a lógica de mercado globalizado: A fraternidade como agente econômico. **Prisma Jurídico**, vol. 18, núm. 1, 2019 Universidade Nove de Julho, Brasil. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93459278004>. Acesso em 18 de nov. 2023.

APPLE. Disponível em: https://www.apple.com/br/supplier-responsibility/pdf/Apple_SR_2020_Progress_Report.pdf. Acesso em 18 de nov. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

BENACCHIO, Marcelo; CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de. **Função social e responsabilidade social empresarial: convergências e divergências**. Vol. 8, n.2, São Paulo: Thesis Juris.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/assuntos/inspecao-do-trabalho/areas-de-atuacao/cadastro_de_empregadores.pdf. BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2023/outubro/mte-atualiza-o-cadastro-de-empregadores-que-submeteram-trabalhadores-a-condicoes-analogas-a-escravidao>. Acesso em 05 nov. 2023.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Forense, 2006.

BUCCI, Alexandre. **Responsabilidade social da empresa como um dever jurídico: uma leitura a partir da perspectiva da fraternidade humanista**. Tese Dissertação. Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2015

CAMARGOS, Ana Amélia Mascarenhas; COLLESI, Paula Castro. **Empresas e direitos humanos**. Revista do Advogado AASP, São Paulo, SP, v. 143

CARNEIRO, Flávio Lyrio. **Fragmentação internacional da produção e cadeias**

CARRILO, Elena F. Pérez. **Empresa socialmente responsable, y crecimiento empresarial sostenible**. In: BALTAR, Ángel Fernández-Albor (Org.). Revista de Derecho de Sociedades – Empresa Responsable y Crecimiento Sostenible: Aspectos Conceptuales, Societarios y Financieros, Revista nº 38. Navarra: Thomas Reuters Aranzadi.

COSTA, José André da. **Ética e política em Levinas: um estudo sobre alteridade, responsabilidade e justiça no contexto geopolítico contemporâneo**. 206 f. Tese (Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, *apud* FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio jurídico da fraternidade no Brasil: em busca de concretização. Revista dos estudantes de direito UNB, 16ª edição, 2019.

DUDH. **Declaração universal de direitos humanos**. In: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 22 de nov. 2023

FILHO. João. **Grandes empresas lucram com a escravidão, mas quando são**

descobertas fingem indignação. Intercept Brasil, 04 mar. 2023. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2023/03/04/grandes-empresas-lucram-com-a-escravidao-mas-quando-sao-descobertas-fingem-indignacao/> Acesso em 10 de nov. 2023.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ.** Escola da Defensoria do Distrito Federal. 2021.

G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/trabalho-e-carreira/noticia/2023/03/21/brasil-resgatou-918-vitimas-de-trabalho-escravo-em-2023-recorde-para-um-1o-trimestre-em-15-anos.ghtml>. Acesso em 06 de nov. 2023.

INSTITUTO ETHOS. Publicado em: <https://www.ethos.org.br/conteudo/associados/#.Xb8735pKjIU> Acesso em 20 de nov. 2023.

IPEA. **Cadeias Globais de valor.** Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/171011_cadeias_globais_cap03.pdf. Acesso em 07 nov. 2023.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais.** Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

KNOW THE CHAIN. Disponível em: <https://knowthechain.org/the-issue/>. Acesso em 10 de nov. 2023.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NALINI, José Renato. Sustentabilidade e ética empresarial. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord.); MAILLART, Adriana S.; COUTO, Monica Bonetti ET AL (org.). **Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito.** Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NETO, Rodolpho Bernardi; LOPES, José Carlos de Jesus. **Ética empresarial: um estudo bibliográfico sobre o tema.** V.6, n.1, 2002, Revista Cesumar.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. **Desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos.** In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (coordenadores). **Empresas e direitos humanos.** Salvador: JusPodivm, 2018

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos**. São Paulo: Editora Abril e Planeta Sustentável, 2014

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

SIMÕES, Jamili. **Responsabilidade social empresarial como instrumento de efetivação dos direitos humanos**. Dissertação Mestrado. Universidade Nove de Julho – 2021.

STF – ADPF 509. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754002533>.
Acesso em 22 de nov.2023.

TARANTINI, Vanessa Celano; CARNEIRO, Beatriz Martins. **O pacto global da ONU e o respeito e a promoção de direitos humanos pelas empresas**. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (coordenadores). *Empresas e direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

TAVARES, André Soares. **RSE-Responsabilidade social empresarial: aplicabilidade e instrumentalização jurídica**. Dissertação Mestrado. Universidade de São Paulo - USP. 2011.

WALK FREE. Disponível em <https://www.walkfree.org/what-is-modern-slavery>.
Acesso em 13 de nov. 2023.

**5. UMA ANÁLISE SOBRE ASPECTOS DO CAPITALISMO HUMANISTA
A DIMENSÃO ECONÔMICA DA SOCIEDADE FRATERNA – PONTOS
EM QUE ALTERA O REGIME CAPITAISTA E SUA MELHOR
VEICULAÇÃO PARA ATINGIR TAIS FINALIDADES¹**

*AN ANALYSIS ON ASPECTS OF HUMANIST CAPITALISM – THE
ECONOMIC DIMENSION OF FRATERNAL SOCIETY – POINTS
ALTERING THE CAPITALIST REGIME AND THE BEST MEANS TO
ACHIEVE ITS PURPOSES*



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-05>

Ricardo Sayeg²

Luciana Sabbatine Neves³

Rodrigo Campos Hasson Sayeg⁴

Objetivo: o presente estudo tem como recorte metodológico a análise de aspectos da tese “Fator CapH - Capitalismo Humanista – A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos” que propõe, por meio de uma metodologia jurídica, alterações importantes a aspectos estruturais do regime capitalista, objetivando a concretização constitucional da Sociedade Fraterna. A análise efetuada conta com um breve esboço histórico posicionando a questão, análise de metodologia jurídica dominante, qual seja, a positivista kelseniana e seus pontos problemáticos, para introduzir a nova metodologia jurídica desenvolvida pelos Autores, o direito quântico; e traz, igualmente, uma análise, ainda que breve, dos aspectos a serem modificados no regime capitalista e a mudança

¹ Publicado em: SAYEG, R. H. ; SAYEG, R. C. H. ; MONTEIRO, L. S. ; **NEVES, L S** . UMA ANÁLISE SOBRE ASPECTOS DO CAPITALISMO HUMANISTA A DIMENSÃO ECONÔMICA DA SOCIEDADE FRATERNA-PONTOS EM QUE ALTERA O REGIME CAPTALISTA E SUA MELHOR VEICULAÇÃO PARA ATINGIR TAIS FINALIDADES. Revista Jurídica- Unicuritiba, v. 2, p. 632-655-655, 2020.

² Coordenador da Área de DireitoEconômico da Faculdade de Direito da PUC/SP. Professor de DireitoQuântico do Programa de Mestrado e Doutorado da PUCSP (Núcleo de Filosofia do Direito e Direitos Humanos). Livre-Docente, Doutor e Mestre emDireito.

³Doutoranda em Direito empresarial pela Universidade Nove de Julho; Doutoranda em Direito público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestra em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Integração Regional coordenado pela Profa. Dra. Luciane Klein Vieira; Advogada; email: luneves@yahoo.com.

⁴Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Mestre emDireito estadunidense pela California Western Schoolof Law.

de paradigma social e econômica que representa.

Metodologia: Foram utilizadas as metodologias descritivas e genealógica em revisão bibliográfica.

Resultados: como resultado e em conclusão aos estudos efetuados, acredita-se que a via adequada de inserção social e econômica para o impacto macroeconômico ensejado em “Fator CapH - Capitalismo Humanista – A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos” seria por meio de adoção de política pública.

Contribuições: a pesquisa traz como uma de suas contribuições o questionamento sobre a adequação das políticas públicas para a mudança de paradigmas pretendidos pelo “Fator CapH - Capitalismo Humanista – A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos”.

Palavras-chaves: Direito Constitucional; Direito Econômico; Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Hermenêutica Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O artigo se propõe inicialmente, a pontuar o momento histórico pós Segunda Guerra Mundial em que as teorias valorativas do direito, traduzidas como principiológicas, ressurgiram em importância devido, principalmente, a insuficiência metodológica positivista kelseniana em manejar com a relativização dos mesmos, implicando em graves questões, sociais e jurídicas, ocorridas no curso da guerra.

Iremos realizar um estudo descritivo, procurando conceituar importantes e essenciais institutos para a presente pesquisa e, posteriormente, iremos utilizar a metodologia genealógica para entender as origens das teorias analisadas.

Como marco teórico para a presente pesquisa, serão utilizadas as ideias de Ricardo Sayeg e Wagner Balera majoritariamente dentre outros.

A situação problema a ser investigada será a de verificar inicialmente quais os marcos teóricos, a metodologia jurídica criada e desenvolvida pelo coautor e autor da tese “Fator CapH - Capitalismo Humanista – A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos”, quais os pontos de alterações propostos ao regime capitalista para

análise de qual seria o caminho adequado a sua implantação, traçando os limites e decorrências da conceptualização.

A hipótese para a presente pesquisa é se as Políticas Públicas seriam a adequada via para a mudança de paradigmas pretendidas por “Fator CapH - Capitalismo Humanista – A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos”, uma vez que trata-se de tese jurídica que propõem alterações ao regime capitalista, objetivando mudanças de paradigma sociais, culturais e jurídicos, atrelando de forma indelével o referido regime econômico à consecução da dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, em inclusão social econômica plena, construindo-se a pedra basilar econômica, a dimensão econômica da concretização da Sociedade Fraterna, prevista no preâmbulo constitucional, por sua vez dimensão do princípio da fraternidade.

Objetivamos, dessa forma, clarificar e traçar elementos da tese e disposições constitucionais, entendendo que tratamos também da direta efetividade dos direitos humanos.

Os direitos humanos, a concretude da Sociedade Fraterna, constituem núcleo irrevogável da Constituição Federal de 1988 e justifica que seja estudada a via mais adequada à nossa realidade na busca de sua concretização.

No Capítulo Primeiro será abordado o esboço histórico da questão da crise metodológica positivista kelseniana, seus aspectos problemáticos, o ressurgimento das teorias valorativas, principiológicas, o direito quântico, e conceitos do “Fator CapH - Capitalismo Humanista – A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos”.

No Capítulo Segundo passamos a analisar aspectos conceituais das políticas públicas e suas relações com a tese analisada.

Como conclusão confirmamos a hipótese traçada, afirmando que para as mudanças sociais pretendidas via “Fator CapH - Capitalismo Humanista – A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos”, o caminho adequado seria sua introdução social via políticas públicas.

A justificativa para a pesquisa realizada embasa-se no anseio de solução e esclarecimento da conceptualização de aspectos da tese “Fator CapH - Capitalismo Humanista – A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos”, dimensão econômica da Sociedade Fraterna e disposições constitucionais com efeitos diretos na eficácia

dos direitos humanos, especialmente após a publicação da Lei Municipal Nº 17.481, de 30 de setembro de 2020, pela Cidade de São Paulo.

2 ASPECTOS DO CAPITALISMO HUMANISTA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS – BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO PROBLEMA

Após a Segunda Guerra Mundial, como bem descreve Raffaele Di Giorgi, há um “mal estar” (GIORGI,2017), um sentimento tangível e indelével de inadequação sobre a hegemonia e dominância da metodologia jurídica positivista kelseniana, que, em entendimento próprio dos autores, mostrou-se incapaz de controlar ou impedir seu uso por parte do Poder Estatal, e em consequência, o uso do direito pelo Estado como ferramenta direta de extermínio de seus próprios cidadãos, a exemplo, o ocorrido na Alemanha Nazista em seus campos de concentração e extermínio, regulados pelo direito administrativo alemão (SAYEG, 2019).

A reação dos juristas, teóricos, filósofos e pensadores em geral, conceito emprestado das lições de Goffredo da Silva Telles Júnior (1989) do direito e demais ciências, aos horrores da guerra, em especial e sob a perspectiva que interessa ao presente estudo, o horror e repúdio ao livre uso do direito como máquina estatal de extermínio, culmina inclusive com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948, e teve o condão, ou como reação, reacender discussões e obrigar a todos (os horrorizados com a barbárie) a rever, visitar e reinventar conceitos como: o objeto de estudo do próprio direito, sua permeabilidade ou não a outros sistemas operacionais (LUHMANN, 2017), como a política, o tipo de relacionamento entre os vários campos de estudos e o poder, entre outros aspectos, questões originárias e presentes à Teoria Geral do Direito e Estado e até então tidas como superadas após a elaboração da metodologia kelseniana.

Com efeito e em reação ao genocídio legal imposto por força de Lei Estatal Alemã, conhecida como “a solução final”, acompanhada em teoria jurídica pelas doutrinas do “inimigo absoluto” e “partisan” durante a Segunda Guerra Mundial, há marcadamente o renascimento das teorias principiológicas do direito em suas ramificações nos mais variados sentidos, mas todas visando modificar a utilização

no campo de estudos do direito dos princípios, em forma ora oposta, ora diferente à teoria kelseniana.

Raffaelle Di Giorgi, em “Ciência do Direito e Legitimação”, descreve, ao analisar as correntes metodológicas do direito surgidas após a Segunda Guerra Mundial, o “mal-estar do positivismo” e a “nova” ciência do direito (GIORGI, 2017) onde a predominância da versão metodológica kelseniana dominante, a juízo dos autores e opinião própria, foi utilizada como ferramenta de extermínio e genocídio populacional, fato que traduz seus limites negativos.

Sobre o ponto, trazemos trecho do autor, exemplificativo da crise enfrentada, nascida da urgência em se rever, reinventar, o modelo metodológico kelseniano do direito como ciência, na concepção própria dos autores : “A transição, que se inicia imediatamente depois da Segunda Guerra e dura até o fim dos anos sessenta, configura um período marcado por um forte empenho filosófico, tendente a buscar em uma fundação extrapositiva do direito a superação do lado ruim do positivismo implícito no modelo kelseniano.” (GIORGI, 2017, p. 99).

Isso porque não é aceitável ou legítimo que se utilize livremente o direito como ferramenta de extermínio ou opressão; a régua civilizatória exige outro posicionamento de seus operadores, criadores e pensadores (TELLLES JÚNIOR,1989), evocando as saudosas lições de Goffredo da Silva Telles, que adicionava a figura do “pensador” em seus livros ao se dirigir aos leitores.

Não se negue, todavia, a força da teoria kelseniana, sua importância atual ou mesmo refute-se seu lado positivo, que encontra guarida na produção acadêmica de nomes como Celso Antônio Bandeira de Mello e Norberto Bobbio.

O positivismo kelseniano testado na Segunda Guerra Mundial, ancorado em uma de suas pedras fundamentais, a neutralidade político-ideológica e refém da mesma, logo, mero espectador a observar as transformações legais internas no ordenamento Alemão; cujos operadores a serviço da “política de governo” dominante utilizando as ferramentas disponíveis, exterminaram “parte indesejada” (SCHMITT, 2009) de sua população, genocídio assistido por uma comunidade mundial atônita.

Como poderia o sistema jurídico defender-se (ou imunizar-se) contra tal ataque? Esse é o matiz do “mal estar” à hegemonia metodológica positivista, kelseniana: a pergunta ainda sem resposta definitiva, a sombra escura que espreita

o jurista ou pensador e o lodo no qual nos encontramos.

Ao sonhar, observar, almejar (ou tentar reproduzir) à luz “das estrelas”, observemos bem o caminho, trilha ou percurso, evitando, com a contemplação distraída, cair em “lodaçais”, como nos adverte Canotilho¹; e que suas lições nos sirvam de alerta e guia.

Dessa forma, passamos então à análise, ainda que sucinta sobre os principais aspectos da metodologia positivista kelseniana, uma vez que a caracterizamos como insuficiente para a resposta lançada.

2.2 ASPECTOS DO POSITIVISMO KELSENIANO

Kelsen ao criar e formular sua metodologia, buscava resolver em livre tradução de Clemens Jabloner “as questões da teoria do Estado por meio de uma teoria metodológica exclusivamente jurídica”², cujas características fundamentais seguem traçadas como: a) aproveitamento da teoria Kantiana entre a divisão do “ser” e “dever-ser” para definição do conceito de norma jurídica, b) presença da norma hipotética fundamental, c) a precisa clarificação do objeto de estudos do direito (como direito positivo), d) uso da lógica formal, e) neutralidade axiológica e f) impossibilidade do sincretismo entre os ramos das ciências, ou em uma terminologia *luhmanniana*, entre os sistemas sociais como direito e política.

Para Kelsen, cujos conceitos e metodologia foram fundamentais ao desenvolvimento e autonomia da ciência do direito e encontra guarida na doutrina de expoentes até os dias atuais, como Celso Antônio Bandeira de Mello, ou mesmo Norberto Bobbio, o primeiro ponto conceitual a ser introduzido é o reaproveitamento da divisão presente em Kant entre o mundo fático “ser”, do mundo normativo e hipotético “dever-ser” para a conceptualização da norma jurídica, traçando desde já o esquema, quase matemático, de uma rígida lógica formal, sobre a concepção do direito, via de consequência de seus limites e o que vem a ser seu objeto.

O objeto de estudos do direito, adstrito ao direito positivo, entendido como conjunto de normas jurídicas originárias e formuladas nos termos condicionados pelo próprio ordenamento jurídico de um Estado, incluídas as normas em concreto, sentenças e acórdãos, só poderia ser considerado como ciência se preservasse sua

autonomia absoluta e impermeável a julgamentos de valores, a outros ramos da sociedade como a política ou economia, permanecendo um ramo monista e fechado e ainda neutro com relação às circunstâncias e política. Os “julgamentos políticos” são incompatíveis com a estrutura lógico formal constituída pela ausência de elementos e respaldo técnico.

Disso decorreu a impotência da então “nova” metodologia e, via de consequência, da ciência do direito a um controle - ou desenvolvimento de mecanismo de controle interno e externo do uso pelo poder Estatal do ordenamento jurídico como ferramenta de extermínio. O alicerce axiológico da teoria era sua neutralidade, a relativização interna em um sistema fechado de intérpretes e fechado como tal ao meio. Mas será assim mesmo?

Uma das chaves de leitura na análise da metodologia kelseniana é a constitucionalidade/legalidade; em outras palavras, uma norma jurídica deve ser analisada dentro e sob a perspectiva do ordenamento jurídico em que é produzida (ou criada), obedecendo tanto os trâmites legislativos estipulados, como seu conteúdo material. A questão então é, como no caso alemão (e traçado como origem do problema), quando constitucional e legalmente se determina que parte da população, ou grupo, ou segmento social seja excluído enquanto partícipe social (deslocando o contrato social para exclusão de determinado grupo ou segmento social), podendo, inclusive ser eliminado, exterminado.

A solução mundial encontrada foi, além da criação de organizações internacionais e tribunais, e declarações de direitos e garantias internacionais, a repaginação do manejo principiológico ao direito, as correntes principiológicas do direito. Mas não foram essas as únicas respostas que surgiram: nesse escopo, Raffaele De Giorgi pontua que vivemos uma época de “pluralidade”³, uma época em que várias correntes coexistem.

2.3 ASPECTOS DO DIREITO QUÂNTICO

Goffredo da Silva Telles Júnior, pioneiro no Brasil nos estudos do direito quântico, ocupa grande parte de seu livro, “O Direito Quântico”, com a descrição, introdução e aproveitamento de conceitos originários principalmente da física,

matemática e biologia para concluir que o direito quântico é o direito natural do homem (definindo o conceito de direito natural o direito positivo em conformidade com o código de referência moral da sociedade), o direito natural da sociedade, pois, em conformidade com a estrutura formativa do próprio homem e seus valores inafastáveis, a integralidade da experiência jurídica.

Que fique claro, e nas palavras do autor:

O termo DIREITO QUANTICO é um nome. o nome criado pelo autor deste livro, com a intenção deliberada de assinalar que as LEIS – criações da inteligência, para a ordenação do comportamento humano em sociedade – são tempestivas expressões culturais de subjacentes, silenciosas e perenes disposições genéticas da Mãe-Natureza. Esse nome foi inventado para lembrar que a DISCIPLINA JURIDICA DA CONVIVENCIA é a ordenação do Universo no setor humano. (TELLES JÚNIOR, 2014, p. 338)

Os estudos sobre o direito quântico, retomados por Ricardo Sayeg, Wagner Balera e Willis Santiago Guerra Filho, entre outros, cujos alicerces se baseiam em Goffredo Telles Júnior, evoluem a partir da adoção de parâmetros da física quântica, matemática e biologia, agora aplicados e reintroduzidos no sistema jurídico, cognitivamente aberto para gerarem a partir da comunicação jurídica novas possibilidades cognitivas do sistema jurídico, reflexão em auto-observação, permitindo não só a absorção pelo sistema jurídico dos conceitos originários de outros campos, mas sua ressignificação.

Em contrapartida ao sistema Kelseniano exposto anteriormente, a adoção destes parâmetros é extremamente convenientes, conforme explica Ricardo Sayeg:

É de todo conveniente o emprego de novas categorias em estudos que levem em conta a complexidade da realidade estudada, inclusive quanto ao Direito, considerando que a mesma não existe para nós independentemente de nossa observação dela. Só assim poderemos, igualmente, enfrentar melhor as questões jurídicas, de conotação Positivista, Realista e de Direitos Humanos com que nos defrontamos em um mundo jurídico, que a ciência vem, ao mesmo tempo, revelando e tornando mais complexo. (SAYEG, 2017)

Dessa forma, trata-se, desde seu nascimento, do ramo do direito que produz uma teoria filosófica de lógica jurídica voltada à interpretação, em autorreflexão à partir do aproveitamento de conhecimentos interdisciplinares, produzidos em variados subsistemas ou sistemas sociais em que pode ser aplicada a todos os campos do próprio direito, como no caso o direito econômico.

2.4 O CAPITALISMO HUMANISTA

Ricardo Sayeg e Wagner Balera, baseados nos estudos metodológicos da lógica refletida principalmente pela física quântica, a lógica do universo, criam a teoria do Capitalismo Humanista, a dimensão econômica da Sociedade Fraterna, constitucionalmente prevista (preâmbulo e reafirmada no artigo terceiro e incisos da Constituição Federal), cujos alicerces traçados com relação ao direito quântico, por Goffredo Telles Júnior são revistos, resignificados.

Com relação aos aspectos quânticos, aplicados ao direito, trata-se do desenvolvimento de uma nova filosofia jurídica, voltada ao estudo, hermenêutica e lógica, e como tal, aplicável aos mais variados ramos (ou subsistemas) do direito, no caso, estudo teórico e prático (ICaph) realizado que culminou na tese “Fator CapH – A dimensão econômica dos direitos humanos” (SAYEG, 2019), ao direito econômico, objetivando, resalte-se a concretização da Sociedade Fraterna, com imbricações no direito constitucional e direitos humanos.

A tese é composta de oito capítulos e conclusão, e engloba: i) impacto do Caph; ii) marco teórico; iii) especialidade jurídica; iv) historicidade e tendência; v) humanismo integral; vi) capitalismo humanista; vii) regência jurídica humanista do capitalismo; viii) desvendar quântico do Caph; e Conclusão.

Tem como ponto de partida, a associação indelével de desenho constitucional, dos direitos humanos, reverberada na dignidade da pessoa humana ao direito econômico, ponto de congruência quântica, traça o esboço histórico das regulações estatais aos regimes econômicos vigentes no panorama mundial e no Brasil, analisando a normatividade econômica desde a época da Grécia Antiga à atualidade.

Dessa forma, do ponto de vista histórico, enfrenta e analisa os diversos regimes econômicos vigentes no passado e presente, para fornecer diagnóstico da

atual e presente crise enfrentada pelo capitalismo, para se propor como solução às suas mazelas sociais, em especial a “exclusão darwinista”⁴ e, por consequência, a exclusão econômica e social de parcela significativa da população, e com isso o aviltamento da dignidade humana, eis que exclusão econômica implica em exclusão ao acesso à direitos fundamentais; além de uma ressignificação do regime econômico Capitalista, tudo objetivando a concretização constitucional do preâmbulo e artigo terceiro e incisos, onde se encontra o núcleo constitucional da Sociedade Fraterna, motivo pelo qual constitui sua dimensão econômica.

Como marco teórico, traz e traduz a ligação indelével entre a economia e os direitos humanos, ora esboçada e que passa a ser exposta.

Os autores adeptos de corrente principiológica jus naturalista, alinhando-se a pensadores de correntes: clássica grega aristotélica, escolásticas, tomistas, iluministas e humanistas, retomando o pensamento de escritores da estirpe de Aristóteles, Jesus Cristo, São Tomás de Aquino, Jaques Maritain, JJ Roseau, Hobbes e Locke associados a pensadores econômicos como Adam Smith, David Ricardo e físicos como Newton e Eistein, e perante o desenho constitucional do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, revisitam e repaginam a base estrutural de um regime econômico, o capitalismo, por meio de uma teoria jurídica extraída do texto constitucional de 1988.

Isso porque ao reestruturar a base do capitalismo, em quebra de paradigma, associam o mesmo à dignidade da pessoa humana, à efetividade dos direitos humanos; o lucro deixa de ser, por consequência, a única “chave de leitura”, o fim último do regime econômico, abrindo espaço aos aspectos problemáticos sociais e humanos que o mesmo gera em proposta de reinserção econômica capitalista e social das pessoas tratadas como “refugo” social, aos excluídos do sistema em concretização humanista e integral das diversas dimensões dos direitos humanos, e que passam a integrar a essência e estrutura capitalista e fim da Sociedade Fraterna.

Com relação ao humanismo, uma distinção importante ao proposto por Jaques Maritain é o deslocamento do antropocentrismo para o antropofilismo e o abandono da adoção do caráter religioso, a tese adota linhas filosóficas cristãs para secularizar seus ditames.

Diga-se ainda que um de seus instrumentais e princípios-chave é a utilização da proporcionalidade, adotada sob a perspectiva de Willis Santiago Guerra Filho (GUERRA FILHO, 2018, página 73), na medida em que a dimensão jurídica dos direitos de fraternidade são o ponto de mediação entre a relação das dimensões jurídicas dos direitos de liberdade e igualdade, dimensões de direitos universais, indissociáveis e interdependentes a formar o feixo quântico dos direitos humanos.

Willis Santiago Guerra Filho, ao fixar o conceito do princípio da proporcionalidade e o “regramento” que do mesmo decorre “a tríplice manifestação do ‘mandamento da proporcionalidade’ (*Verhältnismässigkeitgebot*), também chamado ‘proibição de excesso’ (*Übermasssverbot*): ‘Adequação’ (*Geeignetheit*), ‘Exigibilidade’ (*Erforderlichkeit*) e ‘Proporcionalidade em sentido estrito’ (*Verhältnismässigkeit i. e. S.*)” (GUERRA FILHO, 2018, página 73), explicita a função mediadora da fraternidade entre a liberdade e igualdade, eixo quântico das três dimensões dos direitos humanos.

De igual sorte, traz formulações jurídicas em reinterpretação e aplicação às fórmulas físicas apresentadas por Newton e Einstein para explicar a singularidade quântica e consubstancialidade entre as singularidades: capitalismo, direitos humanos e planeta; liberdade, igualdade e fraternidade; direito positivo, direitos humanos e direito real; vetores e forças do artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

Capitaneia, igualmente, em escorço histórico, as mudanças sociais que o lançamento da tese gerou, as conquistas alcançadas e sua penetração social, dando destaque à Proposta de Emenda Constitucional 383/2014 que busca, ao modificar o artigo 170 da Constituição Federal, bem como a Lei Municipal nº 17.481/2020 de São Paulo, na qual, ao instituir a declaração de liberdades econômicas do Município, estabeleceu o Capitalismo Humanista como princípio orientador da ordem econômica, atrelar em definitivo o desenvolvimento econômico à dignidade da pessoa humana, em apertada síntese.

4 ASPECTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – INTERSEÇÃO ENTRE CAPITALISMO HUMANISTA E POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 383/2014

Como a tese visa modificar uma estrutura consagrada do regime capitalista, a saber: descentralizar o núcleo capitalista ao lucro atrelando-o à consecução da dignidade humana como novo eixo ou consubstancialidade quântica proposta ao capitalismo para se atingir os macrocosmos econômico e social; o veículo adequado seria, então, a sua implantação por meio de políticas públicas.

Tanto que uma das conquistas e avanços veiculadas na tese em análise e que traduz essa necessidade, mesmo que ainda não formulada nos termos ora expostos, é a Proposta de Emenda Constitucional 383/2014, que ao propor modificação no Artigo 170 da Constituição Federal, consegue reunir ambas as questões: tanto positivando a necessária mudança à estrutura do regime capitalista, o que a tornaria obrigatória por força de lei - igualmente e no mesmo ato quebra o paradigma social de um regime gravitacional em torno do lucro; como também, e por força constitucional, traduz uma nova postura regulatória, fiscalizadora, legislativa, e de interpretação judicial ao Estado e cidadãos.

Dessa forma, trazemos o texto do projeto em questão para, a seguir, melhor expor as questões traçadas:

Art. 170. A ordem econômica, sob o regime do capitalismo humanista, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: X – Observância dos direitos humanos. (Proposta de Emenda Constitucional n383/2014)

Analisada em contraste com o atual texto em vigor do Artigo 170⁷, destaquem-se as alterações de fixar constitucionalmente o regime capitalista humanista como vigente para o Brasil; e traçar as bases axiológicas constitucionais do capitalismo humanista na: a) valorização do trabalho humano e b) livre iniciativa, bem como seus

objetivos, e com isso fixar os objetivos econômicos do Estado Brasileiro: assegurar a todos a existência digna.

Fixa ainda, o parâmetro interpretativo da existência digna, a justiça social, elencando quais os princípios que a instrumentalizam (I a X) e nesse sentido, viés, forças que formam o feixe indissociável em questão e introduz o parágrafo X relacionando a observância dos direitos humanos e não direitos fundamentais (criando amplitude ao rol) como uma nova força de incidência ou parâmetro interpretativo.

5 A LEI Nº 17.481, DE 30 DE SETEMBRO DE 2020 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Na mesma linha da proposta de emenda constitucional, o Capitalismo Humanista se tornou, no âmbito da cidade de São Paulo, centro econômico do Brasil, princípio norteador da ordem econômica, por meio da Lei Municipal nº 17.481/2020.

A importância da aprovação no âmbito da Cidade de São Paulo demonstra a importância da intersecção entre a teoria e a prática, uma vez que, o referido Município possui o maior PIB dentre os municípios brasileiros, conforme ranking do IBGE de 2017⁵, via de consequência, pode ser considerado o centro gravitacional do Capitalismo Brasileiro.

A Lei Municipal nº 17.481/2020, cujo processo legislativo foi Capitaneado pelo Vereador Eduardo Tuma (PSDB), visou, no âmbito da crise social, econômica e sanitária vivida nacional e internacionalmente em razão do Corona Virus, organizar a retomada econômica no âmbito municipal, ao instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica da Cidade de São Paulo.

Conforme se extrai do objetivo da Lei, esta: "Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências".⁶

³ ⁵ IBGE. PIB A Preços Correntes / Série Revisada. Pesquisas. Produto Interno Bruto dos Municípios, Ano 2017. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/sao-paulo/pesquisa/tipo=ranking>
Acesso em: 15.out.2020

⁶ SÃO PAULO. LEI MUNICIPAL (SP) Nº 17.481, DE 30.09.2020. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Diário Oficial Cidade de São Paulo de 01.10.2020 - p. 3

Desta forma, este diploma legal municipal visa reger a ordem econômica do maior centro capitalista brasileiro, o que demonstra também os avanços e conquistas alcançados por meio desta tese.

Da mesma forma que a proposta de emenda acima entabulada, a Lei Municipal positiva a necessária mudança à estrutura do regime capitalista, o que a tornaria obrigatória por força de lei, ao instituir este Capitalismo Humanista como princípio fundante da ordem econômica paulistana, na forma do art. 11:

Art. 11. Ficam instituídos os princípios do capitalismo humanista e o da mediação como meio preferencial de regularização de situação de inadimplência, bem como de solução de conflitos e controvérsias, como orientadores da ordem econômica no âmbito e no interesse local do Município de São Paulo.⁷

Inclusive, tal conquista se demonstra clara, com impactos claros e verificações diretas por meio do estabelecimento de índice de bem estar econômico conforme a metodologia do índice do capitalismo humanista, denominado ICapH, desenvolvido pelo Instituto do Capitalismo Humanista, passa a ser considerado de utilidade pública e instrumento de orientação de política pública no Município de São Paulo, na forma do art. 12 do mesmo diploma legal.

Tal mudança legislativa vem em par e passo dos anseios da comunidade global conforme se ve da Encíclica Fratelli Tutti, do Papa Francisco (2020), na qual apresentou uma visão para o mundo pós-coronavírus.

6 ASPECTOS DO CONCEITO E APLICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – INTERSEÇÃO ENTRE CAPITALISMO HUMANISTA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Uma vez desenhados os contornos das mudanças a serem introduzidas, adentremos a espinhosa discussão sobre as características do conceito e por consequência, efeitos, das políticas públicas aventada como meio adequado para

⁴ IBGE. PIB A Preços Correntes / Série Revisada. Pesquisas. Produto Interno Bruto dos Municípios, Ano 2017. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/saopaulo/pesquisa/38/47001?tipo=ranking> Acesso em: 15.out.2020.

introduzir as mudanças pretendidas na tese do capitalismo humanista.

Historicamente as posições adotadas reportam-se aos conceitos ou linhas dogmáticas prévias que definem ou delineiam as correntes de ciência política ou mesmo da teoria jurídica que, quem oferece a conceptualização, segue.

Desde Aristóteles, a íntima ligação entre política, economia e direito é objeto de análise e estudo. Do filósofo grego, é a célebre frase “o homem é um animal político por natureza”(ARISTÓTELES), à Luhmann, que por sua vez, declara que a constituição é o texto político e jurídico que inicia a diferenciação entre o direito/não direito, nesse sentido responsável pelo acoplamento estrutural e diferenciação entre os sistemas do direito e política, bem como também é responsável pelo fechamento do sistema jurídico, enquanto a tributação é a responsável entre a ligação dos sistemas da economia e direito (LHUMANN,2013).

Aristóteles já se debruçava sobre as ligações entre política, economia e direito e seus imbricamentos, vejamos, nesse sentido, o que traz Guilherme Correa e Gonçalves e outros em obra conjunta: “como a origem para as desigualdades sociais, porém admite a escravidão por considerá-la necessária à sociedade. (GONÇALVES; ET AL, 2017, p. 26).

Desde a Grécia Antiga as preocupações e diagnósticos do relacionamento entre os regimes econômicos, relações sociais e justiça social, indicam que moral, poder, economia, política e direito, mesmo que ciências autônomas hoje, são, ainda, intimamente relacionadas.

Nesse sentido, e como processo de construção ao conceito de política pública, oferecemos um primeiro conceito de simples manejo, o de democracia, uma vez que para definir política pública, inserida no contexto constitucional e histórico atual do Estado Democrático de Direito Brasileiro, podemos considerar esse conceito interessante ponto de partida, uma vez que do mesmo extraímos elementos estruturais às políticas públicas.

O filósofo Georg Lukács entende a democracia como um processo contínuo e não como um estado, ou seja, algo dinâmico como as relações de poder expressas. Lukács afirma ser mais adequado falarmos em democratização, que segundo Coutinho (2002) se caracteriza por uma ampliação da participação

popular, ou seja, uma socialização da participação política junto à da moralidade, de modo eficiente e impessoal, buscando tão somente prestar a atividade pública em prol da sociedade, controlando os custos e mantendo os órgãos públicos eficientes, ou seja, uma socialização da participação política junto à socialização do poder da administração pública, superando a ordem social capitalista, construindo, assim, uma nova ordem, socializando não apenas os meios de produção. O objetivo, aqui, é afirmar a democracia como um conceito mais amplo e universal, evidenciando o fato de que há diferentes noções de democracia. (GONÇALVES; ET AL , 2017, p. 20)

Ainda que o conceito não seja unânime e seja indicada a leitura de Fabio Konder Comparato (1989), aponta interessantes aspectos contemporâneos: relacionando democracia a um processo dinâmico, bem como a ideia de socialização da concentração do poder administrativo estatal à participação da sociedade civil, o que hoje é uma tendência, como bem descreve Enrique Saraiva, "No âmbito público, registrou-se, ademais, um desejo crescente de participação democrática nas decisões estatais, na sua implementação, no seu controle e nos seus benefícios. A telemática (comunicações + informática) permitiu fortalecer a transparência e o consequente controle social das ações do Estado"(SARAIVA,2007), que ao introduzir o conceito de políticas públicas, como introito além de traçar esboço histórico da questão, relaciona a atividade estatal de planejamento, inovações tecnológicas e participação popular ao tema.

Enrique Saraiva, pontua "Tudo isso levou, ao longo dos anos 80, ao fortalecimento progressivo da concepção mais ágil da atividade governamental: a ação baseada no planejamento deslocou-se para a ideia de política pública" (SARAIVA,2007,p.26), logo sem demora, e nas palavras do autor, segue os traços conceituais do conceito de políticas públicas:

O government by policies, em substituição ao *government by law*, supõe o exercício combinado de várias tarefas que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a

algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva ou qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previdencial, a *capacidade de formular objetivos possíveis* e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento. Mas o que é uma política pública? Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. (SARAIVA, 2007, p. 28 e 29)

Nesse sentido são políticas públicas as ações ou inações governamentais que afetem ou alterem realidades sociais existentes dirigidas a esse fim e podem as mesmas se apresentar veiculadas por leis, atos normativos ou conjunto de ações ou atos administrativos, ainda, por meio de um conjunto de associações das figuras jurídicas anteriormente descritas, eis a complexidade e dessa forma, o motivo que um conceito jurídico único não é oferecido, pois deve-se analisar caso a caso, o veículo utilizado principalmente para expor a natureza jurídica da política pública específica a ser analisada.

Digno de nota é a análise em que Enrique Saraiva (2007, p. 30) expõe sobre as políticas públicas econômicas, reportando-se a maior dinamismo: “Os instrumentos de política pública tiveram desenvolvimento maior no campo da política econômica, talvez pelo fato, lembrado por Lindblom, de que “o essencial da política é econômico e o grosso da economia é político” para definir:

Entende-se por política econômica “[...] um processo pelo qual diversos atores identificáveis, pertencentes à comunidade política econômica, contribuem para uma decisão governamental, de forma que seus objetivos econômicos, no quadro de seus objetivos políticos gerais, sejam realizados pelas instituições existentes, ou reorganizadas, e com a ajuda dos meios de ação disponíveis (SARAIVA, 2007, p. 32)

Como objetivos, em total sintonia com as mudanças de paradigmas sociais que o capitalismo humanista busca introduzir na economia e sociedade:

De acordo com Hayward, os objetivos puros de uma política econômica são: o aumento da produção, a melhora quantitativa e estrutural da população ativa, a redistribuição da renda, a redução das disparidades regionais, o desenvolvimento ou a proteção de setores da indústria ou de empresas particulares e o incremento do lazer pela redução da vida ativa ou do tempo de trabalho. Na verdade, certos objetivos, como a redistribuição da renda e a redução das disparidades regionais, não podem ser consideradas "objetivos econômicos puros", porque estão evidentemente inspirados em considerações de justiça social. Outros, como o aumento da produção, a melhora quantitativa e estrutural da população ativa, estão claramente vinculados a uma política de crescimento econômico. Existem, também, quase-objetivos de natureza intermediária: atingir um equilíbrio favorável do balanço de pagamentos, assegurar o fornecimento indispensável de energia e de matérias-primas, o aumento do comércio internacional e da mobilidade de bens, de serviços, de capital e de trabalho, e a promoção da concorrência interna. Estão, também, os objetivos intermediários relacionados com as mudanças das estruturas econômicas: modernização das atividades existentes e desenvolvimentos das atividades de ponta (por exemplo, transferências da agricultura para a indústria e da indústria para os serviços), aumento dos investimentos e modificação dos modos de consumo. (SARAIVA, 2007, p. 36)

A posição dos administradores públicos, regidos pelos princípios constitucionais que lhe são impostos o artigo 37 da Constituição Federal, torna a natureza de sua escolha bem diversa dos administradores privados, isso, já assevera, Enrique Saraiva, "A decisão política leva em conta variáveis que a decisão empresarial não considera. A dependência em relação aos recursos do mercado é quase total na administração privada e os objetivos organizacionais são diferentes e muitas vezes opostos" (SARAIVA, 2007, p.36), isso porque os administradores públicos são responsáveis pela consecução dos objetivos definidos constitucionalmente e no desenho constitucional traçado.

Dessa forma, traçada a fina sintonia no conceito das políticas públicas, os princípios constitucionais a que os gestores ou administradores públicos se sujeitam e as mudanças econômicas e sociais que o Capitalismo Humanista introduz com suas novas concepções, acreditamos que a infiltração adequada será via política pública estatal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo realizado, concluímos que a Segunda Guerra Mundial, com os horrores produzidos nos campos de concentrações impactaram profundamente a realidade jurídica e social a ponto de culminar na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948, e fomentar a rediscussão das teorias principiológicas do direito e sua necessidade.

Isso porque a hegemonia da metodologia kelseniana, duramente testada na sombria época em comento por si e refém de suas estruturas, dentre as quais, a neutralidade axiológica em combinação com seu mau uso ou deturpações sofridas, inauguraram a época do pluralismo metodológico das correntes interpretativas do direito, retomando Raffaele Di Giorgi.

O direito quântico, introduzido no Brasil por Gofredo da Silva Telles, tem como fundamentos, os usos de estruturas e conceitos da física, matemática e biologia ao direito.

Ricardo Sayeg e Wagner Balera, retomando conceito de direito quântico e em ressignificação, inauguram uma metodologia jurídica interdisciplinar, fundada na lógica que rege o universo, a física quântica, baseada no uso ferramental da física, matemática e biologia para criar uma metodologia própria de lógica jurídica aplicada na hermenêutica para interpretar, estudar e aplicar o direito; e que aliada a ressignificação do jusnaturalismo e humanismo, culminam na dimensão econômica da concretização da Sociedade Fraterna por meio do capitalismo econômico, sua dimensão econômica.

A proposta como metodologia é aplicada a todos os ramos do direito, mas enquanto tese foi desenhada e inserida nos campos ou subsistemas do direito econômico, constitucional e direitos humanos, e teve o condão de ressignificar as

bases edificantes ao regime capitalista, isso porque introduz como fundamento ao capitalismo, a consecução da dignidade da pessoa humana; e ao regime econômico, associa de forma indelével os direitos humanos.

Dessa forma, sem modificar as bases capitalistas da liberdade de iniciativa e propriedade privada, propõe mudanças-chaves ao regime em análise, a mudança de paradigma social é profunda.

O expurgo humano do regime não pode ser mais pelo mesmo ignorado, alijando sua materialidade negativa; em outras palavras, a exclusão econômica não pode ser normalizada ou admitida como consequência natural e inevitável, como taxa aceitável; devendo, em reação, ser combatida e reabsorvida a massa humana, como concretude da dignidade humana e respeito a observância dos direitos humanos, visado a concretude da Sociedade Fraterna.

Ao lucro, ponto central ao regime, são associados os direitos humanos, deslocando sua centralidade do indivíduo para enfocar questões sociais, como desigualdades econômicas regionais, exclusão; que se ignoradas ou mesmo admitidas, agora com os novos paradigmas, tem obrigação de abordar, evitar, reinserir.

Nesse sentido, a tese gerou não somente uma proposta de emenda constitucional, 383/2014 que altera o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, com as seguintes alterações: fixar constitucionalmente o regime capitalista humanista como vigente para o Brasil; traçar as bases axiológicas constitucionais do capitalismo humanista na a) valorização do trabalho humano e b) livre iniciativa, bem como seus objetivos, e com isso fixar os objetivos econômicos do Estado Brasileiro - assegurar a todos a existência digna, e ainda fixa o parâmetro interpretativo da existência digna, a justiça social, elencando quais os princípios que a instrumentalizam (I a X) e nesse sentido o viés ou forças que formam o feixe indissociável em questão e introduz o parágrafo X, relacionando a observância dos direitos humanos e não fundamentais como uma nova força de incidência ou parâmetro interpretativo. A tese gerou também uma Lei Municipal que visou reger a ordem econômica do centro do Capitalismo Brasileiro que é a cidade de São Paulo, no qual o Capitalismo Humanista é expressamente consagrado como princípio de necessária observância.

Importante também são os relatórios com índices de mensuração dos direitos humanos, como a dignidade da pessoa humana, que passa a ser quantificado pelo Instituto do CapH, o qual inclusive ganhou força de utilidade pública.

Por força das modificações econômicas e sociais que busca introduzir, o veículo adequado para produção de efeitos macroeconomicos é via política pública, que visa se adequar a uma nova visão de mundo baseado em um sistema onde ninguém fica para trás.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARISTÓTELES. **Política**. Disponível em:
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 edição. Coimbra: Almedina, 2018.

CANOTILHO, JJ Gomes. Rever Ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo, In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciencia Política**. São Paulo: RT ,ano 4, n 15, p. 7-17, abr./jun 1996
COMPARATO, Fabio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Pulo:Editora:Brasiliense, 1989.

DI GIORGI, Raffaele. **Ciência do Direito e Legitimação**. 22ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1988.

GONÇALVES, Guilherme Correa, TEIXEIRA, Vanessa Ramos, AFFONSO, Maria Fonseca, AYDOS, Mariana Recena e PRIANTI NETO, Reynaldo Bueno. **Elaboração E Implementação de Políticas Públicas**. São Paulo: Sagah Educação S.A., 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. 2ª edição. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HERCULANO DUARTE, Bento e OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. **Princípios do Processo Civil – Noções Fundamentais**. 1ª edição. São Paulo: Método, 2012.

Jacobson, Artur J. e Schlink, Bernhard. Weimar – **A Jurisprudence of Crisis**. Berkley: University of California Press, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

LHUMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

LHUMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. 2013, Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva> Acesso em: 15.out.2020.

MENDES, Gilmar e PAIVA, Paulo. **Políticas Públicas No Brasil Uma Abordagem Institucional**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge, BONAVIDES, Paulo, AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARAIVA, Enrique. Introdução à Teoria das Políticas Públicas, In, **Políticas Públicas – Coletanea – Volume 1**, ENAP, 2007. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/1254> Acesso em: 15.out.2020.

SARLET, Ingo, MITIDIERO, Daniel e MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

SAYEG, Ricardo e BALERA, Wagner. **Fator CapH – Capitalismo Humanista – A Dimensão Econômica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019.

SAYEG, Ricardo Hasson. **Direito quântico. Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/139/edicao-1/direito-quantico> Acesso em: 15.out.2020.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

TELLES, Goffredo da Silva. **Direito Quântico – Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**., 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014

6. OS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL CONTEMPORÂNEO E OS LIMITES DO CONSENTIMENTO



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-06>

Adriana Bertoni Holmo Figueira¹

1 INTRODUÇÃO

O surgimento de novas tecnologias digitais trouxe ampliação dos meios de contratação gerando questões tortuosas sobre o consentimento do consumidor. Além das dificuldades no manuseio dos novos equipamentos, acessos às plataformas, sites e terminologias em língua estrangeira, a parte vulnerável da população é desprovida de nível de instrução que lhes propicie a real compreensão dos serviços postos à sua disposição.

Neste capítulo abordaremos como a proteção de dados passou de apenas um princípio norteador de boas práticas na internet para uma configuração de direito humano fundamental.

Os direitos humanos no contexto digital são fundamentais para preservar a integridade individual e coletiva na era da informação. A proteção desses direitos transcende os limites físicos e alcança o vasto território virtual, onde a privacidade, liberdade de expressão e acesso equitativo à informação se tornam imperativos para a salvaguarda da democracia (Bioni, 2021). Garantir a igualdade de oportunidades e o respeito às diversidades no ciberespaço não apenas reforça a estrutura democrática, mas também promove a participação ativa dos cidadãos no debate público, construindo assim uma sociedade mais justa e inclusiva.

A construção dessa sociedade melhor passa pelo constitucionalismo digital, pois, como ideologia, o termo avança sobre todas as concepções tradicionais no que concerne às relações sociais, econômicas e políticas com a utilização cada vez maior da internet (Fernandes; Mendes, 2020). Portanto, o objetivo deste capítulo é

¹Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito dos Contratos

colaborar com o debate em relação aos limites do consentimento na proteção de dados no Brasil e sobre como o constitucionalismo digital pode ajudar com princípios e atuações específicas na regulação de plataformas digitais, salvaguardando a democracia e privacidade dos usuários.

A interconexão entre proteção de dados, direitos humanos e constitucionalismo digital é essencial na preservação dos valores fundamentais em um mundo dominado pela tecnologia. A proteção de dados assume a condição de alicerce crucial para resguardar a privacidade e a autonomia individual, pilares essenciais dos direitos humanos. No entanto, essa salvaguarda vai além: está intrinsecamente ligada ao constitucionalismo digital, que busca estabelecer uma ordem jurídica que se adapte às transformações digitais. Ao incorporar princípios de transparência, *accountability* e equidade na gestão dos dados, o constitucionalismo digital não apenas promove a proteção dos direitos individuais, mas também fortalece a estrutura legal para garantir a justiça e a igualdade no ambiente virtual. Essa intersecção entre proteção de dados, direitos humanos e constitucionalismo digital representa um compromisso coletivo em assegurar não apenas a integridade dos dados, mas também a preservação dos valores éticos e democráticos em um contexto digital em constante evolução.

2 OS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Norberto Bobbio (2004, p. 8-9), filósofo e teórico político italiano, ensina sobre a transformação dos direitos dos súditos em direitos dos cidadãos como um processo fundamental na evolução dos sistemas políticos modernos. Para Bobbio, essa mudança implica no anterior comportamento submisso à autoridade absoluta do Estado para a garantia de prerrogativas e liberdades individuais contra o próprio Estado.

A passagem de súdito para cidadão marca a transição de uma ordem política baseada na obediência passiva para uma ordem na qual os indivíduos são reconhecidos como detentores de direitos inalienáveis, participantes ativos na esfera pública e portadores de responsabilidades políticas (Bobbio, 2004). Esta transformação não apenas outorga direitos, mas também garante que o cidadão

participe ativamente do processo político, contribuindo para a criação e manutenção do sistema democrático no qual a dignidade humana vem a plano.

A experiência veio, porém, demonstrar a íntima ligação entre essas duas dimensões da liberdade. A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos (Comparato, 2015, p. 78).

As conquistas históricas desaguaram inicialmente na consolidação dos direitos em cada Estado, como na promulgação da Carta Magna de 1215 na Inglaterra, a lei de *Habeas Corpus* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689. Esses marcos foram seguidos pela Declaração de Independência e Constituição dos Estados Unidos da América de 1776 e 1787, respectivamente. Posteriormente, expandiram-se para incluir os cidadãos franceses e suas colônias, sendo então consagrados de forma mais abrangente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, até a declaração de direitos na Constituição de 1793, na França, que também proibiu o tráfico de escravos em suas jurisdições coloniais (Comparato, 2015).

Na conferência realizada no Instituto Internacional de Direitos Humanos em 1979, o renomado jurista tcheco-francês *Karel Vasak* deixou um legado ao categorizar os direitos fundamentais em gerações distintas. Apesar das críticas que surgiram em relação à terminologia empregada, argumentando que poderia erroneamente implicar em uma sucessão entre as gerações, sugerindo a possibilidade de alterar o termo para "dimensão", a classificação proposta por *Vasak* perdura como um pilar na literatura. É amplamente reconhecida e aceita a tese de que essas gerações são complementares, representando facetas cruciais e interdependentes dos direitos humanos e "cada geração foi associada [...] a um dos componentes do dístico da Revolução Francesa: '*liberté, égalité et fraternité*' (Ramos, 2018), dessa forma,

partindo-se do critério metodológico, que classifica os direitos humanos em gerações, adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui

a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a ideia da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade (Piovesan, 2012, p. 45-46).

Inicialmente, a noção de direitos humanos se enraizava na sua faceta negativa, concentrando-se na proteção dos indivíduos frente ao poder do Estado. Este conceito fundamental teve origem na esteira da Revolução Francesa, um marco que aboliu o antigo Regime e desmantelou as estruturas hierárquicas da sociedade (Sarlet, 2018; Comparato, 2015). Esses direitos pioneiros, identificados como de primeira geração, destacam as liberdades públicas, a segurança e a participação política, espelhando a visão advogada por Rousseau (Sarlet, 2018).

Os direitos sociais, também reconhecidos como direitos de segunda geração ou direitos positivos, surgiram como resultado das batalhas travadas pelos trabalhadores, impulsionando movimentos sociais em prol da afirmação desse novo papel ativo do Estado. Essa mudança visava assegurar a dignidade plena da pessoa humana, um ponto amplamente discutido na literatura sobre a transformação do papel estatal; trata-se de um *facere*, com proteção na esfera trabalhista, de saúde, habitação e educação, por exemplo. São os direitos sociais e econômicos inicialmente positivados nas Constituições do México, de 1917 e de Weimar, de 1919 (Comparato, 2015).

Esta transição demandou do Estado não apenas o papel de mero fiscal das leis, mas uma atuação vigorosa e proativa para garantir não somente a proteção, mas também a promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos (Ramos, 2018).

As dimensões dos direitos não se limitaram apenas ao reconhecimento dos direitos econômicos e sociais. Nesse contexto, surgem os direitos de solidariedade e fraternidade, marcando a terceira dimensão dos direitos humanos. Estes novos direitos transcendem a visão do indivíduo como único detentor de direitos e passam

a contemplar amplos grupos sociais como titulares, incluindo entidades como a família, a nação e o povo. Essa evolução fundamenta-se na ideia de uma interdependência e coletividade na busca por direitos, onde a garantia dessas prerrogativas não se restringe ao âmbito individual, mas se estende para abraçar comunidades e coletividades como um todo. Assim, de acordo com Ingo W. Sarlet (2018, p. 48), os direitos de solidariedade e fraternidade instituem os “direitos de titularidade coletiva ou difusa.”

André de C. Ramos (2018, p. 60) ainda ensina que os direitos da terceira geração são também aqueles referentes ao

direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado. São chamados de direitos de solidariedade. São oriundos da constatação da vinculação do homem ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana.

Segundo Reynaldo Soares da Fonseca (2019, p. 69):

“Nessa linha de raciocínio, nasce o chamado Constitucionalismo Fraternal, que incorpora a dimensão da fraternidade às franquias liberais e sociais de cada povo soberano; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos).”

O constitucionalismo tardio no Brasil enfrenta desafios na efetiva promoção e proteção dos direitos de terceira geração, notadamente a fraternidade.

A reflexão sobre a ineficiência do aparato constitucional em abraçar plenamente a fraternidade revela a lacuna na consciência coletiva sobre a importância dessa dimensão dos direitos humanos. A ausência de um claro acolhimento na legislação de um princípio tão vital como a fraternidade gera um

desequilíbrio na tríade dos valores fundamentais, afetando a capacidade do Estado em garantir uma sociedade mais justa e solidária. A fraternidade, enquanto princípio orientador, não apenas demanda a consideração do eu e do outro como partes de uma mesma comunidade, mas também ações que promovam a cooperação, solidariedade e inclusão social. É preciso, portanto, avançar na compreensão e implementação da fraternidade como pilar essencial do ordenamento jurídico, estimulando políticas e práticas que reforcem os laços de união e interdependência entre os cidadãos (Fonseca, 2019).

Embora haja divergências entre os estudiosos, ao final do século XX e início do XXI, importantes autores como Paulo Bonavides passaram a reconhecer a emergência dos direitos de quarta e quinta gerações, conceito inicialmente introduzido por Bobbio. Esses direitos são delineados como decorrentes do avanço das pesquisas biológicas, da manipulação de materiais genéticos, do acesso à democracia e da disseminação da informação. Os direitos relacionados à paz correspondem à quarta dimensão, enquanto questões de extrema relevância, e a quinta dimensão abarca a busca por direitos ainda mais amplos e complexos (Ramos, 2018).

A imperiosidade da inclusão da proteção de dados pessoais ao rol de direitos fundamentais tem, no Brasil, autores como Ingo W. Sarlet, Laura Schertel Mendes, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Gabriel Campos Soares da Fonseca e Bruno Bioni, por exemplo. Os dados pessoais como pertencentes aos direitos fundamentais têm como fundamento "seu caráter onipresente" em "todas as esferas da vida social, econômica, política, cultural contemporânea no Mundo, fenômeno comumente designado de *Ubiquitous Computing*" (Sarlet, 2021). O Brasil, através da PEC 115/22², incluiu no art. 5º, da Constituição Federal, o inciso LXXIX, que estabelece a proteção de dados pessoais nos meios digitais no rol de direitos fundamentais – e, portanto, passaremos a analisar a proteção de dados e o consentimento.

²Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 15 de nov. de 2023.

3 A PROTEÇÃO DOS DADOS DIGITAIS E O CONSENTIMENTO

O caráter temporal dos períodos históricos pauta-se por marcos que, sob determinado prisma, sintetizam a introdução de nova fase comportamental dos indivíduos ocasionadas por inovações econômicas, sociais ou políticas.

No século XVIII, a Revolução Industrial inglesa iniciou-se pela construção da máquina a vapor possibilitando a multiplicação das ferrovias para o escoamento de mercadorias, além da criação de máquinas voltadas às indústrias têxteis, potencializando a técnica em escala individual até o desenvolvimento da tecnologia. Desvinculou a produtividade da habilidade de cada artesão, passando à economia de larga escala. À técnica foi agregada a tecnologia, desaguando na industrialização, formação de grandes polos e urbanização.

A energia elétrica marcou nova era do desenvolvimento humano, trazendo ainda os avanços na área química, com a chamada revolução verde e incremento do saneamento básico, iniciando a era moderna com a Segunda Revolução Industrial.

Na década de 50, emergiu a computação digital, acarretando mudanças nas relações industriais, sociais e econômicas sintetizadas na Terceira Revolução Industrial, com aumento contínuo na qualidade de vida (Schwab, 2018).

Klaus Schwab, economista alemão, fundador e então presidente do Fórum Econômico Mundial, categoriza a fase atual da humanidade como a Quarta Revolução Industrial, cujas relações estão permeadas pela inteligência artificial, realidade virtual, biotecnologia, computação quântica. Aponta, entretanto, como um dos desafios gerenciar os impactos no sistema social com especial ênfase aos vulneráveis.

Muitos sistemas jurídicos estão mal equipados para lidar com os novos riscos; na verdade, o mundo está apenas começando a acordar para a viabilidade de uma vasta gama de cenários sem precedentes que podem ameaçar tudo, desde o meio ambiente até os direitos humanos. (Schwab, 2019, p. 181).

A tecnologia digital acessível e as novas configurações de relacionamento jurídico social franquearam aos cidadãos livre acesso à rede mundial de

computadores, mediante uso de protocolo comum, para troca de conhecimento, dados e informações, através da internet.

A troca de informações através de meios digitais se tornou o cerne para o “desenvolvimento da economia, substituindo os recursos que outrora estruturavam as sociedades”. A troca instantânea de dados impõe o tratamento adequado a este direito fundamental e ao consentimento, surgindo daí a regulação pelos Estados (Bioni, 2020).

Assim, o tratamento de dados tornou-se um tema crucial na era digital, especialmente com o avanço tecnológico e a coleta massiva de informações pessoais. Conforme apontado por Danilo Doneda (2006, p. 376-379), o consentimento tem sido o principal alicerce para legitimar a coleta e o processamento de dados pessoais. No entanto, esse consentimento nem sempre reflete uma compreensão clara e informada do usuário, muitas vezes tornando-se um limite tênue na proteção dos dados.

De acordo com Bruno Bioni, (2019, p. 179), a ambiguidade nos termos de consentimento frequentemente deixa os usuários vulneráveis à manipulação, pois, normalmente, os termos de consentimento são genéricos. A falta de transparência nas políticas de privacidade das empresas muitas vezes resulta em consentimentos concedidos sem pleno entendimento das consequências. Isso gera um ambiente onde os indivíduos acabam cedendo mais informações do que gostariam, excedendo, assim, os limites éticos do consentimento.

A referida transparência só tem razão de ser porque o operador dos bancos de dados terá, simetricamente, os deveres de: i) garantir o seu acesso pelo consumidor (art. 43, *caput*, do CDC); ii) exatidão de tais informações; iii) que o banco de dados se restrinja para finalidades claras e verdadeiras e, por fim; iv) que seja observado o limite temporal de cinco anos para o armazenamento de informações negativas (art. 43, § 1º, do CDC). Por esse arranjo, o consumidor poderá demandar a imediata correção-cancelamento de uma informação errônea ou que tenha superado tal limite temporal (art. 43, § 3º, do CDC). Tais direitos (acesso, retificação e cancelamento) e princípios (transparência, qualidade [exatidão] e limitação temporal) 86 gravitam em torno da figura do consumidor, para que ele, na condição de titular dos dados pessoais, exerça

controle sobre suas informações pessoais. Em suma, o Código de Defesa de Consumidor buscou conferir a autodeterminação informacional 87, o que perpassa desde regras para garantir a exatidão dos dados até limitações temporais para o seu armazenamento (Bioni, 2019, p. 181).

Em análise do perfil de comportamento nas situações de oferta das políticas de privacidade e de termos de serviço em rede social, as pesquisas³ de Jonathan A Obar e Anne Oeldorf-Hirsch (2018, p.1) concluíram que 74% dos usuários pularam para o clique rápido de "concordo" ou "li e concordo" em 73 segundos, ao passo que a leitura destas mesmas políticas de privacidade levaria, em média, 29 a 32 minutos e a dos termos de serviço, de 15 a 17 minutos, dados que distanciam o ato volitivo da autodeterminação em ambiente cuja velocidade da interação é característica essencial.

Não bastasse, a crescente complexidade dos sistemas de coleta de dados e a integração de diferentes plataformas muitas vezes dificultam o entendimento dos usuários sobre como suas informações são utilizadas. Isso contribui para uma desconexão entre o consentimento dado e o real escopo da utilização dos dados, ampliando os limites éticos e morais da proteção de dados (Bioni, 2019).

Bruno Bioni e Maria Luciano (2021, p. 244), a tomada de decisão do usuário para acessar determinado conteúdo ou criar um perfil online com seus dados e imagens, necessita que a empresa também respeite os termos em cooperação. Um dos deveres do controlador de dados é a informação transparente – o consentimento deve ser "informado":

Somente é possível racionalizar um processo de tomada de decisão se é dada "forma" ao fluxo informacional, valendo-se aqui da decomposição do termo informar: colocar em forma. O dever-direito de informação deve propiciar, portanto, ao cidadão os elementos necessários para o início de um processo de tomada de decisão no que tange ao fluxo de seus dados. A prestação de uma

³ Pesquisa realizada entre a *YorkUnivesitye a University of Connecticut*, denominada A Grande Mentirana Internet, que aborda o comportamento dos usuáriosao se depararem com ostermos de serviço e políticas de privacidadeaoadentraramnuma rede social.Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2757465>. Acessoem: 15 de nov. de 2023.

informação clara, adequada e suficiente é o portal de entrada para tanto. O modo pelo qual tal informação será prestada é de particular importância, devendo-se pensar em tecnologias, que não só o papel (contratualização do consentimento), habilitadoras para tanto. Nesse sentido, a adoção das chamadas *privacy enhancing technologies/PETs* será um indicativo do esforço do controlador de adimplir satisfatoriamente com tal dever de informação que lhe foi atribuído. Se, ao final, não houver transparência no tratamento dos dados, ocorrerá um conseqüente inadimplemento de tal obrigação. Nesse sentido, é importante destacar que a LGPD: a) ao dispor a respeito do princípio da transparência, correlaciona-o diretamente à prestação de "informações claras, precisas e facilmente acessíveis"; e b) prevê ser o consentimento nulo caso não haja esse resultado ótimo esperado: a transparência. Portanto, informação e transparência são elementos normativos imbricados em virtude da tamanha correspondência entre eles, havendo um teste de eficiência do primeiro para com o segundo, como o resultado ótimo do dever-direito de informar (Bioni; Luciano, 246).

Uma das formas mais corriqueiras da obtenção de dados se dá através dos *cookies* ofertados pelas plataformas. *Cookies*, segundo o Guia sobre o tema da ANPD⁴, são *softwares* que permitem a coleta de alguns dados pessoais.

No primeiro acesso a um site ou página, imediatamente surge na tela a informação sobre o uso dos *cookies*, sendo ofertada a possibilidade de recusa, aceite ou gerenciamento de preferências. Entretanto, em qualquer opção, o usuário está vulnerável quanto sua escolha e seu consentimento – pois se ele desejar/precisar acessar a plataforma, necessita informar seu consentimento (Mendes; Fonseca, 2020).

Entre essas informações, muitas são essenciais para o funcionamento adequado e seguro de páginas eletrônicas e para viabilizar a oferta de serviços no ambiente digital. Assim, por exemplo, a utilização de *cookies* pode identificar um usuário antes de realizar uma transação online ou, ainda, "lembrar" opções feitas anteriormente, tais como o idioma utilizado, o tipo de produto preferido, as

⁴ Guia Orientativo - Cookies e proteção de dados pessoais (2022). Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>>. Acesso em 15 de nov. de 2023.

senhas e os logins utilizados em sítios eletrônicos, bem como produtos que foram adicionados ao carrinho para a realização de uma compra. Além disso, podem ser utilizados para outros fins, tais como a medição de audiência de uma página e a oferta de anúncios personalizados (ANPD, 2022, p. 8).

Os *cookies* armazenam o histórico de navegação, com os logins, senhas, idioma, geolocalização, compras e preferências, entre outras informações pessoais, possibilitando que o próximo acesso se dê sem o preenchimento de tais dados. Sob um prisma, esses pequenos arquivos ofertam a facilidade ao usuário mas na outra ponta, garantem o acesso do site aos dados fornecidos, permitindo a identificação direta ou a construção de perfil comportamental de grandes grupos, através dos tratamentos dos dados.

Portanto, a proteção de dados e os limites do consentimento constituem um campo complexo, onde o equilíbrio entre inovação tecnológica e proteção da privacidade individual é fundamental. A reflexão contínua e aprimoramento das políticas são essenciais para garantir uma coleta e uso ético dos dados pessoais no ambiente digital.

Trata-se de estimular a incorporação da ideia de autodeterminação informativos sistemas, códigos, arquiteturas e procedimentos tecnológicos: aplicar o direito fundamental à proteção de dados na concepção e na aplicação das tecnologias que permeiam os serviços e produtos disponíveis aos usuários. É que, em ordem de se alcançar um consentimento material e efetivo, antes é preciso preencher diversas condições tecnológicas para tanto. Em especial, ao máximo quanto tecnologicamente possível, (i) aumentar a confiança dos indivíduos no sistema utilizado e no tratamento de dados realizado, assegurando que ambos serão livres e adequados, longe de manipulações, interceptações ou acessos indevidos, bem como (ii) permitir com que o titular dos dados possa configurar e determinar suas preferências acerca do que é feito com os desdobramentos virtuais de sua personalidade (Mendes; Fonseca, 2020, p. 521).

Tendo isto em vista, a ANPD (2022, p. 28), através de seu Guia Orientativo de *Cookies*, recomenda que as plataformas criem uma Política de *Cookies*, que apresentem as informações básicas e necessárias sobre a finalidade específica da obrigatoriedade da coleta de dados pessoais dos usuários através dessa tecnologia, qual é o tempo em que esses dados permanecerão na plataforma e, ainda, se há compartilhamento desses com terceiros, entre outras possibilidades elencadas no art. 9^a, da LGPD.⁵

As estratégias para divulgação das políticas de cookies são variadas e reveladoras do controle exercido sobre nossos dados ao navegar na internet. Geralmente, são alojadas em páginas específicas, um canto escondido onde detalhes sobre seu uso são sussurrados, acessíveis por um clique discreto no banner. Outra abordagem é sua integração destacada na 'Aviso de Privacidade' - a exposição pública dos manipuladores de dados sobre seu tratamento geral. Em certos casos, prefere-se diluir essa política no próprio banner, espalhando as informações em camadas. Desde que o titular seja provido com as informações essenciais, todas essas escolhas parecem legítimas.

A discussão sobre os limites do consentimento se torna ainda mais premente diante do uso de tecnologias emergentes, como a inteligência artificial. Assim, a capacidade de prever comportamentos e tomar decisões com base em dados pessoais coloca em questão se o consentimento inicial dado pelos usuários abrange todas as possíveis aplicações futuras. Dessa forma, entendemos ser necessária para uma boa prática das plataformas digitais e o bom uso dos usuários, o emprego de princípios de governança na relação entre *Big Techs* e usuários.

É crucial aprofundar essa discussão sobre os algoritmos utilizados pelas *Big Techs*, uma vez que sua aplicação indiscriminada representa uma ameaça real para a ordem democrática e ofensas aos direitos fundamentais, como acesso e

⁵Art. 9º. O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV - informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

tratamento de dados pessoais. Esses algoritmos têm mostrado uma notável capacidade de gerar problemas como manipulação, viés, censura, discriminação social, violações de privacidade e direitos, abuso do poder de mercado, além de impactos negativos na capacidade cognitiva e psicológica dos usuários (Doneda; Almeida, 2018). Uma abordagem constitucionalista nesse contexto pode envolver o estabelecimento de políticas e regulamentações mais rígidas para governar a atuação desses algoritmos, assegurando que sejam éticos, transparentes e responsáveis. Para tanto, passaremos à abordagem do Constitucionalismo Digital e analisaremos os princípios desta corrente jurídica e como ela pode ajudar na regulação e aplicação legal dos pressupostos fundamentais em relação à proteção de dados.

4 O Constitucionalismo Digital e a Proteção de Dados

Edoardo Celeste (2021, p. 69) destaca que o conceito de Constitucionalismo Digital não é novo, sendo fundamental na busca por um equilíbrio entre a realidade concreta e os princípios constitucionais. Tal equilíbrio se torna essencial diante das novas formas de expressão dos direitos fundamentais no ciberespaço, colocando em destaque a potencial ameaça a esses direitos em decorrência do crescente uso da internet.

O conceito em questão trata da análise da regulamentação das mídias sociais em um amplo espectro, englobando plataformas de vídeo, serviços de transporte, hospedagem e aplicativos de mensagens, dentro do contexto constitucional (Pereira; Keller, 2022). Esse enfoque não se restringe apenas às redes sociais tradicionais, mas se estende para incluir uma variedade de serviços digitais que desempenham um papel cada vez mais significativo na vida cotidiana das pessoas, como destacamos acima.

Assim, como enfatizado por Edoardo Celeste (2021, p. 64), o constitucionalismo digital surge como uma evolução do paradigma constitucional moderno. Sua essência reside na intenção de reajustar ou analisar o equilíbrio constitucional que, segundo o autor, foi perturbado no âmbito digital. Este movimento se configura como um conjunto amplo de preceitos, diretrizes e valores

da Constituição adaptados ao contexto da era digital, o constitucionalismo digital, portanto, se configura como uma ideologia. Seu objetivo principal é preservar os direitos fundamentais e manter a integridade do Estado de Direito em um ambiente virtual em constante metamorfose. Indo além do mero controle estatal da internet, o constitucionalismo digital aborda questões cruciais como privacidade, liberdade de expressão, segurança cibernética, governança e regulação das plataformas digitais. Sua missão explícita é garantir uma defesa firme e eficaz dos direitos fundamentais na paisagem em constante evolução do mundo digital

Em conclusão, é possível defender que o constitucionalismo digital, pensado como uma declinação do constitucionalismo moderno, impõe a necessidade de gerar contramedidas normativas às alterações do equilíbrio constitucional produzido pelo advento da tecnologia digital e, ao mesmo tempo, proporciona os ideais, valores e princípios que orientam tais contramedidas (Celeste, 2021, p. 69).

O tema é extremamente relevante hodiernamente, porque, como já dissemos, a internet e o uso que toda sociedade faz dela já vêm sendo estudada desde sua grande expansão no início dos anos 2000. Autores como Günther Teubner, em meados dos anos 2000, já diziam que o constitucionalismo tradicional não seria capaz de abarcar os avanços sociais, políticos e econômicos que a internet traria.

Teubner (2004, p. 15), ao explorar as intrincadas dinâmicas do contexto digital, provocou reflexões profundas acerca da viabilidade de uma constituição adequada aos desafios dessa era. Ele levanta questões fundamentais sobre a criação de uma estrutura constitucional digital, um ponto de inflexão que demanda uma revisão completa das estruturas políticas e administrativas dos Estados. Sua provocação ecoa a necessidade premente de reimaginar não apenas as bases legais, mas também as estruturas governamentais, buscando estabelecer um arcabouço legal global que seja verdadeiramente adaptado à complexidade em constante crescimento. A visão de Teubner ressalta a urgência de uma abordagem jurídica global, transcendendo as fronteiras nacionais, diante de um mundo digital em rápida evolução.

Nessa conjuntura, academia e setores diversos da sociedade conduziram o debate sobre a conformação da Internet ao direito como uma questão sobre quais seriam os meios adequados para aplicar normas jurídicas em um ambiente definido pela arquitetura das redes. Sendo essas discussões orientadas pelo contexto político e econômico calcado nas limitações da burocracia estatal, é possível dizer que a regulação da Internet acaba anexada a um conjunto de teorias já existentes, dedicadas a legitimar as alternativas à insuficiência do direito estatal. Refere-se, aqui, às abordagens dedicadas a um debate maior sobre funções, modos e estratégias relevantes para a regulação de ambientes globalizados, complexos e marcados pela incerteza de conhecimento. As dificuldades de aplicação do direito pelas vias estatais, somada ao surgimento de subsistemas híbridos de governança, figuram como um fenômeno comum subjacente, que desencadeia consequências teóricas e empíricas segmentadas, expressas a partir de teorias diferentes e não necessariamente ancorados no conceito de constituição ou de constitucionalismo (Pereira; Keller, 2022, p. 2.662-2.663).

O constitucionalismo digital foi observado pelo Supremo Tribunal Federal antes mesmo do direito à proteção de dados ser erigido à categoria de princípio constitucional, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387 MC-Ref, Relatora Ministra Rosa Weber, DJE 12/11/2020, que impediu o compartilhamento de informações dos usuários pelas prestadoras de serviço de telefonia com o IBGE, ainda que durante o estado de declaração de emergência pública decorrente da pandemia do novo Coronavírus. Apontou a inobservância dos princípios da necessidade e adequação porque não apresentados mecanismos técnicos ou administrativos para a proteção dos dados coletados, além da desproporcionalidade da medida.

Portanto, compreende-se que o conceito de constitucionalismo digital constitui uma ampla esfera interligada ao direito constitucional. Ele abarca não apenas as práticas dos usuários no ambiente virtual, mas também engloba políticas estatais e iniciativas privadas. O objetivo primordial é proteger e consolidar os princípios dos direitos humanos no ciberespaço (Gill; Redeker; Gasser, 2015). Esse conceito abarca uma complexidade substancial, refletindo um espectro abrangente

que transcende as fronteiras legais e políticas convencionais, adaptando-se à dinâmica em constante mutação do mundo digital.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5545/RJ, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgamento datado de 13/04/2023, foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que determinou, compulsoriamente, a coleta de material genético do recém nascido e da mãe na sala de parto, então sob justificativa de evitar troca de bebês ou possibilitar eventual investigação. Fundamentou o julgado que o direito à privacidade possui a faceta negativa exigindo-se que o Estado abstenha-se de interferir na intimidade e vida privada e, de outro lado, a prestação positiva do próprio poder público, com implementação de medidas de segurança garantindo a integridade dos dados. Dado o caráter ultrassensível do material genético, a lei infringiu o direito à intimidade e colocou em risco a manipulação das informações, além de apontar desproporcionalidade entre o direito da intimidade e a coleta compulsória dos dados.

Lex Gill, Dennis Redeker e Urs Gasser (2015, p.6) reforçam que os princípios estão interligados e muitas vezes em aparente colidência, o que exige interpretação em amplo espectro nas relações virtuais.

Mas também envolve direitos distintos à privacidade, à segurança, ao anonimato, à transformação dos próprios dados pessoais e ao uso livre da tecnologia de escolha de cada um. Vemos inúmeros exemplos ao longo de linhas semelhantes: uma conexão inerente entre liberdade de expressão e anonimato; uma tensão profunda entre vigilância e Estado de Direito; ou uma relação complexa entre o direito de acesso, neutralidade de rede e desenvolvimento econômico. Essas observações não são exclusivas de nosso conjunto de dados. Pelo contrário, são características do discurso sobre direitos em geral, e talvez particularmente no caso dos direitos no âmbito digital. Em resumo, embora tenhamos classificado os direitos e princípios articulados por essas iniciativas da melhor forma possível, uma abordagem puramente quantitativa não pode contar toda a história. Uma compreensão dos dados exige entender que esses direitos e princípios estão mais frequentemente interconectados, interdependentes, mutuamente

reforçadores e, em alguns casos, até mesmo em conflito uns com os outros (Gill; Redeker; Gasser, 2015, p. 6)⁶.

Nas relações privadas, a promoção e a inclusão dos preceitos de governança pelas plataformas digitais (*Big Techs*) e intermediadores de uso na internet é uma forma de garantir a defesa e promoção dos direitos humanos, devido a proteção de dados pessoais, além de impedir a disseminação de discursos de ódio e desinformação, que também utilizam de dados de usuários para propagação de ofensas.

Outro aspecto preponderante e preocupante é a recém utilização de *deep fake*, por exemplo, fazendo com que *softwares (nudification AI)* de Inteligência Artificial sejam utilizados para desnudar as pessoas. Esta tecnologia é capaz de transformar imagens comuns e fotos de redes sociais em falsas representações de nudez. No Rio de Janeiro⁷, adolescentes do colégio particular Santo Agostinho utilizaram essa ferramenta para manipular fotos de mais de 20 meninas, sem a obtenção de seus consentimentos. Outro caso semelhante ocorreu em Recife, no colégio Marista, onde adolescentes entre 13 e 14 anos foram vítimas de *fake nudes* utilizando *deep fake*⁸. A trágica repercussão desse incidente ressalta a imperiosa necessidade de uma conscientização acerca dos perigos ligados ao uso maléfico da inteligência artificial e redes sociais para a propagação dessas fotos falsas. Além disso, reforça a crucial

⁶Tradução livre de: "At its most basic level, this passage might be categorized as "a right to use encryption." But it also entails distinct rights to privacy, to security, to anonymity, to transform one's personal data, and to freely use the technology of one's choice. We see countless examples along similar lines: an inherent connection between freedom of expression and anonymity; a deep tension between surveillance and the rule of law; or a complex relationship between a right of access, network neutrality, and economic development. These observations are not unique to our data set. Rather, they are characteristic of rights discourse generally, and perhaps particularly so for rights in the digital sphere. In short, while we have classified the rights and principles articulated by these initiatives to the best of our abilities, a purely quantitative approach cannot tell the whole story. An appreciation of the data requires an understanding that these rights and principles are more often than not interconnected, interdependent, mutually reinforcing, and in some cases even in conflict with one another".

⁷ Disponível em: <<https://g1.globo.com/podcast/o-assunto/noticia/2023/11/08/caso-de-nudes-falsos-acende-alerta-jovens-correm-risco-de-fazer-justica-com-um-mouse-diz-advogada.ghtml>>> Acesso em: 16 de nov. de 2023.

⁸ Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2023/11/07/seguranca/alunas-de-colegio-em-recife-sao-vitimas-de-falsos-nudes-feitos-com-ia/>>. Acesso em: 16 de nov. de 2023.

importância de salvaguardar a privacidade e a dignidade dos indivíduos no mundo virtual, um território que ainda carece de regulamentação adequada.

Essa Inteligência Artificial tem como propósito transformar imagens comuns em imagens de nudez, o que torna praticamente intrínseca a ausência de consentimento por parte do usuário. Essa prática, além de infringir o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando envolve menores, e o Código Penal, viola também a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Isso ocorre pelo fato de envolver dados sensíveis, resultando na violação da privacidade, honra e imagem das vítimas, agravando ainda mais o impacto dessa conduta inadequada.

A autora Nirit Weiss-Blatt (2021, p.60) desenvolve argumentos preocupantes em relação a nosso uso da internet, porque estamos vivendo a era dos grandes escândalos das *Big Techs*. Isto está ocorrendo devido aos ideais libertários de não regulação e liberdade de expressão abstrata e absoluta defendidos desde os anos 2000.

Esses escândalos podem ser vistos através da já conhecida manipulação de pessoas em momentos eleitorais com a disseminação de desinformação (*fake news*); a coleta ilegal de dados de usuários pelas *Big Techs*, o aumento de grupos e comunidades online para disseminação e fabricação de discursos de ódio, como 4Chan⁹, 8Chan¹⁰, as comunidades no Reddit¹¹ e no Telegram¹² e a utilização de *deep fake*, utilizado tanto para hostilização ou vingança (*ciberbullying*), quanto para difamação e injúria (Fisher, 2023).

É crucial ressaltar que as repercussões psicológicas para essas adolescentes no Rio de Janeiro e Recife podem ser devastadoras, equiparáveis a situações de "*revenge porn*" (pornografia de vingança). As imagens falsas feitas por *deep fake* são notoriamente difíceis de remover da rede, deixando as jovens presas a essa falsa representação por um tempo significativo. Isso não apenas afeta profundamente seu

⁹Os "Chans" são canais onde ideais extremistas e preconceituosos, muitos até com ideais neonazistas, com milhares de usuários, realizam ataques em massas nas redes e promovem linchamentos virtuais, com estímulo a racismo, misoginia, homofobia, gordofobia etc.

¹⁰FISHER, Max. **Máquina do Caos: como as redes sociais reprogramaram nossa mente e nosso mundo**. São Paulo: Todavia, 2023, p. 73.

¹¹Ibidem, p.95.

¹²Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/politica/alta-de-67-do-discurso-de-odio-nas-redes-sociais-acende-alerta-sobre-extremismo/>>. Acesso em: 16 de nov. de 2023.

bem-estar emocional, mas também distorce drasticamente suas interações sociais e seu ambiente de convívio.

Fica evidente o impacto devastador que uma tecnologia empregada de maneira criminosa pode provocar, tanto nas esferas pessoal e familiar das vítimas quanto na dificuldade em reportar tais crimes, muitas vezes por conta da vergonha e da exposição a que são submetidas.

David Watson (2021, p. 15) estabelece diretrizes cruciais para as empresas de tecnologia ao desenvolver algoritmos por meio de *machine learning*. Esses princípios fundamentais são: (i) Equidade (*fairness*): Os sistemas de inteligência artificial controlados pelos algoritmos não devem discriminar ou favorecer grupos específicos em detrimento de outros, seja com base em raça, classe social, gênero, idade ou outras categorias; (ii) Responsabilidade (*accountability*): Todas as ações e resultados das empresas devem ser atribuídos a seus desenvolvedores, mantendo-os responsáveis pelas consequências de seus produtos e (iii) Transparência: É essencial fornecer transparência em relação às interfaces de programação da plataforma e ao processo de aprendizado de máquina dos algoritmos. Isso permite a análise o desempenho desses algoritmos, identificando e corrigindo eventuais modelos prejudiciais que possam promover conteúdos discriminatórios ou violentos.

Nas interações de direito privado, o agente econômico virtual, como atualmente denominado o detentor das informações coletadas, estabelece relação de verticalidade com os usuários das plataformas, o que agrava o risco de substituição da observância dos princípios constitucionais da fraternidade e solidariedade pelo individualismo decorrente do empoderamento conferido pelos próprios consumidores quando do fornecimento de seus dados pessoais e sensíveis (Marques, 2023).

Portanto, o avanço do constitucionalismo digital, aliado à proteção de dados e à governança na internet, desempenha um papel crucial na defesa dos direitos fundamentais no cenário digital em constante evolução quer frente ao poder público ou relações privadas. Esses elementos fundamentais convergem para estabelecer não apenas uma estrutura legal sólida, mas também práticas éticas e transparentes para salvaguardar a privacidade e a dignidade dos usuários online. O desafio reside não apenas na criação de leis e regulamentos eficazes, mas também na

implementação e fiscalização consistentes dessas políticas. A garantia de um ambiente digital seguro e inclusivo requer a colaboração entre governos, empresas de tecnologia e sociedade civil, visando a construção de uma rede global que respeite os direitos individuais, promovendo assim a confiança e a equidade na era digital.

5 Conclusão

Desde os primórdios dos direitos individuais até a expansão para questões socioeconômicas, culturais e, mais recentemente, para desafios digitais e ambientais, a jornada das gerações dos direitos humanos reflete a incessante busca pela dignidade e proteção de cada ser humano. No entanto, essa progressão não é linear nem completa. Os direitos humanos enfrentam novos desafios na era digital, na preservação do meio ambiente e na garantia de igualdade global. As batalhas por liberdade, equidade e proteção continuam em meio a um mundo em constante transformação.

A efetivação dos direitos humanos requer não apenas a formulação de leis e declarações, mas uma implementação eficaz e universal, com sistemas robustos de proteção e mecanismos de responsabilização (Sarlet, 2018). O compromisso com a justiça social, a solidariedade e a defesa dos direitos fundamentais deve ser uma missão contínua, transcendendo barreiras geográficas, culturais e tecnológicas, demarcando o princípio da fraternidade como basilar em nossa sociedade (Fonseca, 2019).

Ao debater a proteção de dados e os limites do consentimento, nos deparamos com um intrincado emaranhado de questões éticas e sociais que transcendem as fronteiras convencionais (Doneda, 2006). A crença na soberania do consentimento muitas vezes colide com a complexa realidade dos fluxos de informações na era digital (Mendes; Fonseca, 2020).

A promessa de consentimento é inegavelmente crucial para preservar a autonomia e a privacidade dos indivíduos. Entretanto, essa promessa é frequentemente diluída em um oceano de termos e condições, cuja extensão e complexidade são genéricas (ANPD, 2022).

As estruturas atuais de consentimento, frequentemente carecem de transparência real e compreensão plena por parte dos usuários, especialmente no contexto da utilização de *cookies*. Essa falta de clareza e ocorrência de práticas obscuras revelam a fragilidade dos fundamentos do consentimento como um escudo protetor, pois muitas vezes as políticas de *cookies* são apresentadas de forma opaca e pouco compreensível para a maioria dos usuários, necessitando da criação de plataformas e não apenas *banners* informando sobre a política de *cookies* naquele domínio da internet ou em redes sociais (ANPD, 2022).

É imperativo questionar e redefinir os limites do consentimento à luz da evolução do constitucionalismo digital, reimaginando uma abordagem mais transparente, participativa e ética na coleta, uso e compartilhamento de dados, incluindo a forma como os *cookies* são empregados. Este desafio exige não apenas políticas robustas, mas um compromisso coletivo com a ética, justiça e respeito aos direitos individuais em um mundo cada vez mais interconectado e permeado pela coleta constante de informações por meio desses recursos tecnológicos, como orienta a ideologia do constitucionalismo digital.

Referências

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O Consentimento Como Processo: em busca do consentimento válido. *In. Tratado de Proteção de Dados Pessoais* (Coord.) Ingo W. Sarlet, Laura Schertel Mendes, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Danilo Doneda, Gabriel Campos Soares da Fonseca e Bruno Bioni. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Elsevier Brasil, 2004.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Guia orientativo Cookies e proteção de dados pessoais**. Ano 2022. <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 16 de nov. de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 16 de nov. de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 16 de nov. de 2023.

CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo Digital: Reflexões sobre os Desafios do Direito na Era Digital. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 15, n. 2, p. 337-362, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1219/1043> . Acesso em: 16 de nov. de 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio A. F. O que é a Governança de Algoritmos? *In. Tecnopolíticas da Vigilância: perspectivas da margem*. (Org.) Fernanda Bruno; Bruno Cardoso; Marta Kanashiro; Luciana Guilhon; Lucas Melgaço. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 141-149.

DUARTE, Fábio. **Arquitetura e Tecnologias de Informação: Da Revolução Industrial à Revolução Digital**. Annablume, 1999.

FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio jurídico da fraternidade no Brasil: em busca da concretização. *In. Revista dos Estudantes de Direito da UnB*. V. 15, nº1, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/27948>>. Acesso em: 15 de nov. de 2023.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*. **Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication**, v. 15, p. 1-22. 2015. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/28552582/SSRN-id2687120.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 de nov. de 2023.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/handle/ri/20048>>. Acesso em: 15 de nov. de 2023.

Marques, Claudia Lima. **Comércio Eletrônico e Proteção Digital do Consumidor**. Editora Foco, 2023

MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. 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/4103/2571>. Acesso em: 16 de nov. de 2023. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i1.4103>.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. **Proteção de dados para além do consentimento**: tendências contemporâneas de materialização. doi: 10.21783/rei.v6i2.521. *In. Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 507-533, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/521/510>>. Acesso em: 16 de nov. de 2023.

WEISS-BLATT, Nirit. **The Techlash and the Crisis Communication**. Los Angeles: Emerald Publishing Limited, 2021.

OBAR, Jonathan A. and OELDORF-HIRSCH, Anne. The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services (June 1, 2018). *In. Information, Communication & Society*, pp. 1-20, 2018., TPRC 44: The 44th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2757465>. Acesso em: 15 de nov. de 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In. Tratado de Proteção de Dados Pessoais* (Coord.) Ingo W. Sarlet, Laura Schertel Mendes, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Danilo Doneda, Gabriel Campos Soares da Fonseca e Bruno Bioni. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHWAB Klaus, DAVIS Nicholas. **Aplicando a Quarta Revolução Industrial**. Edipro, 2019

WATSON, David. **Explaining Black Box Algorithms: epistemological challenges and machine learning solutions**. 2021, f. 247. Tese (Ph.D in information, communication and the social sciences no instituto de internet de Oxford). Universidade de Oxford,

Oxford, 2021. Disponível em: <<https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:ba743054-3eaf-41fc-98e8-841255ee24ad/files/dr55z7824>>. Acesso em: 16 de nov. de 2023.

7. A GOVERNANÇA CORPORATIVA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO PROPULSORES À RESPONSABILIDADE HUMANISTA DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

CORPORATE GOVERNANCE AND THE PRINCIPLE OF FRATERNITY AS DRIVERS OF THE HUMANISTIC RESPONSIBILITY OF TRANSNATIONAL COMPANIES



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-07>

*Eduardo Tuma*¹

*Giovanna Hingreadh do N. Oliveira*²

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Empresas transnacionais. 3. Fraternidade. 4. Governança corporativa. 5. Responsabilidade humanista das empresas transnacionais. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A magnitude alcançada pelas empresas transnacionais, também conhecidas como multinacionais, há muito não se limita ao setor econômico, sendo estas capazes de impactar fortemente em inúmeros fatores da coletividade, tais como política, ações sociais, preservação ambiental e promoção dos direitos humanos. Com o avanço do papel das empresas, com destaque para as transnacionais, há forte impacto no desenvolvimento social e econômico em âmbito global, o que faz que, na atualidade, não só os Estados figurem como eixos centrais da sociedade, alçados à condição de únicos entes capazes de prover as necessidades de seus membros.

¹Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCMSP). Foi Vereador pela Capital paulista durante dois mandatos, licenciado de abril a maio de 2018 para ocupar o cargo de Secretário-Chefe da Casa Civil da Prefeitura de São Paulo e Presidente da Câmara Municipal de 2019 a 2020. Pós-doutor em Direito pela Universidade Paris-IPanthéon-Sorbonne. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Presidente do Comitê Técnico de Inovação, Transição Digital de Governos e Avaliação de Políticas Públicas do Instituto Rui Barbosa (IRB). É Professor Titular e Pesquisador dos Programas de Doutorado/Mestrado em Direito Empresarial da UNINOVE/SP.

² Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil.

Considerando a relevância dessas organizações no cenário mundial, mister se debruçar acerca do viés humanista em sua atuação. Para tanto, este capítulo, pautado nos métodos teórico e bibliográfico, abordará inicialmente os três conceitos norteadores do presente estudo, quais sejam, as empresas transnacionais, o princípio da fraternidade e a governança corporativa, tendo como premissa destacar, em cada um destes, seus aspectos de maior relevância.

Por conseguinte, os referidos conceitos unir-se-ão de modo a demonstrar a imprescindibilidade da atuação humanística das empresas transnacionais, delineando a forma pela qual a governança corporativa e o princípio da fraternidade estão intrinsecamente ligados a uma nova roupagem do capitalismo, a humanista, que segue em ascensão.

2 EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Também conhecidas como multinacionais ou corporações transnacionais, as empresas transnacionais são organizações comerciais que operam em vários países, estendendo suas atividades de negócios além das fronteiras territoriais. Essas empresas têm um alcance global e se caracterizam, principalmente, por sua presença significativa em vários países de forma simultânea, seja por meio de subsidiárias, filiais, *joint ventures* ou operações de exportação e importação. Essa expansão global permite que elas alcancem mercados mais amplos, possibilitando a diversificação de receita e atenuação de custos.

É sabido que, ainda hoje, doutrinariamente, não há consenso em relação à definição exata de empresa transnacional. Nesse sentido, optou-se por utilizar o conceito elaborado por Maria Cecília Spina Forjaz (2000, p. 42-43), pelo seu caráter abrangente:

As empresas transnacionais são entidades que transcendem as fronteiras dos Estados Nacionais e sua lógica de operação e suas estratégias não estão condicionadas por razões de Estado, mas sim pela busca de mercados atraentes e melhores condições de investimento, estejam elas onde estiverem.

O fluxo contínuo do capital financeiro igualmente não respeita as fronteiras nacionais, e os Estados não têm mais condições de controlá-lo, assim como a rede global das comunicações está acima das possibilidades de gestão local.

Essas empresas podem estar envolvidas em diversos setores econômicos, como manufatura, tecnologia, varejo, energia, serviços financeiros, alimentos, entre outros, e sua operação tende a ser complexa, envolvendo questões como logística global, gerenciamento de cadeia de suprimentos, conformidade regulatória e adaptabilidade às normas e expectativas locais em diferentes países.

Ante a alta movimentação financeira, a operação em diversos países e o inegável impacto dessas empresas na sociedade, alguns desafios éticos e sociais se apresentam, de forma cada vez mais intensa, tais como questões relacionadas à responsabilidade social corporativa, direitos dos trabalhadores, impactos ambientais, exploração de recursos naturais e observância de diversos preceitos culturais, além da influência dessas organizações no cenário político e econômico internacional. Nesse sentido:

As empresas transnacionais são hoje consideradas, por alguns, como sujeitos auxiliares do Direito Internacional Público, interferindo, por sua importância econômica e pelo poder político internacional de fato, no organograma das instituições oficiais e impondo-se, com maior relevância do que a grande maioria dos Estados, como atores de peso no processo internacional de decisões políticas, sociais e econômicas (CRETELLA NETO, 2006, p. 28).

Pode-se observar, portanto, que as empresas transnacionais desempenham papel significativo na economia global e têm um impacto profundo em muitos aspectos da sociedade, desde emprego e inovação até questões sociais, ambientais e políticas. Portanto, o equilíbrio entre seus interesses econômicos e o bem-estar da sociedade é uma questão importante que tem cada vez mais ganhado força, exemplo disso é o conceito de Capitalismo Humanista, entendido por Sayeg e Ballera (2011, p.180), seus idealizadores, como:

[...] ajustado à lei natural da fraternidade, o capitalismo deve ser indutor do exercício do direito subjetivo natural de propriedade, com o fim de concretização dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões, para a satisfação universal do direito objetivo de dignidade do homem todo e de todos os homens da presente e das futuras gerações: um liberalismo econômico renovado pelo humanismo antropofílico e delineado a partir da situação concreta de cada país, quanto à economia de mercado, conforme a realidade político-econômico-social e a cultura local-global.

[...] Garantido o modo de vida das pessoas, cumpre ao regime jus-econômico, insuflado pelo humanismo antropofílico e inserido numa economia de mercado, assegurar a todos ao mesmo tempo o mínimo necessário à vida para a satisfação da dignidade humana [...] e consecução de um planeta digna: livre, pacífico, sustentado e desenvolvido.

Apesar de o termo Capitalismo Humanista ser relativamente novo, a vinculação das empresas transnacionais e a garantia dos Direitos Humanos já é uma ideia em construção há algum tempo. Benacchio (2019, p. 27), nesse sentido, aponta:

A aplicação dos direitos humanos para a regulação da atividade empresarial também encontra previsão no âmbito das Nações Unidas por força dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011 e adotado pelo Brasil.

Os pilares fundamentais dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos estabelece a obrigação dos Estados em "proteger, respeitar e reparar" os direitos humanos no espaço de suas soberanias.

Nalini (2019, p. 223) ressalta que não se pode perder de vista a missão de preservar os valores essencialmente humanos, principalmente numa atuação tão abrangente como a das empresas transnacionais:

A ética empresarial do século XXI traz o dever empresarial de se ocupar não apenas com os interesses estritos da empresa, com os de seus donos ou seus acionistas. Mas impõe uma preocupação abrangente, que envolva os viventes e também a posteridade. O mundo precisa ser mais justo, generoso e sustentável.

Há ainda de se considerar que a Declaração Universal de Direitos Humanos, lançada pelo ONU em 1948, traz em seu preâmbulo, entre outros itens, a conclamação de todos os povos e todas as nações,

a fim de que **todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade**, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição (grifo nosso)³.

Insta salientar que a Declaração supracitada, em seu artigo primeiro, *in fine*, ressalta a importância da fraternidade: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Dessa feita, compreende-se ser contrária aos preceitos de humanidade e ineficiente para a sociedade atual uma gerência empresarial exclusivamente voltada ao lucro, sendo necessária, no contexto global atual, a observância e a promoção de direitos humanos fundamentais, além de fatores como a proteção ao meio ambiente e a promoção da saúde e da vida como um todo, o que consequentemente direciona o estudo ao princípio da fraternidade.

3 FRATERNIDADE

O princípio da fraternidade é um valor fundamental que enfatiza a solidariedade, a empatia e o respeito mútuo entre os indivíduos e grupos sociais. Ele está ligado à ideia de que todos os seres humanos são parte de uma mesma comunidade global e compartilham responsabilidades e obrigações mútuas uns com

³Vide Universal Declaration of Human Rights – Portuguese. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 17 nov. 2023.

os outros. Esse princípio tem raízes profundas na filosofia, na ética e nos direitos humanos, e desempenha um papel importante na promoção de sociedades justas e equitativas.

No âmbito da Constituição Federal de 1988, o conceito da fraternidade, além de se fazer presente de forma tácita em diversas previsões legais, surge de forma explícita já no preâmbulo da Lei Maior, abaixo transcrito:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Como afirma Machado, quando a Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, I, traz como objetivos fundamentais da República "construir uma sociedade livre, justa e solidária", reconhece-se a materialização de três valores, perfeitamente integrados, em que se tem "a) Uma dimensão liberal: construir uma sociedade livre; b) Uma dimensão social: construir uma sociedade justa; c) Uma dimensão fraternal: construir uma sociedade solidária" (2009, 18).

Estudioso de destaque acerca do tema da fraternidade, referência no estudo jurídico brasileiro nesse sentido, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca aponta:

Sendo assim, pode-se reconhecer *ab initio* que a fraternidade é um direito fundamental autônomo cujo centro axiológico repousa na dignidade da pessoa humana e desenvolve-se como valor com coloração analítica própria, ao promover a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização da práxis jurídica. (FONSECA, 2019, p. 96).

O referido autor conclui ainda:

Em suma, o princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). (FONSECA, 2019, p. 96).

O princípio da fraternidade está intrinsecamente ligado aos ideais de solidariedade, igualdade, justiça, cooperação, responsabilidade social e tolerância, desempenhando um papel fundamental na construção de sociedades mais inclusivas, justas e humanas. Ele também está relacionado a outros princípios igualmente importantes, como liberdade e igualdade, na busca por sociedades democráticas e equitativas.

Além disso, a fraternidade é frequentemente associada a movimentos sociais e ações em prol dos direitos humanos e da justiça social, de forma a contribuir para um mundo mais solidário e compassivo. Nessa toada, assume relevância o conceito de governança corporativa, que será estudado no tópico seguinte.

4 GOVERNANÇA CORPORATIVA

A governança corporativa é um sistema de práticas e políticas que orientam o funcionamento e o controle das empresas, tendo como principal objetivo garantir que as organizações sejam gerenciadas de forma eficiente, transparente, responsável e em conformidade com as leis e os regulamentos aplicáveis. Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2015, p. 20), o conceito pode ser definido como:

[...] o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas.

As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

Vale destacar, nesse ponto, o posicionamento de Edson Cordeiro da Silva (2012, p. 30) acerca da eficiência do sistema de governança e sua relação direta com os mecanismos adotados:

Um sistema de governança é considerado eficiente quando existe uma combinação de diferentes mecanismos internos e externos com objetivo de assegurar a tomada de decisões baseada no melhor interesse e com uma visão de geração de valor de longo prazo dos acionistas. Esses mecanismos de governança devem estar presentes em função da existência de três potenciais problemas na cúpula de qualquer empresa: vieses cognitivos, conflitos de interesses e limitações técnicas individuais. Como forma de mitigar os três potenciais problemas apresentados, deve-se, então, estruturar um sistema de governança que combine diferentes mecanismos de incentivo ou controle.

No contexto das empresas transnacionais, a governança desempenha papel vital, haja vista que atua como um facilitador para gerenciar redes de interesses diversos e criar vínculos entre atores com perspectivas distintas. Nesse sentido, Samuel Leite Castelo (2017, p. 292) informa que a boa governança possui como principais diretrizes "eficácia, eficiência, integridade, transparência, responsabilidade, legitimidade, falta de corrupção, estabilidade, participação, capacitação, coordenação, justiça social, equidade e sustentabilidade ambiental e social dos impactos", tendo como finalidade melhorar a gestão a partir do desenho de processos para tomada de decisões, seja por parte dos governos ou de empresas.

Nesse sentido, a governança corporativa é fundamental na manutenção da confiança dos investidores, na gestão eficaz das empresas e na promoção da transparência e responsabilidade, além de evitar conflitos de interesse, má administração e práticas comerciais antiéticas, contribuindo para o sucesso a longo prazo das empresas e para a proteção dos interesses de todas as partes envolvidas, além de transmitir uma boa imagem no que diz respeito à sua divulgação comercial.

A governança não apenas facilita a colaboração entre setores públicos e privados, acadêmicos e a sociedade civil, mas também promove a transparência e responsabilidade, elementos-chave para assegurar os direitos transindividuais, independentemente do país que a empresa atua, trazendo como consequência o desenvolvimento sustentável.

Desta feita, pautar a atuação das empresas transnacionais na fraternidade, na governança corporativa e em seus correlatos é uma forma de garantir a manutenção do capitalismo, adequando-o a uma roupagem menos agressiva no que tange à busca pelo lucro, garantindo que as práticas adotadas pelas empresas sejam uma via de mão dupla, ao também promover a responsabilidade socioambiental e a efetivação dos Direitos Humanos.

5 RESPONSABILIDADE HUMANISTA DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

A responsabilidade humanista das empresas transnacionais se refere à obrigação ética e moral dessas empresas de considerar e promover o bem-estar humano em todas as suas operações globais. Essa responsabilidade ultrapassa o mero cumprimento de leis e regulamentos e implica um compromisso voluntário de agir de maneira socialmente responsável, ética e sustentável em relação às pessoas, comunidades e sociedades afetadas por suas atividades:

O conceito de responsabilidade social empresarial está relacionado a diferentes ideias. Para alguns ele está associado à ideia de responsabilidade legal; para outros pode significar um comportamento socialmente responsável no sentido ético; e, para outros, ainda, pode transmitir a ideia de contribuição social voluntária e associação a uma causa específica. Trata-se de um conceito

complexo e dinâmico, com significados diferentes em contextos diversos. Portanto, não é possível estabelecer um manual para as empresas visando adotar práticas para uma gestão socialmente responsável, sem antes compreender a sua evolução e dinâmica (BORGER, 2001, p. 15).

Trata-se, em verdade, de uma ampliação de preceitos como a filantropia empresarial e a função social da empresa, de forma a consagrar princípios como o da fraternidade e da dignidade da pessoa humana, como apontam Benacchio e Oliveira (2017, p. 14):

Diversamente de outros tempos, não há que se falar mais em função social da empresa apenas voltada à geração de empregos e pagamento de tributos, mas também, devem as empresas buscar o desenvolvimento econômico e tecnológico nacional e o respeito aos Direitos Humanos.

Insta recordar que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer sobre os interesses patrimoniais, haja vista a atividade econômica ser exercida não só com foco no acúmulo desenfreado de riquezas, mas também para servir a sociedade e buscar assegurar uma existência digna ao ser humano

Como afirmam Oliveira e Gunther (2021, p. 41), no Brasil, a “responsabilidade social da empresa contempla ações que, a rigor, não configuram espécie de obrigação disciplinada pelo ordenamento jurídico”. Nessa seara, para que de fato ocorra a responsabilidade humanista das empresas, enquanto não surjam normas de caráter vinculante, é imprescindível, para o êxito desse intento, a observância aos direitos humanos em todas as operações das empresas transnacionais, em conformidade com padrões internacionais, mesmo que sejam normativas de caráter não vinculante, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, estes aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU no ano de 2011. Incluem-se nesse contexto, por exemplo, condições de trabalho seguras e justas, não discriminação, liberdade de associação, defesa do meio ambiente, combate à corrupção, entre outros.

Saindo do preceito básico, passa-se a compreender formas pelas quais as empresas transnacionais, ante sua grandeza, podem gerar impacto social positivo,

contribuindo para as comunidades onde operam, não se limitando ao seu ambiente interno. Exemplo disso são investimentos em educação, saúde, desenvolvimento de habilidades, geração de empregos e programas de responsabilidade social corporativa (RSC), que visam melhorar a qualidade de vida das pessoas locais, mesmo àquelas sem vinculação direta com a empresa promotora destas ações.

Outro ponto que tem ganhado destaque quanto à responsabilidade empresarial é a sustentabilidade e a preservação ambiental. No caso de uma grande organização responsável por demasiado prejuízo ao meio ambiente com sua operação, é justo esperar dela determinada parcela de contrapartida, no sentido de minimizar impactos adversos no meio ambiente, reduzindo emissões de carbono e conservando recursos naturais, por exemplo.

Pode-se notar que o princípio da fraternidade e a governança corporativa, ambos anteriormente abordados, permeiam as medidas que vêm sendo exigidas pelas empresas transnacionais perante a sociedade, auxiliando na supressão do dogma de que o cuidado socioambiental deve partir exclusivamente do Poder Estatal.

Nesse aspecto, vale ressaltar os chamados direitos humanos de terceira dimensão, que têm como base a fraternidade e a solidariedade, cuja finalidade é garantir os interesses difusos e coletivos, consubstanciados nos interesses transindividuais, ou seja, transcendem as esferas individual e privada da pessoa para atingir uma gama indeterminada ou indeterminável de indivíduos. Referem-se, por exemplo, ao meio ambiente saudável, direito ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação.

Os direitos de terceira dimensão surgem no contexto do Estado democrático e social de direito, ultrapassando a visão individualista, superando a dicotomia existente entre o público e o privado, fazendo com que a tutela dos direitos atinja um caráter difuso (MATOS; FEDERIGHI, 2016, p. 102).

Ademais, promover a responsabilidade humanista nas empresas transnacionais não apenas contribui para o bem-estar das comunidades locais e da sociedade em geral, mas também pode resultar em benefícios para as próprias empresas.

Todavia, o perfil de uma empresa que somente visa lucro já não é mais aceitável no atual contexto histórico. A sociedade já não mais aceita com bons olhos esse tipo de conduta empresarial, o que faz surgir uma ideia de responsabilidade social da empresa, com o intuito de amenizar os reflexos negativos no meio ambiente, nas relações trabalhistas, consumeristas e fiscais, revelando-se, enfim, como uma questão relevante à sociedade como um todo (CUNHA; DOMINGOS, 2011, p. 145).

Uma atuação social benéfica impacta diretamente na construção de uma reputação positiva, no aumento da lealdade do cliente, na atração e retenção de talentos e na minimização de riscos legais e regulatórios. Portanto, a adoção de uma abordagem humanista na operação de organizações transnacionais torna-se, em muitas das vezes, uma prática extremamente proveitosa para a própria empresa, razão pela qual esse humanismo vem sendo enraizado na nova forma de fazer negócios.

6 CONCLUSÃO

Com a ascensão das empresas transnacionais e seu conseqüente impacto em fatores como política, sociedade e meio ambiente, essas organizações tornaram-se verdadeiras potências não sujeitas a limites territoriais, o que, conseqüentemente, levanta preocupações acerca da sua forma de existir no mundo físico, jurídico e social.

Apesar da inicial resistência empresarial, é incontestável que grandes organizações - algumas, inclusive, maiores que determinados Estados - possuem responsabilidade perante o meio ao qual estão inseridas, principalmente considerando o quanto usualmente se beneficiam desse meio.

Nesse cenário, claramente, a intersecção entre a governança corporativa, o princípio da fraternidade e a responsabilidade humanista das empresas transnacionais não é apenas um conceito teórico, mas uma necessidade premente em um mundo cada vez mais interconectado. Diante da complexidade e do alcance global das operações dessas organizações, a busca por uma atuação humanista não

é apenas louvável, mas se torna essencial para a construção de uma sociedade mais justa, equitativa e sustentável.

A compreensão de que as empresas transnacionais são agentes que transcendem fronteiras nacionais não apenas no aspecto econômico, mas também no político e social, coloca sobre elas uma responsabilidade maior. Essa responsabilidade vai além do cumprimento das leis e regulamentos; trata-se de um compromisso ético e moral de considerar o impacto de suas atividades em todos os níveis da sociedade.

A articulação entre a governança corporativa, que visa a uma gestão transparente e responsável, o princípio da fraternidade, que preconiza a solidariedade e o respeito mútuo, e a responsabilidade humanista das empresas transnacionais, que busca o bem-estar humano em suas operações globais, representa um caminho para alinhar os interesses econômicos com as necessidades sociais e ambientais. Esse alinhamento não é apenas uma evolução do modo como as empresas conduzem seus negócios; é uma mudança fundamental no paradigma do capitalismo.

Portanto, é imperativo que as empresas transnacionais adotem hoje uma abordagem mais humanista em suas práticas, garantindo não apenas sua própria longevidade e sucesso, mas também contribuindo positivamente para a sociedade, para o meio ambiente e para a promoção dos direitos humanos em escala global. O Capitalismo Humanista surge como uma resposta a esse desafio, redefinindo o propósito das organizações e enfatizando a importância de contribuir para o bem-estar coletivo. Por intermédio desse compromisso é possível vislumbrar um futuro mais justo e sustentável para todos.

7 REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico**. Petrópolis: KBR, 2011.

BENACCHIO, Marcelo; OLIVEIRA, Jeferson Sousa. Responsabilidade social das empresas: Considerações sobre a humanização do capital. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 01 – 16, Jan/Jun. 2018.

_____. Globalização e estado: Considerações sobre a humanização do Direito Econômico. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**. Brasília, v. 3, n. 1, p. 74 – 89, Jan/Jun. 2017. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/6160/809f4985408191e5910ff74fd4f76aa81fda.pdf>. Acesso em: 12 out. 2023.

BENACCHIO, Marcelo. Empresa e direitos humanos. In: JORGE, André Guilherme Lemos *et al.* **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: UNINOVE, 2019, p. 24-28. Disponível em: http://docs.uninove.br/arte/pdfs/Livro_Direito_2019_verbetes_26022019.pdf. Acesso em: 12 nov. 2023.

BORGER, Fernanda Gabriela. **Responsabilidade Social**: Efeitos da atuação social na dinâmica empresarial. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-04022002-105347/publico/RSEFGB.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

CASTELO, Samuel Leite *et al.* Governança pública e performance: uma revisão sistemática de literatura. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 289-319, jul/dez, 2017.

CRETELLA NETO, José. **Empresa transnacional e direito internacional**: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA, Leandro Reinaldo da; DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. A responsabilidade da empresa como garantia do desenvolvimento econômico e social. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides. (coord.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**: seu resgate no sistema de Justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do Estado Nacional. **Revista de Administração de Empresas**, v. 40, n. 2, p. 38-50, abr-jun, 2000. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rae/article/view/37692/36439>. Acesso em: 17 nov. 2023.

IBGC, Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4382648/mod_resource/content/1/Livro_Codigo_Melhores_Praticas_GC.pdf. Acesso em: 08 out. 2023.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria constitucional. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, jul. 2009. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31081>. Acesso em 6 nov. 2023.

MATOS, Leonardo Raphael Carvalho de; FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. As teorias comparadas da função social da empresa. In: BENACCHIO,

Marcelo (Coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2016. p. 95-126. Disponível em <http://docs.uninove.br/arte/email/pdf/Livro-CNPQ.pdf>. Acesso em: 18 out. 2023.

NALINI, José Renato. Ética empresarial. In: JORGE, André Guilherme Lemos *et al.* **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, p. 221-227. Disponível em: http://docs.uninove.br/arte/pdfs/Livro_Direito_2019_verbetes_26022019.pdf. Acesso em: 12 nov. 2023.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; GUNTHER, Luiz Eduardo. Responsabilidade social da empresa, pandemia e o direito brasileiro entre liberdade e solidariedade. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Encontro Virtual, v. 7, n. 2, p. 39-57, Jul/Dez. 2021.

SILVA, Edson Cordeiro. **Governança Corporativa nas Empresas**: Guia Prático de Orientação para Acionistas, Investidores, Conselheiros de Administração e Fiscal, Auditores, Executivos, Gestores, Analistas de Mercado e Pesquisadores. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

8. OS ENTRAVES DO DECRETO Nº 9.199/2017 EM FACE DA LEI DE MIGRAÇÃO



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-08>

Iriana Maira Munhoz Salzedas¹

INTRODUÇÃO

A migração não é um fenômeno contemporâneo, ao contrário é algo inerente à natureza humana, pois desde a antiguidade os povos sempre estiveram em movimento, logo as migrações podem se dar por diversos motivos, como fugir de guerras, catástrofes ambientais, ou por simplesmente almejar uma vida nova em outro país, por razões econômicas entre outras.

Neste contexto, o presente trabalho tem como objetivo apresentar uma reflexão sobre o tema migração, uma vez que apesar dos avanços alcançados pelo Brasil com a Lei 13.445/17, o Decreto 9.199/17 que tinha por escopo regulamentá-la trouxe inovações não previstas na referida lei, logo além de não cumprir com seu papel, acabou por inserir um maior grau de dificuldade na regulamentação dos migrantes que chegam ao Brasil.

Portanto, é tempo de contribuirmos de forma eficaz no recebimento e regulamentação do fluxo migratório, principalmente pelo momento que o mundo está vivenciando com a guerra na Ucrânia e no Oriente Médio.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES CRONOLÓGICA DA MIGRAÇÃO

No final do século XV os movimentos migratórios intensificaram-se, principalmente com o surgimento e a ampliação de fluxos comerciais ao longo da

¹Doutoranda em Direito (UNINOVE). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Graduada em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Procuradora do Município. Coordenadora e Professora do curso de Direito da FMR (UNINOVE).

costa africana e asiática e o início do processo de colonização do continente americano².

A partir do século XIX, o desemprego, fome e guerras, fizeram com que milhões de europeus deixassem sua terra natal rumo à América, África Austrália e Nova Zelândia (calcula-se que tenham sido mais de 40 milhões). No mesmo período milhões de asiáticos, principalmente chineses, tomaram o mesmo destino.³

As correntes migratórias permanecem intensas, seja por motivos econômicos, climáticos ou por conflitos/perseguições étnicas, políticas ou religiosas.⁴ Atualmente a guerra vivenciada pela Ucrânia e Oriente Médio, é o maior exemplo de fluxo migratório que o mundo vivencia.

A globalização influenciou a migração, uma vez que o impulso para mudar de país encontra-se fortalecido tanto pelo transporte intercontinental, quanto pelo maior conhecimento sobre o mundo, o que facilitou os deslocamentos para regiões mais distantes.⁵

O histórico das leis de migração começa no período do Império e inicia a República Velha, quando começou a se intensificar o combate à imigração de algumas etnias (negros, asiáticos e indígenas), dando-se preferência pela imigração europeia (ideias de branqueamento racial).⁶

Após esse período, entre o primeiro governo Vargas (1930-1945) e o regime militar (1964-1985) ocorreram vários momentos de maior repressão em nossa política migratória, como⁷:

- 1930: Decreto que restringia a entrada de imigrantes;
- 1932: Decreto renovado, desta vez proibindo totalmente a imigração;
- 1934: Decretos que criaram regime de cotas para a imigração;

² LIMA. Denise Jupi; CAMPANINI. Pedro Reinaldo. **A necessidade de controle por parte do Congresso Nacional sobre o Decreto nº 9.199/2017 que regulamenta a Nova Lei de Migração**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/titulo-a-necessidade-de-controle-por-parte-do-congresso-nacional-sobre-o-decreto-n-9-199-2017-que-regulamenta-a-nova-lei-de-migracao/> . Acessado em 26/10/23.

³ Idem, p. 02

⁴ Idem, p. 02

⁵ Idem, p. 02

⁶ Idem, p. 03

⁷ Idem, p. 04

– 1935: a utilização da Lei de Segurança Nacional para expulsar e aumentar restrições à entrada de estrangeiros “indesejáveis”.

Após a 2ª Guerra Mundial de forma tímida o Brasil iniciou a abertura para imigração, firmando acordos com a ONU para receber refugiados, que dependiam da aprovação do governo. Neste período se buscava um perfil específico de imigrantes, ou seja, trabalhadores para cooperarem com o desenvolvimento do país.

Nessa esteira, diversos tratados internacionais se destacam na proteção aos imigrantes, vejamos:

- Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias

- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

- Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951

- Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (adesão do Brasil em 1992).

- Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969;

- Pacto Global sobre Migração Segura, Organizada e Regular

O Brasil na ditadura militar (1964-1985), passou a restringir as migrações, se afastando dos tratados internacionais protetivos de direitos humanos, passando a impedir migrações internacionais e a chegada de refugiados, tendo como fundamento a segurança nacional.

Neste contexto foi criado o Estatuto do Estrangeiro em 1980, nesta época o Brasil era governado pelo general João Batista, que apresentava como ideal a segurança nacional, todavia a real pretensão do Estado era impedir a entrada de imigrantes no país.

2. COMENTÁRIOS SOBRE A LEI 6.815/80 - ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

O antigo Estatuto do Estrangeiro tratava o não nacional como uma ameaça aos brasileiros e à imigração como uma questão de segurança nacional. O artigo 2º do antigo Estatuto do Estrangeiro previa que na aplicação da lei atenderia

precipuaente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil e à defesa do trabalhador nacional⁸.

O art. 3º do Estatuto, acrescentava que [...] “a concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais.”

Este dispositivo deu um sentido ainda mais discriminatório para concessão, transformação e prorrogação do visto, quando prevê que estes sempre serão condicionados aos interesses nacionais.

A pergunta é quais seriam esses interesses nacionais? Para essa pergunta não há resposta, uma vez que a regra era discricionária, portanto mais uma porta se abre para as discriminações perante aos imigrantes.

A Lei 6.815/80 estipulava uma burocracia complexa para os imigrantes, sem estabelecer direitos, apenas regulava a imigração, a deportação e a extradição.

O art. 106 do Estatuto restringia à liberdade dos imigrantes no território brasileiro, sendo considerados como pessoas inferiores em comparação com os cidadãos brasileiros.

Na mesma esteira, o art. 107 do referido diploma, que lesava os direitos civis dos imigrantes, pois os proibiam de exercerem atividades políticas, ou seja, não poderiam interferir nos assuntos internos do Brasil.

Nesta esteira, não fica difícil concluir que as normas apresentadas pela Lei 6.815/80 eram incompatíveis com o ideal de um país democrático de direito. Ademais, essas normas conflitavam com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, bem como com os princípios e garantias estabelecidos na CF/88.

Portanto, a política migratória no Brasil vivia o paradoxo de conviver com um marco regulatório baseado na segurança nacional em plena ordem democrática⁹.

⁸ MENDES. Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro. **A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/m857phqNWZFzQDZ8vqhLDLM/>. Acessado em 27/10/2023.

⁹ OLIVEIRA. Antônio Tadeu Ribeiro de. **Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças**. REBEP – Revista Brasileira de Estudos de População, Belo Horizonte, v.34, pág.173.

Com a chegada numerosa de imigrantes e refugiados em condição de vulnerabilidade ao Brasil, as leis migratórias vigentes se tornaram ineficazes para inserção social e econômica destes imigrantes no país.

A partir de então o Brasil sentiu a necessidade de novos regulamentos para os imigrantes, no entanto foi preciso anos de luta para que fosse sancionada a Lei Migratória, que teve a participação da sociedade civil organizada. A Lei nº 13.445/2017 foi considerada um progresso sobre o tema, uma vez que o antigo Estatuto tratava o imigrante de forma discriminatória.

3. PRINCIPAIS INOVAÇÕES DA LEI nº 13.445/17

A Lei nº 13.445/2017 denominada Lei de Migração revogou expressamente a Lei nº 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro). A nova lei começou extinguindo a nomenclatura "estrangeiro", aderindo a terminologia migrante e visitante, ficando em conformidade com a defesa dos direitos humanos. O legislador teve como objetivo ao utilizar os termos migrantes e visitantes conceder um maior acolhimento para o não nacional.

A nova Lei de Migração trouxe novos princípios e diretrizes que devem reger a política migratória, em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com tratados internacionais de que o Brasil é signatário, como: universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; não criminalização da migração; não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; promoção de entrada regular e de regularização documental; acolhida humanitária; desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; observância do disposto em tratados; e etc.¹⁰

O art. 3º da Lei nº 13.445/2017, prevê novos princípios e diretrizes da política migratória no Brasil, objetivando a desburocratização da regularização dos

¹⁰MENDES. Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro. **A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/m857phqNWZFzQDZ8vqhLDLM/> . Acessado em 27/10/2023.

imigrantes no país, bem como passou assegurar a acolhida humanitária, o desenvolvimento econômico, a garantia do direito à reunião familiar, igualdade de tratamento e inclusão social e laboral, por meio de políticas públicas.

A nova lei também estabelece categorias de vistos para o ingresso e permanência no Brasil, dos quais inova-se com o visto de acolhida humanitária a apátridas e migrantes em países no qual ocorre uma "situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário", tendo sido aplicada aos nacionais da Síria, Haiti, Afeganistão e, mais recentemente, da Ucrânia e do Oriente Médio (Guerra entre Israel x Hamas)¹¹.

Ainda, promove o acesso igualitário de imigrantes aos serviços públicos como, programas e benefícios sociais, educação, assistência jurídica integral pública, emprego, moradia, seguridade social, bem como extingue a deportação e a extradição por crimes políticos ou de opinião. Por fim, preserva e garante o direito à mobilização política em protestos e o direito à organização e associação sindical, antes vetados pelo Estatuto do Estrangeiro¹².

Como vimos a Lei nº 13.445/2017 caminhou em prol da evolução dos direitos aos imigrantes e refugiados, todavia o Decreto 9.199/2017 surge como entrave na renovação legislativa migratória, conforme analisaremos no próximo tópico.

4. ENTRAVES CRIADOS PELO DECRETO 9.199/17

O Decreto 9.199/2017 criado para regulamentar a Lei nº 13.445/2017 ao invés de servir como esclarecimento de procedimentos específicos para a execução da lei, acabou por contrariar a própria legislação ao retroceder em diversos tópicos que vinham sendo discutido amplamente pela sociedade civil organizada. Dentre estas contrariedades, está a confusão entre a justiça criminal e migratória que permanece ao se restringir o direito de migrar pela exigência da comprovação da ausência de

¹¹ SERRA. Caio. **A Lei de Migração e o Decreto de regulamentação: entraves e desafios**. Site Migra Mundo Equipe. Disponível em: <https://migramundo.com/a-lei-de-migracao-e-o-decreto-de-regulamentacao-entraves-e-desafios/>. Acessado em 30 out.2023.

¹² Idem.

antecedentes penais e condenação penal prévia para a obtenção da autorização de residência¹³.

Além disso, o Decreto preserva uma terminologia antiquada, como o termo “imigrante clandestino”, que apresenta resquícios da criminalização do migrante outrora presente no Estatuto do Estrangeiro.¹⁴

O Decreto também não se preocupou em regulamentar os prazos e documentações necessárias para emissão dos vistos humanitários, sendo necessárias Portarias para regularizar situações específicas, o que gera insegurança jurídica, haja vista que situações iguais podem ser disciplinadas de formas distintas.

Convém ressaltar, que a Lei nº 13.445/2017 contou com a participação da sociedade civil e do meio político; já o Decreto não deu margem a discussão junto a sociedade, gerando opacidade em seu processo de regulamentação, porém pior que a opacidade, foi o descaso do governo federal em não coibir que um decreto viesse contrariar uma lei.

Regulamentar a lei significa jamais desvirtuar seu núcleo, pois o poder regulamentar decorre da edição de ato normativo secundário, dependente da lei anterior, ou seja, o decreto editado não pode ter outra função que não seja dar àquela operacionalidade. Assim, quando houver excesso no poder regulamentar, seja contra a lei ou fora da lei, a ordem constitucional permite invocar não apenas o controle jurisdicional do ato, mas também a atuação pelo Poder Legislativo, na forma prevista no artigo 49, V, que pode se mostrar eficaz e célere.¹⁵

Após essas breves considerações vamos analisar algumas contradições apresentadas pelo Decreto nº 9.199/17.

O art. 27 - O visto não será concedido:
(...)

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

¹⁵ LIMA. Denise Jupi; CAMPANINI. Pedro Reinaldo. **A necessidade de controle por parte do Congresso Nacional sobre o Decreto nº 9.199/2017 que regulamenta a Nova Lei de Migração**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/titulo-a-necessidade-de-controle-por-parte-do-congresso-nacional-sobre-o-decreto-n-9-199-2017-que-regulamenta-a-nova-lei-de-migracao/>. Acessado em 27/10/2023.

IV - a quem, no momento de solicitação do visto, comportar-se de forma agressiva, insultuosa ou desrespeitosa para com os agentes do serviço consular brasileiro.

Esse artigo apresenta um autoritarismo, que nos remete ao antigo Estatuto que sustentava o ideal da segurança nacional, sem apresentar quais eram os interesses assegurados, o mesmo ocorre com o Decreto ao impor uma subjetividade na interpretação dos agentes consulares perante a conduta do solicitante, podendo este dispositivo abrir margem a práticas discriminatórias por parte do Estado. Logo, esse artigo está na contramão da Lei Migratória, que dispõe em seu art. 3º o repúdio a quaisquer formas de discriminação e criminalização da migração.

O art. 34 do Decreto trata do visto temporário para pesquisa e extensão, exigindo em seu § 1º para concessão do visto a comprovação de oferta de trabalho. Este artigo nos leva ao art. 14 da Lei de Migração, que dispõe das hipóteses em que poderá conceder o visto temporário ao imigrante que venha ao Brasil com o objetivo de estabelecer residência por tempo determinado.

Ocorre que o § 1º do art. 14 da lei migratória, dispõe que:

Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:

[...]

§1º O visto temporário para pesquisa, ensino ou extensão acadêmica poderá ser concedido ao imigrante com ou sem vínculo empregatício com a instituição de pesquisa ou de ensino brasileira, exigida, na hipótese de vínculo, a comprovação de formação superior compatível ou equivalente reconhecimento científico. (grifo nosso).

Portanto, o art. 34, § 1º, do Decreto, faz uma exigência que não está prevista na Lei nº 13.445/2017, aumentando a dificuldade para obtenção do visto temporário aos imigrantes que pretendem desenvolver pesquisa, ensino ou extensão acadêmica no país.

O art. 14, inciso I, alínea c, parágrafo 3º, da Lei de Migração trata do visto temporário com finalidade de acolhida humanitária. A normatização deste assunto era esperado e teve destaque da nova lei, tendo em vista o cenário de migração que há tempos estamos vivenciando.

No entanto, a Lei nº 13.445/2017 deixou para o Decreto regulamentar outras hipóteses de concessão para o visto humanitário, porém além de não regulamentar, o decreto ainda burocratizou o procedimento, pois de acordo com este as condições, prazos e requisitos, dependerá de um ato conjunto dos ministros de Estado da Justiça e Segurança Pública, das Relações Exteriores e do Trabalho. Apenas com essa regulamentação é que será possível avaliar o instituto na prática¹⁶.

Nesse caso, tais procedimentos podem atrasar ou burocratizar a concessão dos vistos. Tal se dá porque, nos termos da expressão “para os nacionais ou os residentes de países ou regiões nele especificados”, abre-se a possibilidade de cerceamento da concessão do visto tão somente aos casos previstos no caput do art. 36, citados anteriormente, o que vai de encontro ao princípio da acolhida humanitária, estabelecido no art. 3º, VI da Lei de Migração, que não comporta restrições¹⁷.

Aqui, cabe menção ao brilhante voto da ministra Rosa Weber ao indeferir o pedido formulado pelo governo de Roraima para fechar temporariamente a fronteira com a Venezuela e para limitar o ingresso de refugiados venezuelanos no Brasil, dizendo que:

A utilização indiscriminada de medidas voltadas a restringir migrações irregulares pode acabar privando indivíduos não apenas do acesso ao território, mas do acesso ao próprio procedimento de obtenção de refúgio no Estado de destino, o que poderia, a depender da situação, configurar, além de descumprimento do dever de proteção assumido internacionalmente, ofensa à

¹⁶ MENDES. Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro. **A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/m857phqNWZFzQDZ8vqhLDLM/> . Acessado em 27/10/2023

¹⁷ SILVA. Kátia Gomes. O efeito da lei de migração sobre o estatuto do estrangeiro: a humanização da condição jurídica do estrangeiro. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/59006/o-efeito-da-lei-de-migrao-sobre-o-estatuto-do-estrangeiro-a-humanizacao-da-condio-juridica-do-estrangeiro>. Acessado em 27/10/2023.

cláusula constitucional asseguradora do devido processo legal, artigo 5º, LIV, da CF. (0069076-95.2018.1.00.0000, Ação Cível Originária. Origem: RR – Roraima, Relator: Min. Rosa Weber, Relator do último Incidente: Min. Rosa Weber (ACO-TPI).

Além, desses apontamentos no presente trabalho, o Decreto traz outras situações incompatíveis com a Lei de Migração, como o art. 172, que usa as nomenclaturas “imigrante impedido” e “imigrante clandestino”, reforçando o estigma do migrante em situação irregular.

Os artigos 192 e 195 do Decreto trata das medidas de retirada compulsória, e apresentam uma terminologia não prevista na Lei nº 13.445/2017, que é o Inquérito Policial de Expulsão, inserindo um viés de criminalização da migração e imputando natureza penal em um processo eminentemente administrativo.

E por fim, o art. 211 do referido decreto também merece comentários, ao tratar da possibilidade de prisão ou outra medida cautelar, por solicitação da Polícia Federal, de imigrantes em situação de emergência, o que é inaceitável, pois apenas a lei em sentido estrito, pode dispor sobre matéria penal e processo penal, não permitindo que qualquer outra espécie normativa discipline o assunto.

Esses apontamentos são apenas a ponta do iceberg, quando o assunto é migração e o Decreto 9.199/2017, apesar do Brasil ter engatinhado no contexto da evolução das normas migratórias, existe muito por discutir e normatizar o tema, que nunca foi tão relevante, tendo em vista a guerra da Ucrânia e do Oriente Médio.

Por fim, se faz necessário o retorno do Brasil ao Pacto Global para Migração, da Organização das Nações Unidas (ONU), para a reafirmação do país com seu compromisso em garantir a migração segura, ordenada e regular aos indivíduos que se deslocam ao território¹⁸.

Nossos desafios em busca de melhores condições aos migrantes, apenas começaram devendo a comunidade política e a sociedade civil se unirem não só para garantir uma melhor legislação, mas sobretudo para efetivar políticas públicas

¹⁸ SERRA. Caio. **A Lei de Migração e o Decreto de regulamentação: entraves e desafios**. Site Migra Mundo Equipe. LINK:<https://migramundo.com/a-lei-de-migracao-e-o-decreto-de-regulamentacao-entraves-e-desafios/>. Acessado em 30 out.2023

relacionadas a saúde, educação e assistência social dos migrantes que chegam ao país em extrema vulnerabilidade, logo a disposição de lei sem políticas públicas não passa de um papel em branco.

CONCLUSÃO

A migração sempre fez parte da vida do ser humano. Os motivos que levam a migração são diversos, como por exemplo, a busca de condições de vida melhores, catástrofes ambientais, guerras, entre outros.

Neste cenário a Lei 13.445/17, trouxe importantes avanços sobre o tema, começando pela varredura do termo "estrangeiro", aderindo a terminologia migrante e visitante, tendo como objetivo conceder um maior acolhimento para o não nacional.

A nova Lei de Migração prevê novos princípios e diretrizes que estão em conformidade com a Constituição Federal de 1988 e com tratados internacionais de que o Brasil é signatário, logo os migrantes estão assegurados de quaisquer formas de discriminação e repúdio.

No entanto, nem tudo são flores, pois o Decreto 9.199/17, que teria um papel importante na regulamentação da Lei 13.445/17, se desvirtuou da sua função, ensejando situações não previstas na lei, aumentando o grau de dificuldade na regularização dos migrantes no Brasil.

Portanto, como vimos inúmeras são as correções que devem ser efetivadas em face do Decreto 9.199/17 para que a Lei 13.445/17, atinja seu objetivo, porém, apesar da legislação ter importante função nesta luta, a mudança de postura do Estado e da sociedade são necessárias para colocar em prática políticas públicas que minimizem a vulnerabilidade dos migrantes.

REFERÊNCIAS

BORGES. Rosa Maria Zaia; NOGUEIRA. Leticia Alves. A Nova Lei de Migração Brasileira e o Decreto de Regulamentação nº 9.199/2017: UM Obstáculo para a Efetivação dos Direitos Fundamentais ao Imigrante. Link: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/28292>

FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FRANCO. Thalita Leme. Tese de doutorado: Desafios da regulamentação da Lei de Migração brasileira, aprovada em janeiro de 2020. Link <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-31032020-124608/pt-br.php>

GOMES, J. F. Nova Lei de Migração Brasileira: Análise dos avanços face ao Estatuto do Estrangeiro e das dificuldades postas pelos vetos presidenciais. In: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin (Org.). Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento Vol. II. Curitiba: JML, 2018. p. 13.

LIMA, Denise Jupi de. A necessidade de controle por parte do Congresso Nacional sobre o Decreto nº 9.199/2017 que regulamenta a Nova Lei de Migração. Link: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/titulo-a-necessidade-de-controle-por-parte-do-congresso-nacional-sobre-o-decreto-n-9-199-2017-que-regulamenta-a-nova-lei-de-migracao/>

MENDES. Aylle de Almeida. A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrante. Link: <https://www.scielo.br/j/seq/a/m857phqNWZFzQDZ8vqhLDLM/?lang=pt#>

SERRA. Caio. A Lei de Migração e o Decreto de regulamentação: entraves e desafios. Site Migra Mundo Equipe. Publicado em 30 de maio de 2022. LINK:<https://migramundo.com/a-lei-de-migracao-e-o-decreto-de-regulamentacao-entraves-e-desafios/>.

SILVA. Katia Gomes da; VIDO. Lucas Fernandes de Moraes; SANTOS. Aparecido Rônison dos. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. Link: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/59006/o-efeito-da-lei-de-migrao-sobre-o-estatuto-do-estrangeiro-a-humanizao-da-condio-jurdica-do-estrangeiro>. Acessado em 28 out.23.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. REBEP – Revista Brasileira de Estudos de População, Belo Horizonte, v.34, n.1, jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171#B14. Acesso em: 10 abr. 2021.

9. O FEDERALISMO DAS REGIÕES DE PAULO BONAVIDES: UM FEDERALISMO FRATERNAL

FEDERALISM OF THE REGIONS BY PAULO BONAVIDES: A FRATERNAL FEDERALISM



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-09>

*Willis Santiago Guerra Filho*¹

*Paola Cantarini Guerra*²

*Edna Raquel Hogemann*³

Em memória de Mestre Paulo Bonavides

SUMÁRIO:1. Introdução 2. A erradicação das desigualdades regionais por obra do poder executivo e dos órgãos regionais de desenvolvimento; 3. Por um federalismo pautado pelo princípio constitucional da fraternidade; 4. Conclusões; 5. Referências; 6. Anexo.

1 INTRODUÇÃO

A Região Nordeste, que enfrentou calamidades cíclicas provocadas pelo fenômeno das secas, apesar de outrora bastante influente, sofreu um extremo declínio após o insucesso de medidas administrativas efêmeras. A partir da realidade nordestina, foram introduzidos dispositivos nas Constituições de 1934 e 1946 de

¹ Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Email willis.filho@unirio.br.

² Doutora em Direito, em Filosofia (PUC-SP) e em Filosofia do Direito (Unisalento, It.) Pesquisadora do IEA/projeto UAI, e em pós-doutorado na USP/R. Email paolacantarini@gmail.com.

³ Pós-Doutora em Direito (UNESA), doutora e mestre em Direito (UGF). Especialista em Bioética pela Cátedra em Bioética da UNESCO. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professora associada, permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Decana do Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e de Administração, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro da International Alliance of Jurists and Economists (France). Coordenadora do Grupo Direitos Humanos e Transformação Social (CNPq). edna.r.hogemann@unirio.br.

evidente teor regional com o fim de enfrentar os efeitos daquela tragédia em terreno constitucional.

As Regiões se tornaram objetos de preocupações de ordem institucional na esfera constitucional. Porém, em seus conteúdos normativos a “Questão Nordestina” foi ignorada pelo constitucionalismo de fachada, outorgado pela ditadura militar. A Constituição de 1988 fez reemergir a importância que assumem as Regiões no contexto econômico, político, social e jurídico do País. Ela avança quando: no art. 3º, III coloca o problema das Regiões e do bem-estar social no patamar de princípio constitucional, que, combinado com o art. 5º, § 2º, é considerado um direito e garantia fundamental; e no art. 43, dispositivo longo dedicado exclusivamente às Regiões. A constitucionalização administrativa das Regiões deve ser considerada como significativo passo para vencer o atraso e os obstáculos ainda existentes, que impedem a Federação brasileira de incorporar as Regiões na estrutura do seu sistema associativo.

Houve uma enorme inovação quando se introduziu formalmente o Município na Federação, como reza o art. 1º, da Constituição Federal. A abertura regionalista da Constituição de 1988 dá alento à esperança de que em futuro não distante possam-se remover os obstáculos que tem retardado uma política de desenvolvimento regional, em conexão com o nacional, pois um é ligado ao outro.

As menções da atual Constituição à problemática regional prosseguem com grande relevância nos seguintes dispositivos, com destaques nossos:

“TÍTULO III

Da Organização do Estado

CAPÍTULO II

DA UNIÃO

Art. 21 - Compete à União:

(...)

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

CAPÍTULO III

DOS ESTADOS FEDERADOS

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...)

§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum."

TÍTULO IV

Da Organização dos Poderes

CAPÍTULO I

DO PODER LEGISLATIVO

Seção II

DAS ATRIBUIÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;"

TÍTULO VI

Da Tributação e do Orçamento

CAPÍTULO I

DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Seção II

DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

Seção. VI

DA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

(...)

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

CAPÍTULO II

DAS FINANÇAS PÚBLICAS

Seção II

DOS ORÇAMENTOS

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

(...)

§ 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

(...)

§ 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 1º - Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados:

(...)

II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58."

TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais."

Já no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), originalmente, havia mandamento constitucional (artigo 60, parágrafo único) que impunha às universidades públicas o dever de, nos dez primeiros anos de promulgação da Constituição, descentralizar suas atividades, de modo a estender suas unidades de ensino superior às cidades de maior densidade populacional, sendo com base neste dispositivo que o coautor do presente texto, juntamente colegas da UFC e UFRN, trouxe o primeiro curso de mestrado em Direito para o Rio Grande do Norte. É que nesta época, em princípio dos anos 1990, integrava a coordenação do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, e pode contemplar sugestão do professor Paulo Lopo Saraiva, de se fazer tal extensão, pioneira, de um curso de pós-graduação *stricto sensu* de um estado a outro da Federação. Aliás, trata-se de autor de um dos primeiros trabalhos de fôlego sobre o Federalismo Regional, a obra com este título, publicada em 1982, em São Paulo, pela editora Saraiva. Era também discípulo de Mestre Paulo Bonavides, paraibano como ele, mas atuante naquele Estado vizinho ao Ceará (e à Paraíba), assim como um então jovem professor, igualmente egresso do programa de estudos pós-graduados em Direito da

PUC-SP, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, aqui nesta obra também muito merecidamente homenageado. Esta iniciativa está na origem histórica do que veio a ser os programas de mestrado e doutorado interinstitucionais da Fundação CAPES.

Atualmente, consta ainda o seguinte, no referido dispositivo constitucional:

Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

O espírito da regionalidade, como se vê, impregnou o constituinte de 1987-1988. Mas a Constituição não deu a esse ser, econômico, social e cultural, o reconhecimento político a que ele faz jus em termos de autonomia. Esta situação aponta para um fator de crise e de conflitos que já se percebeu e avultaram naquele espaço regional pela dissolução, em 2001, de órgãos de desenvolvimento regionais, em que pese a reinstituição de alguns mais, posteriormente. É do que se trata com modo mais detalhado a seguir.

2 A ERRADICAÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS POR OBRA DO PODER EXECUTIVO E DOS ÓRGÃOS REGIONAIS DE DESENVOLVIMENTO

As medidas concretas que se tomaram no campo econômico e administrativo com o fim de minorar os efeitos dos desequilíbrios regionais e lograr mais solidez nas estruturas do sistema federativo não alcançaram resultados à altura das expectativas reinantes em distintas épocas republicanas no tocante à solução do referido problema, que ameaça a estabilidade do regime.

A problemática regional só se tornou uma preocupação pública permanente, pelo menos na Região Nordeste, quando o Governo Federal criou, ao fim da primeira década do século passado, a Inspeção de Obras Contra as Secas (IOCS), que, a partir de 1919, passou a se chamar Inspeção Federal de Obras contra as Secas (IFOCS).

A década de 1950 foi, após a criação do Banco do Nordeste, o grande marco histórico, em relação aos problemas nordestinos, os quais costumavam ser tratados pela via assistencialista, emergencial, paliativa e episódica de uma política de governo inconsistente, pois, transcorrido o ciclo das secas, logo caíam no esquecimento.

O problema regional, como visualizado principalmente pelo ângulo econômico, deixava de ser só um problema na Região e da Região para ser também um problema no País e do País, assumindo um caráter nacional, já que não ocupava a consciência governante enquanto questão de uma Região, mas de todas as Regiões. Desse modo, era vista por perspectiva nova as desigualdades regionais e sociais, em que residia a rede nervosa de toda a problemática.

Neste contexto, foi criada a SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste), em 1959, que se destinava a descer às raízes reais do problema, como era o objetivo de seu criador, Celso Furtado. Entretanto, os Presidentes da ditadura militar dele se desviaram, com graves danos para o País e às Regiões. A SUDENE foi o ponto de partida para a reestruturação do sistema federativo. Almejou-se êxito na criação de instâncias regionais de poder autônomo, passando-se do planejamento econômico regional ao planejamento político nacional sobre bases regionais. Poder-se-ia, assim, inaugurar no País um novo federalismo, provavelmente mais sólido e mais conforme à natureza da realidade nacional, com a introdução do federalismo das Regiões. E isso sem supressão dos demais entes autônomos da República Federativa, os Estados-membros e os Municípios (art.1º, *caput*, da CF). Foi precisamente o que defendeu arduamente Mestre Paulo Bonavides, ainda ao tempo de nosso último processo constituinte, sempre tendo em vista a preocupação com o seu, o nosso Nordeste do Brasil – vide os textos coligidos em sua obra *Constituinte e Constituição*⁴.

Na mesma linha de pensamento, para servir à política de desenvolvimento regional, criaram-se outras superintendências: primeiro, a SUDAM (Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia) em 1966; a seguir, a SUDECO (Superintendência

⁴BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea; 2ª. Edição. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará (IOCE), 1987. Cap. 4 – O Federalismo das Regiões (a questão nordestina), p. 367 – 467.

do Desenvolvimento da Região Centro-Oeste) e a SEDESUL (Superintendência do Desenvolvimento da Região Sul), ambas de 1967. Desviadas de suas finalidades radicadas no desenvolvimento e no serviço da redução das desigualdades regionais e sociais, se converteram, por obra da ditadura, em instrumentos estéreis e impotentes para alcançar os objetivos superiores a que estavam destinadas, acabaram sendo extintas, em 2001, por Medidas Provisórias do governo neoliberal de Fernando Henrique Cardoso. De autarquias federais, a SUDENE e a SUDAM passaram a duas Agências inexpressivas e efêmeras: a Agência do Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e a Agência do Desenvolvimento do Nordeste (ADENE). Em 2003, o primeiro governo constitucional de centro-esquerda do Brasil, encabeçado por Luís Inácio Lula da Silva, deu o passo concreto para restaurar os órgãos regionais de desenvolvimento suprimidos na gestão antecedente, assinando e encaminhando ao Congresso Nacional projeto de lei complementar que recria a SUDENE, autarquia especial, administrativa e financeiramente autônoma, integrante do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, assim criada pela Lei Complementar nº 125, de 3 de janeiro de 2007, mas fundada em 1959, como referido, tendo à frente este grande brasileiro que foi Celso Furtado.

No quadro da crise federativa do Brasil, se não houver a integração nacional por via regional, mais uma vez o país ficará condenado a ser um Estado e não uma nação. Aquilo que é uma guerra fiscal de Estados, ou entre Estados, ou entre Estados e a União, poderá com o tempo se transformar numa guerra civil, ou numa eventual alternativa de ditadura feroz, com risco de dissolução do pacto federativo, de quebra da unidade nacional e de destruição do Estado de Direito.

A vontade historicamente unitarista do Poder Central e a frouxidão decaída das autonomias dos Estados-membros se chocam com a vontade regional, que, por não se organizar nem se institucionalizar, faz efervescentes os descontentamentos e as frustrações latentes, provocadoras da crise em curso.

3 POR UM FEDERALISMO PAUTADO PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE

Como vem se afirmando cada vez mais, a fraternidade enquanto consagrada por princípio constitucional e, como pontificou entre nós Mestre Paulo Bonavides, representando uma nova dimensão e maior universalidade dos direitos,⁵ assim dotada de normatividade e força deôntica, traz aporte imprescindível ao aperfeiçoamento político-institucional e ordinária. Sua origem está no vínculo universal que enlaça seres iguais em dignidade, envoltos em complexa teia de solidariedade social, a requerer especial cuidado com os mais necessitados, por respeito a uma ordem pública com teor ético, sem deixar-se reduzir ao subjetivismo moral. Enquanto verdadeira categoria político-jurídica, a fraternidade, princípio jurídico de patamar constitucional o mais elevado, tem o condão de ressignificar a prática democrática, equacionando, junto com o princípio da proporcionalidade, os dois outros princípios maiores que compõem a tríade em que se sustenta o ideal desfraldado pela Revolução Francesa, compatibilizando a igualdade privilegiada pelo socialismo e a liberdade do liberalismo, consolidando-se na fórmula política do Estado Social e Ambiental que é a nossa do Estado Democrático de Direito. Eis como se obtém o mais sólido supedâneo ao desenvolvimento social no sentido mais amplo, com o consórcio de entidades federativas associadas por regiões, irmanadas pelo objetivo comum de realização dos objetivos da República. Eis que o princípio da fraternidade irá assim se tornando intrínseco ao processo de tomada de melhores decisões públicas, bem como cânone hermenêutico e vetor metodológico de primeira grandeza na realização do Direito Fraternal, de que nos fala Eligio Resta e entre nós propala nosso outro homenageado com a presente publicação, Reynaldo Soares da Fonseca⁶.

Repise-se, então, que a incidência do princípio da fraternidade não se daria apenas nas relações interindividuais, como também naquelas coletivas, sociais e

⁵Cf. BONAVIDES, Paulo. **A nova universalidade dos Direitos Fundamentais**. Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 9/10, n. 1/2, 1990/1991.

⁶ RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma: Laterza, 2005; FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade**: seuresgate no sistema de Justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 55.

institucionalizadas, como são, precisamente, os entes federativos. Eis que assim resulta melhor promovida a finalidade pública de realização das diversas esferas de interesses, aqueles particulares e os comuns, assim sociais como públicos, enfrentando da melhor maneira, dentro do que for jurídica e faticamente possível (princípio da proporcionalidade), o grande desafio político-jurídico, de manutenção da unidade política com respeito à autonomia de cada esfera, em face da dispersão territorial, que no caso de nosso País atinge dimensões continentais.

4 CONCLUSÃO: O PARADOXO DA REGIONALIZAÇÃO POLÍTICA NO ESTADO FEDERAL

É mais dificultoso concretizar num país federativo a descentralização regional, em grau político superior, do que num país unitário, onde a tradição, a teoria, os elementos históricos inculcam, de ordinário, a centralização e não a autonomia.

Vigora o paradoxo: o Estado unitário tem favorecido mais as Regiões, em matéria autodeterminativa, do que o Estado Federal. Conforme exposto, em sede constitucional, as Regiões foram mais reconhecidas e aquinhoadas e adquiriram mais poder autônomo no Estado unitário que nas repúblicas federativas.

A globalização a que estamos inseridos é desregionalizante, desestatizante, desnacionalizante e desconstitucionalizante; desfaz a imagem e o perfil do Estado soberano historicamente; do Estado da tradição clássica, que evoluiu para o moderno Estado constitucional, o Estado de Direito, o Estado das liberdades públicas e da separação dos poderes, aquele que, desesperadamente, na contramão da globalização, busca ser também em nossos dias o Estado dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

Mencione-se, outrossim, que na década de 1990 também foi autorizada a criação das Regiões Administrativas Integradas de Desenvolvimento (RIDEs). Constituídas também por Municípios localizados em Estados-membros diferentes, essas regiões econômicas transestaduais têm função primordial de promoção do desenvolvimento econômico local. Dentre elas, assinala-se a Região Administrativa Integrada do Polo Petrolina/PE e Juazeiro/BA composta pelos Municípios de Lagoa Grande, Orocó, Petrolina, Santa Maria da Boa Vista, Casa Nova, Curaçá, Juazeiro,

Sobradinho e consubstanciada através da Lei Complementar n. 112/91 e da Lei Complementar n. 113/91, respectivamente.

Segundo o que dispõe o Decreto n. 6047/2007 (que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Regional – PNDR, revogado em 2019) as propostas de fomentação ao desenvolvimento econômico regional foram reforçadas àquelas áreas já existentes, como também abarcou as Regiões Administrativas já mencionadas e elencou ainda a Região Integrada de Desenvolvimento da Grande Teresina e Timon.

O modelo de gestão dessas regiões de desenvolvimento, adotado pela Constituição Federal de 1988, seguiu os ditames do federalismo cooperativo, priorizando as ações nessas regiões através de políticas e órgãos coordenados pela União. Porém, para a consolidação dessas regiões, é necessária a reformulação do Texto Constitucional vigente, principalmente em se tratando dos princípios norteadores da federação brasileira. Nesta seara, enquadrar-se-iam muitas das ideias defendidas pelo saudoso Mestre Paulo Bonavides no tocante à elevação das regiões de desenvolvimento à categoria de entes-federativos.

Enquanto não atingirmos a referida reformulação, resta-nos augurar que sejam exaradas mais decisões como aquela adiante reproduzida, em anexo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal, de 05/10/1988**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18/01/2024.

BRASIL. **Constituição Federal, de 16/07/1934**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm Acesso em 18/01/2024.

BRASIL. **Constituição Federal, de 18/09/1946**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 18/01/2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 125, de 3 de janeiro de 2007**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp125.htm. Acesso em 18/01/2024.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 112, de 19 de setembro de 2001**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp112.htm. Acesso em 18/01/2024.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 113, de 19 de setembro de 2001**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp113.htm. Acesso em 18/01/2024.

BRASIL. **Decreto nº 6.047, de 22 de fevereiro de 2007**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Decreto/D6047.htm. Acesso em 18/01/2024.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea**; 2ª. Edição. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará (IOCE), 1987.

BONAVIDES, Paulo. **A nova universalidade dos Direitos Fundamentais**. Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 9/10, n. 1/2, 1990/1991.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma: Laterza, 2005.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Federalismo Regional**. São Paulo: Saraiva, 1982.

ANEXO: AI 515.168-1 MINAS

O Relator do Agravo de Instrumento 515.168 no Supremo Tribunal Federal foi o ministro Cezar Peluso, tendo como agravante a Companhia Açucareira do Rio Grande e outro, sendo e a União a agravado. Os recorrentes alegam que o art. 2º da Lei nº8.393/1991 ofenderia os artigos 150, inciso II, 151, inciso I e 153, §3º, inciso I, da Constituição Federal, porque o referido artigo estabeleceria distinção entre os Estados de uma mesma região geográfica. Eis o artigo:

“Art. 2o. Enquanto persistir a política de preço nacional unificado de açúcar de cana, a alíquota máxima do imposto sobre produtos industrializados – IPI incidente sobre a saída desse produto será de dezoito por cento, assegurada isenção para as saídas ocorridas na área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE e da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM. Parágrafo único. Para os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, é o Poder Executivo autorizado a reduzir em até cinquenta por cento a alíquota do IPI incidente sobre o açúcar nas saídas para o mercado interno.”

Dizem os agravantes que a alíquota de 18% ofenderia a seletividade porque o açúcar é produto essencial, e pedem então que seja declarada a inexigibilidade do IPI em questão. O ministro diz em seguida que o acórdão não ofende os arts. 151, inciso I, (que veda à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território, sendo admitida a concessão de incentivos fiscais para promover o equilíbrio do desenvolvimento) e 153, §3º, I (o imposto sobre produtos industrializados é seletivo, em função da essencialidade do produto) da Constituição Federal.

O que alega o ministro é que as regiões do Brasil não podem ser apenas a Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul, porque dentro dessas regiões existem desigualdades que precisam ser tratadas e equilibradas, então não há inconstitucionalidade criada entre os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro em relação aos demais Estados da Região Sudeste. Então o termo “regiões” contigo no art. 151, inciso I, da Constituição, não pode ser interpretado de modo tão estrito.

Quanto à ofensa à essencialidade disposta no art. 153, §3º, I, da Constituição Federal, o ministro diz que a imunidade do açúcar de cana não se encontra na Constituição, e que a seletividade do IPI não se confunde com imunidade, podendo os produtos serem tributados. A decisão tomada foi que

“(…) a Turma recebeu os embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento para prover o agravo regimental e, em consequência, conhecer do agravo de instrumento, mas lhe negou provimento, determinando a oportuna remessa dos autos e do acórdão agora proferido à Presidência do Tribunal.”

10. POSTULAÇÃO DE UMA ERÓTICA DO SABER JURÍDICO NOS MANIFESTOS WARATIANOS

(MANIFESTOS PARA UMA ECOLOGIA DO DESEJO E DA CÁTEDRA LIVRE
MULTIVERSITÁRIA DE DIREITO, FILOSOFIA, ARTE)



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-10>

*Willis Santiago Guerra Filho*¹

*Paola Cantarini*²

*Belmiro Jorge Patto*³

*Márcia Regina Pitta Lopes Aquino*⁴

POSTULAÇÃO DE UMA ERÓTICA DO SABER JURÍDICO NOS MANIFESTOS WARATIANOS

(Manifestos para uma Ecologia do Desejo e da Cátedra Livre
Multiversitária de Direito, Filosofia, Arte)

SUMÁRIO: Introdução. 1. A proposta dos Manifestos waratianos. 2. O habitar poético. 3. Viver e pensar com o corpo. 4. Pedagogias dos desejos. 5. O cansaço das utopias – o vigor das artes. Conclusão: Um ritornelo sonoro.

RESUMO: A presente proposta é de estabelecer um diálogo com um dos autores clássicos no campo jusfilosófico latinoamericano, Luis Alberto Warat, tendo como ponto de partida o quanto foi desenvolvido pelo A. em seus *Manifestos para uma Ecologia do Desejo* (1990), bem como no posterior *Manifesto da Cátedra Livre Multiversitária de Direito, Filosofia, Arte* (2012), parceria com Willis Santiago Guerra Filho, em diálogo também com a obra deste último em parceria com Paola Cantarini, *Teoria Poética do Direito* (2015), e que a conduziu a desenvolver a tese de

¹ Professor Titular da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

² Pesquisadora com bolsa de pós-doutorado FAPESP junto à Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto.

³ Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá.

⁴ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

doutoramento em Direito na PUC-SP, *"Teoria Erótica do Direito (e do Humano)"* (2017). Partindo-se da consideração do Direito como uma criação humana, coletiva, com natureza ficcional, aproximando-se da poética, constante do marco teórico desenvolvido por Willis Santiago Guerra Filho, na tese de doutoramento em filosofia defendida no IFCS-UFRJ, *O Conhecimento Imaginário do Direito* (2017), em que se dá a postulação do caráter imaginário do conhecimento e do próprio Direito, enquanto prática social e objeto de estudos teóricos, busca-se aqui trazer reflexões, com questionamentos críticos, por filosóficos, sobre o Direito e a sociedade em que nos inserimos contemporaneamente. Isso pela constatação da necessidade de um estudo interdisciplinar e aberto, bem como de uma metodologia e epistemologia trans- e interdisciplinares, que seja um discurso da convergência, da conexão dos diversos campos do saber, ao contrário, pois, do predominante discurso tecnocientífico, massificado, extremamente fragmentado e discriminador.

KEY WORDS: Warat; Law; Arts; Methodology; Poetics; Erotics

ABSTRACT: The present proposal aims to establish a dialogue with one of the classic authors in the Latin American jusphilosophical field, Luis Alberto Warat, having as a starting point what was developed by him in his *Manifestos for an Ecology of Desire* (1990), as well as in the later *Manifesto of the Free Multiversity Chair in Law, Philosophy, Art* (2012), in partnership with Willis Santiago Guerra Filho, also in dialogue with the work of the latter in partnership with Paola Cantarini, *Poetic Theory of Law* (2015), which led her to develop the doctoral thesis in Law at PUC-SP, *"Erotic Theory of Law (and of the Human)"* (2017). Starting from the consideration of Law as a human, collective creation, with a fictional nature, approaching the poetic, constant of the theoretical framework developed by Willis Santiago Guerra Filho, in the doctoral thesis in philosophy held at IFCS-UFRJ, *"The Imaginary Knowledge of Law"* (2017), in which the imaginary character of knowledge and of Law itself is postulated, as a social practice and object of theoretical studies, the aim here is to bring reflections, with critical questions, for philosophical ones, about Law and the society in which we live today. This is due to the realization of the need for an interdisciplinary and open study, as well as a trans- and interdisciplinary methodology and epistemology, which is a discourse of convergence, of the connection of the various fields of knowledge,

contrary to the predominant techno-scientific, massified discourse, which is highly fragmented and discriminating.

PALAVRAS-CHAVE: Warat; Direito; Artes; Metodologia; Poética; Erótica.

Introdução

Do que se trata aqui é de uma proposta de imaginação, de criação como uma das possibilidades de se interpretar e conhecer o Direito, ciente de sua natureza também imaginativa, criadora, criativa, "poiética", como um exercício de reflexão imaginativa, portanto, um "como se". E isso ao não se postular por verdades definitivas, mas por um exercício de sensibilidade e criatividade, fundamental a fim de se preservar a autopoiese do Direito e do humano. Como seres autopoieticos, e assim como o próprio direito e a sociedade, de se considerar vivos, os seres humanos estão necessariamente em transformação, se autorreproduzindo e se autorregulando, como condição mesma de sua vida. Também o conhecimento sempre está se reinventando, em movimento, por meio de questionamentos até ao questionamento, o que igualmente pode ser entendido como potência de experimento, ou de uma escrita da provisoriedade, ao não se preocupar com a precisão, a presença de paradoxos ou falta de contradições.

Visa-se aqui, por conseguinte, trazer uma contribuição para uma maior compreensão do Direito, do mundo e das transformações em curso, de forma paradoxal e transgressora, ao invés de limitadora e castradora, isto é, descomprometida com dogmatismos e ideologias de morte, por apegada ao questionamento crítico radical, como também com a análise jus-filosófica responsável e independente, contando para isso com o auxílio das artes. O erotismo é da própria teoria, quando não for limitada a subsunções a posteriori engendradas, por retóricas de fachada. E nisso tudo Luis Alberto Warat foi um precursor, como no presente trabalho se evidencia, mostrando ainda como seu pensamento dialogava com autores como Jean Baudrillard, por ele referido, e outros que não teve a oportunidade de incluir em sua obra polifônica (Bakhtin) e antropofágica (Oswald de Andrade), simplesmente por ainda não terem despontado no cenário intelectual, a exemplo do coreano radicado na Alemanha, Byung-Chul Han. Eis que é cada vez

mais atual o legado daquele que em sua última obra estampou no título *A rua grita Dionísio* (2010), evocando mais uma vez o Surrealismo, tal como no primeiro de seus *Manifestos para uma Ecologia do Desejo*, o *Manifesto do Surrealismo Jurídico*.

1. A proposta dos Manifestos waratianos

O que aqui nos propomos vai então no sentido de estabelecer um diálogo com Luis Alberto Warat, tendo como ponto de partida o quanto foi desenvolvido pela A. em seus "Manifestos", incluindo aquele feito em parceria com Willis Santiago Guerra Filho, considerando também o trabalho deste último com Paola Cantarini, a respeito de uma Teoria Poética do Direito. A Teoria Poética e seu desdobramento, a Teoria Erótica do Direito, assim como se tem na obra waratiana, e de modo sintético, contundente, no "Manifesto da Cátedra Livre Multiversitária de Direito, Filosofia, Arte – Ano Clarice Lispector (2008)", são pautadas pelo reconhecimento da importância das artes para o Direito e para o conhecimento em geral, sobretudo pelo seu elemento transgressor, libertário e criador.

A poética, como as artes que ela estuda, em sua função primordial de nos transformar, de subversão, nos ensinaria uma permanente atitude "adâmica", um olhar primitivo, como se olhássemos o mundo pela primeira vez, como crianças, recuperando o saber sua função de turbulência, criatividade e singularidade. Por elas somos também remetidos a um estado de devaneio poético, onírico, capaz de, paradoxalmente, nos despertar do automatismo sonâmbulo a que nos submetem as condições sociais, que só agravam com o passar do tempo aquilo que já Oswald de Andrade denunciava, no seu *Manifesto Antropófago* (1928): "vivemos através de um direito sonâmbulo". Daí entendermos que necessitamos de uma ênfase crescente no estudo da poética, a fim de adquirirmos uma compreensão transformadora do direito e, por meio dela, com ele, de nós mesmos e da sociedade. Foi o que defendeu Warat (1990: 98)⁵.

⁵ "(...) devemos combater o mito da razão como a forma de manipulação da consciência, precisando-se para isto dar uma ênfase crescente à poética, no interior da qual se espalhariam de forma privilegiada as tendências e contradições da sociedade, possibilitando a partir dela uma compreensão transformadora: a poética e o sonho substituindo as teorias que neutralizam a vida".

Sendo poética a teoria do direito, defendemos que ela também se configure como erótica, mas não porque o direito seja erótico, pois não o é, sendo da ordem da Lei (o direito positivo, posto, imposto), enquanto o erótico, assim como a sedução, é da ordem do devir. Explica-se, assim, como o direito possa vir a ser e não venha se realizando como erótico. É erótico enquanto poético, poiético (criador e criativo), e não o é, enquanto meramente da ordem da Lei, ou seja, vislumbrado, assim como a sedução e o erotismo, também como da ordem do devir, do que está sempre se pondo e repondo diferentemente.

O direito erótico – ou erotizado, como diria Warat - é o direito que almejamos seja reconhecido, desde sua caracterização, na tese de doutoramento em filosofia de Willis Santiago Guerra Filho (2017), sobre o conhecimento imaginário do direito, como da ordem do desejo, que tem a qualidade do sonho, um sonho bom, reparador.

O direito que não é erótico é aquele que apesar de posto, por imposto, sendo da ordem da Lei, reprime tal desejo, esterilizando ao invés de fertilizar o humano, com o húmus da paixão e do amor que o constitui. Humano, aliás, como se sabe, deriva de húmus, e também humidade, significando "terra", de onde o homem (húmus -> *homo*) é modelado, sob medida (*mens*). O direito possui pois íntima relação com o desejo. Deseja-se somente em conjunto, não isoladamente, já que não há desejo que não corra para um agenciamento, que não seja "desejo do desejo do Outro", como aprendemos com Hegel, Girard, Lacan etc.

O direito enquanto erótico contrapõe-se ao fetiche do direito, da mentalidade fetichista em relação a ele, sendo a lei um significante fetichizado, um disfarce, "um espelho de desejos idealizados que provoca o efeito de saberes plenos", suprimindo nossa demanda de amor⁶.

A teoria que postulamos é erótica, de natureza erótica, enquanto o direito tem a natureza de um sonho coletivo, assim como sonhos é a matéria da qual somos feitos (Shakespeare, "A Tempestade"). Em assim sendo, não deve ser tratado como um fim em si mesmo ou para seja lá o que for, utilitário, por

⁶ Isso porque "(...) os fetiches da cultura capitalista vão matando nossa capacidade de multiplicar as possibilidades de amor, deixando-nos com a ilusão de um erotismo que não chega a provocar febre. A gente fica sem a gente. Todos na fila de espera dos clichês e os fetiches que darão desejos enlatados como remédio envenenado para os afetos perdidos. Para resistir, precisamos inventar outra história de amor, deixar de dirigir nossos afetos em direção ao poder" (Warat, 1990: 36-37).

impulsioná-lo antes o desejo, misterioso, que a vontade, racional, racionalizante, noção falseadora, base do utilitarismo tecnicista, do formalismo hoje ainda predominante⁷. A relação estreita, co-originária, entre o direito e o desejo se mostra no modo como uma categoria originalmente jurídica, como é a de gozo, vem a ser associada por Willis Santiago Guerra Filho (2015), enfocando a poética dos elegíacos romanos, em especial Propércio.

A partir do reconhecimento do direito como imaginário, no sentido de ficcional, enquanto um produto antes do desejo que da vontade, com o mesmo estatuto dos estados oníricos e devaneios poéticos (G. Bachelard), não é de surpreender, portanto, se uma série de elementos eróticos se introduza, assim como nos sonhos, também neste que também é feito conforme o já referido dito shakespeariano "do material de que os sonhos são feitos", como a própria vida, complementando com o que na mesma época encenou Calderón de la Barca em sua "La vida es sueño". É o Direito visto, percebido e concebido sempre *in fieri*, em constante construção, assim como nos seres humanos, nunca já pronto e acabado, com avanços e recuos, donde o seu caráter erótico-(auto)-poiético, sendo ambos poiéticos, contrário ao direito posto, imposto, fundamentado na razão e pensamento lógico, formalista, técnico, científico, tecnificante, limitado, um sistema jurídico enclausurado e impermeável a outros saberes e formas de conhecimento. De passagem, vale remarcar que não é esse o direito como sistema autopoiético, na visão luhmanniana, caso ainda reste incompreensão a esse respeito (por todos, pioneiramente entre nós, Guerra Filho, 1991), pois se assim fosse não poderia sobreviver em seu ambiente, possibilitando a sobrevivência da própria sociedade e a nossa: os sistemas sociais se acoplam entre si, copulam.

Trata-se de retomar a necessária e indissolúvel vinculação do Direito com a filosofia e as artes, conjugando-se a razão à emoção e à sensibilidade, compreendendo de forma mais profunda e crítica ao Direito, mas também a si mesmo e aos outros, portanto, no sentido de conhecimento antes de si, do outro e

⁷ Assim, vai sustentar Willis Santiago Guerra Filho (2017: 25 ss.), na tese d'*O Conhecimento Imaginário do Direito*: Que se conceba então o direito parte desse universo lúdico, criação do desejo humano, um modo de imaginar o real em descrições que façam sentido, como diria o antropólogo Cliford Geertz. (...) É certo que nisso a filosofia, assim como a ficção e, com anterioridade, o mito, seja na magia, seja na religião, demonstra-se "constituente de mundo" (*weltbildend*) (...).

do mundo - o erotismo como um dos fundamentos, pouco (re)conhecidos do conhecimento, em geral e do Direito.

Teoria erótica, como teoria poética, são expressões algo pleonásticas, pois erótica já seria um saber ou teoria de *eros* e po(i)ética a teoria da *poiésis*, como lógica é a teoria do *logos*. É uma teoria poética, poiética, imaginária, sensitiva, fenomenológica, criativa, artística, dogmática, experimental, original, originária, livre, com inspiração em tal qualidade própria das artes, parresiástica – para lembrar os últimos cursos de Foucault no Collège de France, sobre a coragem da verdade (*parresia*) - que busca o pensamento-conhecimento mais livre, um saber com sabor. Uma teoria erótica do direito, portanto, é em primeiro lugar uma teoria erótica do próprio pensamento, um erotismo sensual da teoria, ou melhor, uma erotização da teoria; trata-se de uma teoria erotizada, uma teoria viva, pulsante, uma teoria que é da vida, mas não uma vida entregue à teoria, surgindo do encontro dialético-poético-teatral, dramático, entre sujeitos pensantes que amam, desejanter que são, por humanos.

Trata-se ainda de assumir em profundidade o caráter onírico, e, portanto, erótico de toda teoria, adotando-se postura assumidamente libertária, desconstrutivista e dionisiaca, tal como propugnado pelo filólogo-filósofo-músico-poeta Friedrich Nietzsche e endossado por outros, mais recentes, como Gilles Deleuze e seu parceiro Felix Guattari. Com isso, deseja-se ir além de todos os limites, interpretações e conceitos, para encontrar qual teoria estaria em maiores condições de produzir efeitos de emancipação. A própria teoria não seria a primeira prisão? Que uma reconexão com a poética possa nos servir de linha de fuga, de chave para a nossa saída, segundo o mote de que "a saída é pela entrada". E aqui é preciso lembrar a "retorsão", como tra(ns)duzimos a virada (*Kehre*) de Heidegger, com sua "passagem para o poético", no significativo título da obra de Benedito Nunes a respeito.

2. O habitar poético

Entre 1929 e 1930, em preleções na Universidade de Freiburg, o filósofo Martin Heidegger (2011: 258), afirmou que o homem é formador de mundo (*weltbildend*),

enquanto a pedra é sem mundo (*weltlos*) e o animal, pobre de mundo (*weltarm*). Somos criadores de mundo e isso nos constitui como humanos, mas a época de domínio técnico na qual vivemos nos des-umaniza como também, décadas depois, disse Günter Anders que se o totalitarismo técnico se consuma⁸.

Em 1993, numa peregrinação com um grupo de franciscanos pelas margens do Rio São Francisco, Nancy Mangabeira Unger (2001: 66-67) foi ao encontro do povo do sertão⁹. A experiência desse caminhar foi relatada pela em um livro: *Da foz à nascente: o recado do rio*, no qual propõe um diálogo entre essas vozes (poéticas) do sertão e alguns aspectos do pensamento de Martin Heidegger. Para ela, o homem que ainda não teve sua vida, sua fala, seus sentidos capturados totalmente pela técnica moderna deposita sua fé, não em discursos formais, mas no que ele acredita, considerando experiências e tradições que perpassam sua vida. Enfim, possui um referencial simbólico. O relato do convívio com aquelas comunidades revela uma outra atitude do pensar, uma sensibilidade poética, um sentimento do sagrado, do transcendente, o escutar a natureza, o ouvir-se, ouvir o outro, inclusive os antepassados que “falam” através da tradição. Os ribeirinhos faziam, por exemplo, a “oração do rio São Francisco” e nela saudavam o rio e os peixes¹⁰. Esse “nomear” os

⁸ (...) “existiremos então somente como peças de máquinas ou como peças de material necessário para a máquina, enquanto seres humanos, seremos liquidados Anders (2023: 24-27). A respeito dos obscurantistas da era da técnica que formam grupos de poder que ininterruptamente produzem obscuridade contra os desprovidos de poder, afirma o autor: “A diferença entre os métodos de mistificação conhecidos e os de hoje é clara: se antes a tática consistia obviamente em excluir os desprovidos de poder de todo esclarecimento possível, a tática atual é convencer aqueles que não veem que não veem de que são esclarecidos”. É a “cegueira branca” que acomete a todos, menos a uma única mulher, no *Ensaio sobre a Cegueira* de Saramago. O filme *Matrix* (hoje tetralogia) e também as obras correlatas, como as animações e histórias em quadrinho são a expressão singular dessa condição do homem “peças de máquina”, no caso, fonte de energia para elas. Sobre o tema: Guerra Filho, Willis Santiago; Aquino, Márcia Regina Pitta Lopes (2012/2013).

⁹ De (...) “uma tessitura de símbolos, mitos e rituais, que, ainda que fragilizada e fragmentária, expressa uma relação com a vida que se dá para além dos marcos da racionalidade instrumental e da dicotomia sujeito-objeto”.

¹⁰ (...) “existiremos então somente como peças de máquinas ou como peças de material necessário para a máquina, enquanto seres humanos, seremos liquidados Anders (2023: 24-27). A respeito dos obscurantistas da era da técnica que formam grupos de poder que ininterruptamente produzem obscuridade contra os desprovidos de poder, afirma o autor: “A diferença entre os métodos de mistificação conhecidos e os de hoje é clara: se antes a tática consistia obviamente em excluir os desprovidos de poder de todo esclarecimento possível, a tática atual é convencer aqueles que não veem que não veem de que são esclarecidos”. É a “cegueira branca” que acomete a todos, menos a uma única mulher, no *Ensaio sobre a Cegueira* de Saramago. O filme *Matrix* (hoje tetralogia) e também as obras correlatas, como as animações e histórias em quadrinho são a expressão singular dessa condição do homem “peças de máquina”, no caso, fonte de energia para elas. Sobre o tema: Guerra Filho, Willis Santiago; Aquino, Márcia Regina Pitta Lopes (2012/2013).

peixes, que nos conta Sr. Chico, é também a perspectiva de Heidegger (2011: 15).¹¹

Ao falar das “coisas encantadas” do rio São Francisco, um líder de comunidade – Sr. Valdemar - diz que à noite – das 9 (21)h às 3h – a natureza se aquieta, a “noite tem outro viver”¹². Há um respeito por tudo que é vivo e a vida está por tudo. Há um reconhecimento do sagrado, dos mistérios, do incompreensível da natureza¹³.

Aquela experiência significou, para a Autora, um momento especial para pensar a força poética daquela forma de estar no mundo como nas palavras de um lavrador do Ceará: “precisamos encontrar saída onde não tem porta”. O homem sertanejo é aquele que ainda preserva o mistério, mede-se pelo divino, e respeita a sacralidade do rio. O ribeirinho ainda é capaz de ter uma “escuta poética” e de habitar (habitava) esta terra.

Mas, como pode o homem, hoje, habitar sem estar perdido em meio a suas construções? Não é preciso construir para habitar? “Construir já é um habitar” afirma Martin Heidegger (2011: 125-141), em uma conferência em 1951 cujo título é *Construir, habitar, pensar (Bauen, Wohnen, Denken)* onde demonstra que, no antigo alto-alemão, a palavra usada para dizer construir é “*buon*” não diz que construir seja propriamente habitar permanecer, morar, mas “nos acena como devemos pensar o habitar que aí se nomeia”. Um vestígio dela está em *Nachbar*, vizinho. No atual *bauen* permaneceu o construir, mas o habitar se perdeu. Quando a palavra *bauen* (construir) ainda fala de modo original, nos diz do vigor essencial do habitar. “*Bauen, buon, buhu, beo* é na verdade, a mesma palavra alemã *bin*”, eu sou nas conjugações *ich bin, du bist* (eu sou, tu és). Dessa forma, o Autor demonstra a relação essencial entre ser e habitar. “Ser homem diz: ser como um mortal sobre essa terra. Diz: habitar” (*ib*: 127).

¹¹ Ao final de um desses ritos, um morador – Seu Chico – fala: “O que eu achei mais bonito foi a gente rezando na beira do rio e os peixes tudo alegre, ouvindo a gente dizer o nome deles”. (...) (o nomear) será apenas atribuir palavras de uma língua aos objetos e processos conhecidos e representáveis como neve, sino, janela, cair, tocar? Não. Nomear não é distribuir títulos, não é atribuir palavras. Nomear é evocar para a palavra. Nomear evoca.

¹² Valdemar, “resgata o tempo mítico em que o homem pode perceber que tudo é falante. Por isso ele ouve a voz dos animais que habitam os rios”. A Autora (*ib*: 88), afirma que o discurso de Valdemar “realiza um constante vai-e-vem entre o sentimento do sagrado, a amizade com os seres da natureza e a solidariedade ao outro ser humano. Esses assuntos desembocam uns nos outros sem solução de continuidade, sem rupturas, como se fossem correntezas de um mesmo rio”.

¹³ Há o “vivente do dia e o vivente da noite” que são respeitados por seus ritmos diferentes. Em outro momento: “(...) a Natureza, ela se afasta da gente no sistema em que a gente vai empurrando ela pra trás. Ela se abusa e vai embora” (*ib*: 99).

À pergunta pelo modo desse habitar Martin Heidegger (2010: 165-181) responde com outro verso de Hölderlin: "(...) poeticamente o homem habita (...)" e nos propõe pensar essas palavras e tentar perceber que elas falam do habitar do homem sem descrever as condições do homem atual, sem falar em habitar como possuir uma residência, como um comportamento humano entre outros ou como a simples posse de um domicílio¹⁴.

As palavras "... poeticamente o homem habita..." não dizem que o poético antecede o habitar, dizem que a poesia permite o habitar ser um habitar, que a poesia é, essencialmente, um deixar-habitar e assim é um construir. A exigência de pensar a respeito da essência o homem a recebe no apelo da linguagem. A linguagem é a soberana do homem, pois ela é que fala e todo dizer do homem é, essencialmente, uma escuta¹⁵. Quanto mais livre um poeta, mais o seu dizer se afasta da simples proposição que é aquela sobre o que se debate todo tempo. "Cheios de méritos, mas poeticamente / o homem habita esta terra". O homem tem muitos méritos, constrói edificações, cuida e colhe, mas nada disso preenche a essência do habitar¹⁶. E o habitar poético não é um habitar que arranque o homem da terra. A poesia traz o homem para a terra, o traz para um habitar.

Somente com esforço, o homem consegue tantos méritos. É por esse esforço que o homem levanta os olhos para os celestiais e nesse levantar percorre toda direção acima rumo ao céu, mas permanecendo na terra. Nesse levantar os olhos, o olhar mede o entre céu e terra. Esse entre tem a medida ajustada ao habitar do homem: a dimensão. À ela – a dimensão – pertencem tanto o céu como a terra (*ib*: 173-174). Nessa medida se entreabrem céu e terra e se apropriam. O homem mede

¹⁴ Pensando o habitar e a poesia em seu vigor essencial, como afirmado por Martin Heidegger, poderemos perceber, "a partir do habitar, isso que se costuma chamar de existência humana". "Também não dizem que o poético se esgota no jogo irreal de fantasias poéticas". Talvez o poético e o habitar sustentem-se um no outro, ou melhor, o habitar se sustente no poético (*ib*: 165-167).

¹⁵ "O co-responder, em que o homem escuta propriamente o apelo da linguagem, é a saga que fala no elemento da poesia" (Heidegger, *ib*: 168).

¹⁶ "São os méritos que, em virtude de sua abundância, comprimem por toda parte o habitar aos limites das construções acima descritas". Para Hölderlin, "Deve um homem, no esforço mais sincero que é a vida, / levantar os olhos e dizer: assim / quero ser também? Sim. Enquanto perdurar junto ao coração / a amizade, Pura, o homem pode medir-se / sem infelicidade com o divino. É deus desconhecido? / Ele aparece como o céu? Acredito mais / que seja assim. É a medida dos homens. / Cheio de méritos, mas poeticamente / o homem habita esta terra. Mais puro, porém, / do que a sombra da noite com as estrelas, / se assim posso dizer, é / o homem, esse que se chama imagem do divino. / Existe sobre a terra uma medida? Não há / nenhuma". (*Id*, *ib*).

a dimensão medindo-se com o celestial. O homem é homem nesse medir-se, ele sempre se mede com algo celestial. Esse medir é inerente à essência humana. *Poetizar* é medir a dimensão entre céu e terra¹⁷.

Segundo Martin Heidegger, trata-se de uma medida estranha em relação ao nosso modo comum de representação, mas ela mede a essência do homem, uma vez que esse é o modo próprio do homem habitar¹⁸: poetizar. Lembremos a frase tão significativa para Heidegger, que foi colher no texto de Hölderlin "No azul lindo (e amado)" (*In lieblicher Blaue*), tão cheio de conexão com tudo o que se está aqui a expor: de que é poético o habitar humano (*dichterisch wohnt der Mensch*).

O poético é, dessa forma, uma medida privilegiada. É estranho pensar a poesia como um medir, pois estamos acostumados a medir com escalas e números que se acercam do desconhecido através do já conhecido. A medida para a poesia é o divino. Não o deus de uma religião e, sim, o deus para o qual se mantém estranho a fisionomia do céu, o mesmo que é familiar ao homem, conforme outro poema de Hölderlin¹⁹. As palavras do poema dizem o mesmo que Valdemar: o mistério deve permanecer mistério, a noite tem seu viver que precisa ser respeitado, o viver da noite não é o viver do dia. Hölderlin e Valdemar estão na proximidade do habitar poético, onde se dá a abertura para o celeste (deuses), na terra com olhos voltados para o céu. Terra e céu, mortais e deuses na unidade: a quadratura.

Para Martin Heidegger (*ib*: 177), num sentido muito privilegiado, as imagens poéticas são imaginações²⁰.

3. Viver e pensar com o corpo

¹⁷ É onde "o homem se essencializa como mortal". Com que o homem se mede? "Deus 'é a medida dos homens'" O poeta pergunta: "É deus desconhecido?" Não poderia ser desconhecido para ser a medida." (*id*: 174).

¹⁸ "(...) medindo o 'sobre esta terra' e o 'sob o céu'. Esse 'sobre' e esse 'sob' se pertencem mutuamente. (...) Para o poeta vislumbrar essa medida, medi-la como medida e tomá-la como medida, tudo isso tem um nome: ditar poeticamente" (*id*: 175).

¹⁹ "O desconhecido destina-se ao que é familiar para o homem e estranho para o deus a fim de manter-se resguardado como desconhecido" (*id*: 176).

²⁰ "Ditar poeticamente, poetizar e habitar exigem-se mutuamente, mas nós habitamos sem a menor poesia. E só habitamos sem poesia porque a essência do habitar (de nossa existência autêntica) é poética. Se e quando, "uma virada nesse habitar sem poesia há de acontecer, isso só devemos esperar prestando atenção ao poético" (*id*: 179).

O movimento, o corpo e a sensibilidade os temos como instrumentos da nossa teoria, que para ser poética e também erótica há de ser desenvolvida de forma intrinsecamente ligada à experiência sensorial e voltada à humanização do homem e dos sentimentos, para cobrir a vida de poesia, amor e arte. Daí, o despertar do corpo (como) poético e pelo encontro do mestre com o discípulo o logos erótico é servido com os meios da linguagem da filosofia. O sujeito passional é a base empírica do sujeito estético, e, pois, do sujeito artístico.

Postula-se, pois, pelo reconhecimento de todas as disciplinas entendidas em sua vertente também poética, como já Vico propugnara em sua *Scienza Nuova*, em recusa pioneira ao exacerbamento do cartesianismo e suas consequências nefastas para a cultura, antevistas praticamente na época de seu surgimento, e que hoje é de todo evidente – pelo menos, a quem conseguir se livrar do fetichismo enfeitiçador da forma em que nos refugiamos, promovido pelo individualismo possessivo e metodológico, marcando a relação do homem com objetos que o alienam.

Trata-se de uma hermenêutica filosófica desejante e surrealista, fertilizada pelo surrealismo e pela ecologia do desejo, como propôs Luis Alberto Warat em seus *Manifestos* – com ênfase nas artes e no amor (cf., v.g., Warat, 2009: 307 e ss.), considerando o direito ao amor, um direito social fundamental e humano, a fim de liberar o homem de suas amarras e preconceitos, mediante uma imersão continuada na poesia e no sonho.

Com isso nos lançamos diretamente no centro da questão levantada por Nietzsche, como sendo a primeira e mais fundamental: como viver? Ou antes mesmo de Nietzsche, aquela de Espinosa, ao perguntar, em sua *Ethica*: o que pode um corpo? Trata-se de responder, entretantes, à pergunta, formulada por Sócrates a Alcibíades, retratada por Platão em uma de suas obras (v., e.g., *Alcibíades*, I, 129E): o que é um ser humano? E a partir das respostas que implícita ou explicitamente são oferecidas a tais questões, nas mais diversas formas simbólicas e culturais, verificar como impactam o Direito. Nossa hipótese é a de que aquelas respostas, teóricas ou prototeóricas, de natureza amorosa, tendo como fundamento sua manifestação mais palpável, corpórea, na forma de *Eros*, são as que melhor promovem o entendimento do Direito em um sentido que seja benéfico à vida, ao

invés de mortífero: como só nós humanos podemos ser, ameaçando a existência do próprio Planeta, contando com o apoio fundamental do direito como o fazem, por seu poder de nos induzir a viver com ilusões verdadeiramente delirantes, no estado de sonambulismo a que se refere Oswald de Andrade no *Manifesto Antropófago*.

Portanto, postula-se por um Direito livre, parresiástico, sem dogmatismos, não disciplinador (no sentido deleuzo-foucaultiano), por embasado em uma pedagogia carnalizada, baseada nos afetos, na criatividade e nos sonhos, onde o saber tem sabor, a linguagem é a expressão do desejo, comprometidos com a autonomia do sujeito, em harmonia com o sonho. É preciso uma pedagogiasem didatismos, contrária ao modelo pedagógico dominante, repressivo e alienante, baseado na razão autoritária, objetivista, fechada, sistêmica e operacional, repressora do desejo, uma pedagogia subversiva e transgressora, comprometida com a criatividade, espontaneidade e com o saber pensar. O sonho, a imaginação, logo também o erotismo retratados e reconhecidos como fundantes do conhecimento, juntando-se a poesia ao direito, é do que mais precisamos, o que já seria uma provocação surrealista. É o desejo no lugar da maneira de pensar tradicional, impregnada de legalidades presunçosas, consumista, culpada e logomaníaca, quando a própria ideologia se transformou em "trivialogia" (Warat, 1990/1991:127 – 135).

Trata-se "da morte do maniqueísmo jurdicista" (Id., 1990: 13). Daí nos pormos contra a razão que asfixia o desejo e divide o ser humano em dois, a nos iludir.

4. Pedagogias dos desejos

O ensino acadêmico com base em autoritárias mistificações do ensino tradicional, baseado na angústia da perda e no controle que a evitaria, paradoxalmente aumentando, cria-nos humanos como adormecidos, sem efervescências, um estereótipo que não pode portar nem suportar incertezas, aceitar as diferenças e o diferente, estéril quanto à criação e criatividade, propenso à autoimunidade.

Por um ensino comprometido com o sonho, com a criatividade, sem censuras, vigias e tiranias a nos servir como antídoto, "a revolução pela autonomia da arte. A revolução pelo sonho, transformado em atos pedagógicos que incitam micro-revoluções (...), a declaração universal dos desejos do desejo, do direito à criatividade, do direito de sonhar".

Visa-se a liberdade do ser humano atualmente em regime de prisão perpétua, com sua mentalidade sitiada, com a erudição que nos faz adormecer, recuperando-se a vida no desejo, "sentindo o mundo em nós e nos outros", fundindo-se a poesia, os sonhos e a vida e subversivamente introduzindo a arte na vida, e um saber que nos devolva à vida.

Com base nos *Manifestos Surrealistas* de Warat, complementado por aquele escrito em parceria com Willis Santiago Guerra Filho, o *Manifesto da Cátedra Livre Multiversitária de Direito, Filosofia, Arte*, se propõe aqui uma função emancipatória da pedagogia, do processo didático e do próprio conhecimento, contrários à mentalidade cartesiana castradora, esterilizante, logocêntrica, disciplinada, unidirecional, embasada no poder e no entendimento e pensamento totalitários, alienados, controlados e hipnóticos do mundo, contra as diferenças e a alteridade, um retorno da criatividade e imaginação criativa perdidas, por um novo erotizado pelo ato pedagógico, o "Eros pedagogo". "O valor pedagógico de um discurso passa por seu erotismo" (Warat, 1990: 14-15), sendo um texto erótico aquele que nos leva a fugir da alienação, nos fazendo ter certa autonomia, autonomia como resistência erótica: ao invés do saber-poder e saber-dever, o prazer-saber e a paixão-saber.

Erotismo criativo, criador, transgressor dos sentidos congelados do imaginário dominante, no lugar da pornografia da sociedade e do direito, fundamentados na fantasia da certeza e da perfeição: "precisamos superar o homem informatizado através da erótica do novo. Deste modo estaremos comprometidos com a ideia do homem imaginativo, capaz de produzir poesia, sonho, delírio e amor" (Warat, 1990: 83).

Warat (*ib*: 133)²¹, propõe uma pedagogia surrealista, orientada no sentido de

²¹ "(...) dar vida a um texto é impregná-lo de um sabor que subverta a linguagem do poder. Aprender é ousar desaprender o culto erudito, transformando em erotismo significativo as univocidades escondidas nos textos que apresentam verdades eruditas. A comunicação pedagógica depende do vínculo do amor que pode ser estabelecido com os textos. (...) Eros pressupõe o desejo do Outro e seu

uma ecologia dos afetos, re-unificada na ecologia do desejo e fundamentada numa economia do amor, uma "afectoterapia" como estratégia para a sala de aula, e o professor como "afectoterapeuta", sem julgamentos e sem culpa, com inspiração em Bachelard, como poética do sonho nos dando a oportunidade de viver experiências transformadoras.

A partir da constatação do discurso pedagógico do Direito como uma neurose, voltado à crença que trabalha para construir fetiches, servindo à mentalidade opressora, de um saber "que faz a lei transbordar efeitos doentios de amor", nos perguntamos se uma possível salvação de tal crise, como verdadeiro *pharmakon*, poderia ser o surrealismo pedagógico de Warat, postulando, destarte, por uma ética revolucionária, ética do vínculo, uma ética que permita recuperar *Eros*, o sentimento pelo Outro, como sentido de vida. Trata-se de uma ecologia dos afetos fundada no amor como dimensão política emancipatória, uma ética sustentada no amadurecimento de nossa capacidade de amor, na recuperação do sentimento pelo Outro, na alteridade, na solidariedade e nos sentimentos recíprocos.

Segundo Warat (1990: 90 – 91), há uma relação esquecida entre desejo, verdade, e o ato de aprender, omitindo-se a relação desejo-saber e com isso reforçando-se a relação saber- poder, o que levaria à consolidação do conhecimento como servo da estrutura social totalitária. No lugar do desejo instaurou-se o tripé, lei, saber e poder, e como saída devemos postular um saber que possa servir à realização dos desejos.

Sonhar é preciso, e uma vez que se aprende no sonho, o professor (surrealista) deverá ensinar a sonhar, esse é o saber "que se procura na pedagogia do imaginário, na didática dos sonhos, nos devaneios do surrealismo pedagógico, na pragmática da singularidade, na didática da sedução, no ensino carnavalizado", surrealista e erótico, proporcionando um sentido poético à vida, a favor da libertação das atitudes docentes atualmente presas ao aspecto narcisista, colocando o aluno como simples espelho, em prol de um processo de mútuo reconhecimento transformador (cf. Id. ib.: 21).

reconhecimento não deformado por promessas de onipotência, identificações narcísicas ou relações de submissão. *Eros* constitui a realidade social, pressupondo o outro como substrato do desejo e da comunicação de ilusões provisórias: um pensamento que se aceita como portador do novo por aceitar-se na alteridade".

O prazer e o erotismo são assim tidos como os melhores instrumentos para atingirmos a espontaneidade, a autonomia e a criatividade, recuperando a natureza primitiva do discurso da lei, que é uma natureza carnalizada, erotizada, portanto e recuperando-se o vínculo perdido com o outro, em razão do aumento exponencial do individualismo ampliado pelo tecno-consumo. A favor das paixões adormecidas pelo sistema de dominação, já que somente estas são capazes de vencer as tiranias culturais, permitindo a vida em liberdade. É que o erotismo relaciona-se à outricidade, à alteridade, à emoção e sensibilidade.

Por outro lado, com muita precisão e imensa atualidade, ao modo visionário dos grandes pensadores, ao tratar do crescente isolamento na sociedade transmoderna (denominação que ele preferia, ao invés de "pós-moderna"), com a disseminação do sujeito isolado e sem vínculo com os outros, era o que alertava Warat²².

5. O cansaço das utopias – o vigor das artes

Contudo, na nossa sociedade atual há um excesso de narcisismo provocado pelas diversas e crescentes mídias, causando um esvaziamento do erotismo e a morte do amor e da paixão. Byung-Chul Han nas obras *A sociedade do cansaço* (Han, 2014) e em *A agonia de Eros* (Han, 2014bis) entende que a atual sociedade (ocidental) do cansaço não é mais como a anterior caracterizada pela presença de um sistema imunológico de defesa – como o Direito, tal como postulado por Luhmann (cf. Guerra Filho, 2014) -, mas sim neuronal, da depressão, da dupla personalidade, do ponto de vista patológico. É sob forte influência de Baudrillard, de Virilio e de Derrida que o autor coreano radicado na Alemanha vai considerar a felicidade uma decorrência de se ter brechas na existência, para que ela não se torne um mero exercício exaustivo e inútil, escapando do eterno movimento repetitivo que leva à inércia polar, a que se refere Paul Virilio, de andar sem sair do lugar.

Ainda segundo Byung-Chul Han, vivemos hoje sob novas formas de

²² "(...) o sujeito convertido num terminal de informações. O sujeito isolado dos outros pelas informações consumidas. Assim é a massa pós-moderna: uma indiferente e nebulosa somatória de homens em coma, movidos pelo efêmero prazer de um consumo pseudopersonalizado. (...) sem um vínculo com os outros – num grande espetáculo modelado pelo tecnoconsumo" (Warat, 1990: 52).

opressão, sutis e disseminadas pela sociedade, com um excesso de positividade e inexistência, negativa do negativo – “é o inferno do igual” que se caracteriza pela ausência do negativo e pela coação icônica; vivemos hoje em um mercado onde se expõem, se vendem, e se consomem intimidades. Assim, na esteira de Baudrillard, afirma a morte do amor, do erotismo e da sedução. É a agonia de *Eros*. *Eros* está morrendo, por ter sido transformado em objeto de consumo, pornográfico, assim como está a ocorrer a morte da intimidade e da privacidade, em tempos de relacionamentos por apps e whatsapps, pois o capitalismo elimina aí o erotismo por completo, substituído por seu simulacro. Trata-se da morte do amor e da intimidade pela “erosão do outro”, que desaparece pelo excesso de narcisismo reinante, ampliado exponencialmente pelas redes sociais digitais²³.

Em sentido similar expõe Warat (1990: 48-49, 57) sobre a pós- ou transmodernidade, que elimina e adormece todas as paixões, e com isso a própria política, e assim assegura a reprodução do sistema de dominação. A paixão é o alimento da liberdade, e somente os apaixonados teriam condições de viver em liberdade, vencendo a tirania dominante, para si e para outros, por contágio. Assim, ocorre a morte do pensamento convertido também em mercadoria, pela proibição do pensar original, autêntico, próprio; estamos impedidos de amar aos outros, ocorrendo a morte da vida, da política e do direito.

Estamos abandonados, *homines sacri*, como denuncia Giorgio Agamben. Já não se ama, já não se teme, já não se conta nem se sonha. O tempo do mais desprezível dos homens finalmente chegou? Responde afirmativamente Nietzsche na boca de Zaratustra, “ele que já não é capaz de desprezar a si mesmo”. O homem agora é visto como a própria doença do mundo, sendo a arte retratada ali como uma forma de empreendimento de saúde, revigorante, tal como entendemos reconhecem na atualidade adeptos de movimentos como “Direito e Literatura”, “Direito e Psicanálise”, “Direito e Cinema”, “Direito e Teatro” ou “Direito e Música”, inclusive “Direito e Rock” (Schwartz; Guerra Filho, 2017) ou “Direito e

²³ Daí atualmente vigorar uma sedução branda e difusa, como bem destaca Baudrillard (1991: 10: “(...) fim da sedução. Ou o triunfo da sedução branda, feminização e erotização branca e difusa de todas as relações num universo social enfraquecido; o desejo só se sustenta na falta. Quando passa totalmente para a demanda, quando se operacionaliza sem restrição, torna-se sem realidade porque sem imaginário; está em toda a parte (...) um destino indelével pesa sobre a sedução”.

RAP", enfim, o direito fertilizado pelas artes em geral, pela cultura, solo humanizador.

De maneira convergente, foi o que propuseram também Luis Alberto Warat e Willis Santiago Guerra Filho (2012), a libertação da biopolítica presente no pensamento, no conhecimento, nas cátedras universitárias, no ensino, no saber, no *Manifesto da Cátedra Livre e Multiversitária de Filosofia, Arte, Direito*, onde apregoam do que se trata e o que pretendem, de modo cru e visceral.

Eis que com fulcro em Luis Alberto Warat, postula-se por um saber amoroso e passional, que inscreveria o amor na verdade; por um saber dionisíaco que é um saber esotérico, um saber também do corpo individual e coletivo.²⁴

É preciso um saber com pitadas de carnaval, festivo, alegre, um saber não enclausurado às salas de aula, que não se faça apenas sentado (Warat, 2004), mas em movimento, assim como a vida, carnavalizado, surrealista, erotizado, de modo dionisíaco, reconhecendo-se a poesia existente no direito e na vida. É o que também entende Warat, afirmando a necessidade de se "antropologizar a desmesura", e da "re-humanização do homem", e da poética como experiência didática a fim de enriquecer poeticamente a vida dos alunos e nossas emoções.²⁵

"Re-humanizar", para Warat, é também aprender a tratar o outro reconhecendo sua espiritualidade, lembrando seu apreço por Osho, que compartilhamos. Saber falar e escutar a espiritualidade do outro, ou seja, escutar o outro, o que envolve, portanto, considerar, reconhecer e respeitar o outro²⁶.

²⁴ É dizer, contrário à "oligarquia do saber", distante, fria e indiferente, castigando toda e qualquer forma de criatividade, de percepção do novo, "(...) perto de um saber dionisíaco, um saber enraizado (...) próximo da alma do arbusto (...) um saber incorporado. Quer dizer, um saber que no cotidiano, localmente, dá ênfase à falta, ao vácuo, à experiência que apresenta não uma eficiência externa, mas uma eficácia interna. Saber do corpo, individual e coletivo, no qual felicidade e infelicidade, jubilação e desamparo estão intimamente ligados" (Warat, 1990: 31 – 32).

²⁵ Warat (2009: 302-303), onde refere que "(...) neste ponto que vejo uma presença forte do poético no Direito. Acredito que a alta poesia é aquele que consegue produzir a desmesura em harmonia, outorga-lhe harmonia a desmesura. (...) o dionisíaco apresenta um costado poderoso que tem a ver com antropologização da desmesura, um sentimento que devemos nos abandonar, pela necessidade de ver ao homem tudo o que ainda não é, mas tem que ser. (...) antropologizar a desmesura tem a ver com os necessários processos de re-humanização da espécie humana, que não só atingem ao homem como também ao seu conhecimento". V. tb. (Id., 1990: 72).

²⁶ "(...) o professor que pretende mostrar, exibir verdades, sem atentar para a espiritualidade dos alunos não está exercitando nenhum vínculo pedagógico, está como adestrando animais. (...) a espiritualidade é sempre desmesurada, por isso um professor pretende escutar a espiritualidade de seus alunos não deve preparar suas aulas. Deve preparar-se para a aula e não preparar a aula, a diferença é brutal". (Warat, 2009: 303)

A salvação para a re-humanização do Direito está na arte, é o que postula entre outros Warat, na esteira de Nietzsche, com um viés dionisíaco; é o que denomina de "filoestética", e posteriormente de "surrealismo da alteridade", de "vida carnalizada", "espiritualidade", "humanização". A arte como forma de subversão da legalidade do saber?²⁷

O surrealismo é a favor da criatividade como força transformadora, e contra toda espécie de totalitarismo que nega as diferenças e os demais como diferentes, a favor, do amor, da poesia e do prazer. É o reconhecer que o homem, antes de tudo é um ser poético. Ser diferente é sempre uma ameaça, por dificultar as estratégias de dominação, mas para ser diferente, é preciso aprender a amar e ser criativo, autêntico, ousar. É a busca do valor erótico do texto²⁸.

No mesmo sentido vão Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini, ao apontarem para a necessidade de um saber criativo, po(i)ético, poético, tal como o próprio ser humano, reconhecendo-se, como antigamente, quando era o ensino em versos considerado o mais apropriado à transmissão do saber e à sua compreensão, sendo locais como o teatro espaço privilegiado para tal transmissão²⁹. E aqui vale recordar que as tragédias, assim como as comédias, eram parte do culto ao deus Dioniso, manifestações religiosas, portanto, de cunho também fortemente político.

Já com Warat, Willis Santiago Guerra Filho postulava o retorno às artes e também à religião, mas uma religião alegre, festiva, dionisíaca, como a que praticava um dos que é referido no *Manifesto da Cátedra Livre Multiversitária de Direito, Filosofia, Arte*, José Celso Martinez Correa, no Teatro Oficina, por entender

²⁷ E continua: "A única feiticeira da salvação, desde os gregos, é a Arte. Ela é o viés da sublimação (...) Dioniso é um dos deuses das artes. (...) particularmente acho que transcender a si mesmo é uma forma de procurar a alteridade, de ir para o outro procurando valores e utopias, de produzir o valor com o outro. Esta é para mim e espiritualidade que prefiro chamar de humanização. A humanização como componente da filoestética (...)". (Warat, 2010: 95).

²⁸ Nas palavras de Warat (1990: 78): "o valor erótico de um texto depende de que cada receptor possa reconhecer-se como um leitor de si mesmo, ou seja, quando adquire a capacidade de efetuar interrogações dirigidas a seu próprio prazer".

²⁹ "Quanto ao vínculo indissolúvel e eterno do direito com o teatro, as tragédias gregas e sua função educativa também política, de servir ao conhecimento, da compreensão de questões profundas e importantes aos gregos, como Medeia, Electra, a trilogia tebana de Antígona, Edipo-rei e Édipo em Colono, demonstram que o destino já estaria traçado, e que quanto mais se tenta dele fugir, mais imperiosamente ele recairia sob aqueles que agem com medo (*hibris*)" (Guerra Filho; Cantarini, 2015: 148).

necessitarmos de um saber para nos salvar, um saber prático, "necessitamos saber salvar-nos", logo, de um "saber salvífico", sendo por isso que necessitamos de uma religião, muita religião, todas as religiões, como dizia Oswald de Andrade, repercutido por Zé Celso, e continuavam: nenhuma igreja e muita bruxaria! Algo como uma terapia teatral é do que precisamos, sendo o que propunha Warat com o Cabaret Macunaíma e Willis Santiago Guerra Filho com Fabiana Serroni nas Teatraulas, em processo de fusão criadora no projeto do Kabarett KliniKa (KKK): que o riso e o gozo nos restituam, religiosamente, a "saúde da salvação", pela vinda de uma prática filosófica que se dirija contra o isolamento característico de nossos tempos³⁰.

Com inspiração em Baudrillard, que afirma a morte do amor e do erotismo em nossa era da liquidação do real e do referencial, do extermínio do outro, provocados, em parte, pelo mundo virtual, postula Luis Alberto Warat que estamos nos privando assim "da pertinência simbólica a nossa espécie" (Warat, 2009: 139), da sexualidade, do outro, da fantasia, do desejo e do afeto, havendo uma destruição da feminilidade como criatividade, diferença e autonomia, como condição de sentido. Estamos a caminho da perda definitiva do outro, e assim, chegaremos ao fim do túnel, ao ponto máximo do processo de autodestruição e de alienação, a perda definitiva do outro, do processo de expropriação do outro e de um processo de disposição do outro, quando ocorre então a perda da total alteridade.

Sugerem Warat e Willis Santiago Guerra Filho como saída a tal crise da modernidade, o "encontro com o outro", que possibilitaria o encontro com um destino, que só existe na interseção simbólica de si com os demais, contra o "vírus estranho do ódio" (Warat, 2009: 142), como formas de resistência às novas formas de sedução, como a imagologia e a videomática, em um mundo sem esquecimento

³⁰ Como especifica Willis Santiago Guerra Filho (2017: 47): "Com a arte, ornamentamos o vazio, disfarçando o horror que nos causa; com a religião, nós o evitamos, ao venerá-lo; com a ciência, nós o negamos, negando, assim, a nós mesmos, do que resulta essa espécie tão eficaz de sociedade em sua capacidade destruidora que é a nossa. Se não nos voltarmos para a arte em alguma de suas mais diversas formas, onde se inclui a arte da política e mesmo a religião – de preferência uma forma de religião artística, criativa, prazerosa, festiva –, para daí fazermos o fundamento do mundo em que vivemos e que vive conosco, não haverá salvação possível para ele – e, conseqüentemente, para nós também".

e sem memórias³¹.

Faz o A. em destaque fortes críticas à virtualidade como futuro, cada vez mais próximo, ante ao processo de desilusão e de dissolução do sujeito que está em voga com o ciberespaço, e para a nossa realidade vazia de sentido, que é a realidade do fetiche, onde há uma fascinação pelos objetos que substituem o outro. É pôr o objeto no lugar do outro. Fetichizamos e erotizamos os objetos e coisificamos, reificamos as pessoas, vivendo solitários e doentes. Com o virtual entramos na era da morte do outro. Há uma generalizada indiferença, como nova forma de ódio, de ódio primordial, causada pela virtualização crescente. Estar privado do outro é estar privado da sexualidade e da feminilidade enquanto criatividade, diferença e autonomia, e como condição de sentido. É o que adverte Warat (1990: 139), se reportando a Baudrillard.

O conhecimento, o saber que se postula, por ser vinculado necessariamente à filosofia e à *parresia*, a coragem do dizer verdadeiro publicamente, é um saber livre como a arte e, portanto, não se coaduna com a razão técnica e científica, com apoio no pensamento didático atualmente em voga em nossa sociedade atomizada e individualista, baseado no cálculo estratégico, cada vez mais embutido em algoritmos e, assim exponencialmente potencializado, em efetividade e letalidade. A racionalidade repressiva da escritura com vistas a um saber racional, visando a exatidão, a precisão, o afasta da paixão e do canto, isto é, da origem viva da linguagem. Busquemos então um ensino alegre, carnavalizado³².

Por outro lado, é essencial a lentidão para a erotização da vida, como nos relembra Warat, com Kundera³³.

Enquanto Willis Santiago Guerra Filho (2014, 2014bis) postula pela vinda de

³¹ Seguindo com as palavras de Warat (1990: 137 – 138): "(...) os não lugares criam um direito ao anonimato substituindo os vínculos pessoais por relações indiferentes com máquinas e telas (...)", dentro "de um processo geral de personalização artificial e multiforme" (ib.: 146).

³² Portanto, sem "a estrita separação entre o dado e a teoria, o esforço por construir uma linguagem formal purificado de todas as referências do desejo (...)". É que "(...) com o virtual, afirma Baudrillard (eu comparto a ideia) não só entraremos na era da liquidação do real e do referencial, mas também na era do extermínio do outro (a desestima da realidade e o fim de toda e qualquer identidade e de todo e qualquer condição de sentido (...)" (Warat, 1990: 164).

³³ "(...) estou recordando Kundera e sua recente reivindicação da lentidão (...) de erotizá-lo (o espaço e o tempo), de carregá-lo de vida". Neste sentido: "(...) a razão moderna produz um saber que nos transborda para a alienação e não para a autonomia (é sua impossibilidade intrínseca)" (Warat, 1990: 62).

um vírus que coloque em xeque-mate a crise autoimunitária do direito, com o incremento da violência e da retração frente ao Outro, propiciando uma "apocatástase", Warat entende que tal vírus já existe, nos acomete a todos, tal como o mal produzido por agrupamentos desmedidamente ambiciosos, o vírus do nosso tempo, na esteira novamente de Baudrillard³⁴.

Não queremos tijolos e sim erguer o mundo com poesia, amor e filosofia, contra a lógica do capital que não deixa lugar para a diferença e a alteridade, favorecendo assim a degradação pornográfica. Por isso a postulação do Manifesto da Cátedra Livre Multiversitária de Direito, Filosofia, Arte, que foi *Another Brick in the Law*, com L.A.W., Luis Alberto Warat em "duolório matinal" com Willis Santiago Guerra Filho, sob os auspícios poéticos de Clarice Lispector, na mágica cidade do Rio de Janeiro.

Conclusão: Um ritornelo sonoro

Se no princípio era o verbo, toda voz grita o sem-sentido da vida humana, que só pode se sentir em casa a partir dos sons que verbaliza, como território que a devolve à Gaia. Este grito suave se confunde com os sinais xamânicos que transportam mundos em leituras transversais dos reais possíveis. O grito que canta e encanta suas angústias são os que as transformam em potências de infinitos significados criando valores para o porvir na intensidade do agora!

Há muitas músicas possíveis que as vozes humanas e não-humanas produzem como linhas de fuga que transformam o viver em *cosmicidades* singulares capazes de dissolver as neuroses da interpretação de um direito aprisionado pelas Leis. Linhas que seguem os desejos que itineram os desvios, os saltos, os abismos de que somos feitos em multiplicidades ímpares, em suma: *esquizoprudências*.

Se no silêncio das páginas lidas muitas vozes não ecoassem em nossas cabeças e transpassassem nossos corpos nos blocos de "afectos", nada nos faria

³⁴ "(...) o mal, dizia Baudrillard, volta transparentemente, se volta filtrante, não localizável. Os intelectuais do continente, eu me incluo, conseguimos a transparência viral do mal. Contraditoriamente nosso triunfo é nosso fracasso. Como bom vírus, o mal se modifica para melhorar sua condição de sobrevivência" (Warat, 1990: 64).

assombrar o sentido do próprio texto. E por que não a voz do pedagogo como um poeta do sabor? Que delícias atravessarão os corpos destes considerados sem luz (*alumni*), quando entram em contato com esse saber que os transformam em potências desejanter, em viventes deste saber?

Poetar é mais que necessário, pois atualmente a palavra escrita vem sendo objeto de desprezo no afogamento que lhe impõem as tecnologias imagéticas que acomodam os cérebros em receptores/usuários, inclusive pelo aporte das chamadas *inteligências artificiais*, embotando intensamente o pensamento crítico no algoritmo robótico à velocidade da luz, como avalanche informacional que sobrecarrega os circuitos cerebrais e o impedem de *pensamentear*. É o consumo da banalização do mal, da violência heroica do vazio totalitário.

Para ressignificar a vida na potência dos desejos será preciso encantar e, ao mesmo tempo, desarmar o desamor. Do que se trata, então, é de radicalizar o grito calmo da musicalidade da voz. Fazer coro na sala de aula que se torna, então, palco de experimentações polifônicas onde desaparecem as hierarquias e os sentidos. Sonhar nos interstícios das paisagens sonoras onde a escuta é tão ou mais importante que a enunciação. Deixar falar as polifonias como catarse, descobrir outros caminhos para o saber. Saber ouvir.

No exercício das sonoridades muitos afectos se entrecruzam. Há muitas dimensões em jogo. Desde os sentidos oníricos, órficos, passando pelas razões lúdicas das matemáticas afetivas, até a disciplina do corpo que se vê de repente livre para experimentar novas relações com o instrumento, não mais como ferramenta, mas como parte do próprio corpo que, por sua vez, se confunde com as sonoridades que emite; aí os modos de pensar se enriquecem e se *divertem*. Que retas poderão fazer sentido no discurso musical? Desmontar o jogo das certezas, das dívidas, dos castigos para construir caminhos desejanter de mundos.

Fazer desabar e colapsar os modelos e as cópias. Fazer gaguejar a música dentro da música. Experimentar novas palavras, novas relações, descobrir o impossível. Deixar o som fluir nas salas, nos corredores, nos *campi*; apreender as sonoridades como poesia musical. RAP! E também todas as outras modulações e potências dos desejos. Sonhar musical que nos faz prestar atenção nos mundos. Mudar o tom, mudar a escala, mudar o modo, mudar o mundo, principalmente dentro

de cada um, que sempre são muitos. Retornar ao que nunca foi, retorser na criação demiúrgica dos afectos, eis a retorsão agora mais que nunca necessária, fazer mundos com nossos desejos, fazer conhecimentos com nossos mundos.

Referências

Anders, Günter. *Nós, filhos de Eichmann*: carta aberta a Klaus Eichmann. Trad. Felipe Catalani. São Paulo: Elefante, 2023.

Baudrillard, Jean. *Da Sedução*. Trad.: Tânia Pellegrini, Campinas: Papyrus, 1991.

Cantarini, Paola. *Teoria Erótica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Deleuze, Gilles. *O abecedário de Gilles Deleuze*, entrevistas feitas por Claire Parnet, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=vvSptvuiMGU>, acesso em 27.08.2023.

Guerra Filho, Willis S. *O direito como sistema autopoietico*, Revista Brasileira de Filosofia, n. 163, São Paulo, 1991.

Guerra Filho, Willis S.; Aquino, Márcia Regina Pitta Lopes. Matrix como essência da técnica segundo Heidegger. *Cadernos EMARFI, Fenomenologia e Direito*, Rio de Janeiro v.5, n2. p. 97, out2012/março2013.

Guerra Filho, Willis S. *Immunological Theory of Law*, Saabrücken: Lambert, 2014.

Guerra Filho, Willis S. "Imunologia: Mudança no Paradigma Autopoietico?". *In: Passagens*, v. 6, n. 3, Set. – Dez., Rio de Janeiro: UFF, 2014bis. Disponível em <http://www.redalyc.org/pdf/3373/337331847009.pdf> (consulta em 24.08.2023).

Guerra Filho, Willis S.; Cantarini, Paola. *Teoria Poética do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Guerra Filho, Willis S. *O poliedro do pensamento e das ocupações humanas fundamentais*, Diálogo jurídico, n. 19, Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2015bis.

Guerra Filho, Willis S. *O Conhecimento Imaginário do Direito*, Curitiba: Prismas, 2017.

Guerra Filho, Willis S. blog: <http://drwillisguerra.blogspot.com.br/>, acesso em 23.08.2023.

Han, Byung-Chul. *A Sociedade do Cansaço*. Trad.: Gilda Lopes Encarnação,

Lisboa: Relógio D'água, 2014.

Han, Byung-Chul. *Agonia de Eros*. Trad.: Raúl Gábas Barcelona: Herder, 2014bis.

Schwartz, Germano; Guerra Filho, Willis Santiago (orgs.), *Another Brick in the Law*. Ensaio sobre Direito & Rock, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Warat, Luis Alberto. *Manifestos para uma ecologia do desejo*. São Paulo: Acadêmica, 1990.

Warat, Luis Alberto "‘E o tango levou!': Sobre a transformação da ideologia em trivialogia". In: NOMOS., vols. 9/10, Fortaleza: Edições UFC/Imprensa Universitária, 1990/1991.

Warat, Luis Alberto. "Diatribes de amor contra os filósofos sentados: imagens do cemitério" e "Universidad sin muros: formación continua, abierta y permanente". In: *Obras Completas*, Vol. II, Florianópolis: Ed. Fundação Boiteux, 2004, pp. 399 – 406 e 447 – 461 resp.

Warat, Luis Alberto. *Linguística e argumentação jurídica*. Textos didáticos. A digna voz da majestade. *Obras Completas*, Vol. IV, Florianópolis: Ed. Fundação Boiteux, 2009.

Warat, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio*. Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Vívian de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Morais da Rosa (trad. e org.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Warat, Luis Alberto; Guerra Filho, Willis Santiago. "Manifesto da Cátedra Livre e Multiversitária de Filosofia, Arte, Direito". In: Greta Maia; Zaneir Teixeira (orgs.). *Ensino jurídico: os desafios da compreensão do direito*. Fortaleza: UniChristus, 2012.

11. DIREITO FUNDAMENTAL FRATERO À SAÚDE



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-11>

*Cristian David Gonçalves*¹

*Reynaldo Soares da Fonseca*²

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Resignificação do Direito Constitucional; 3 Direito Fundamental Fraterno à Saúde; 4 Conclusão; Referências Bibliográficas

1 Introdução

O Direito à Saúde, reconhecida a sua fundamentalidade, é de titularidade subjetiva do cidadão, demandando a sua realização efetiva e fraterna.

Em que pese a Revolução Francesa datar de 1789, ainda hoje se observa os seus reflexos no campo político, social e, em especial, o jurídico. E é notável seu influxo na teoria constitucional. Sob a inspiração dos anseios da liberdade, igualdade e fraternidade, tem se amoldado as estruturas normativas constitucionais.

A preocupação de outrora, de apenas limitar o arbítrio estatal, com um direito positivado e que fosse observado por todos, demandou um primeiro avanço para garantir um acesso mais igualitário, adentrando em uma fase prestacional do Estado.

A dignidade da pessoa humana como princípio revelador do mínimo existencial provocou verdadeira resignificação do direito constitucional, à luz da

¹ Procurador do Município de Guarulhos-SP. Advogado. Consultor. Professor e Coordenador Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Nove de Julho Guarulhos. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Vice-Presidente da Comissão de Direito à Saúde e Médico, da Comissão OAB vai à Faculdade e membro efetivo da Comissão de Direito Tributário, todas da OAB Guarulhos – SP.

² Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor da Universidade Federal do Maranhão - UFMA, em colaboração técnica na Universidade de Brasília. Professor (Mestrado e Doutorado) da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela FADISP, com pesquisa realizada na Universidade de Siena – Itália. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade de Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UFMA/UFSC e em Direito Penal e Processual Penal – UNB.

necessária efetividade e concretização dos direitos humanos consagrados constitucionalmente, visando assegurar esse anseio isonômico pretendido.

Para além da igualdade até então concebida, exsurge, como princípio esquecido, o anseio de fraternidade, como categoria jurídica, sendo possível vislumbrar uma nova releitura da constituição.

Sob este aspecto, cumpre uma breve análise da evolução do constitucionalismo, adentrando-se neste novo olhar fraternal e suas perspectivas de impacto no direito à saúde, naquilo que já se pode observar e sem a pretensão de esgotar a temática.

2 Resignificação do Direito Constitucional – Constitucionalismo Fraternal

Vivemos em tempos líquidos³, em que tudo parece mudar constantemente.

Torna-se necessário, de tempos em tempos, a releitura da Constituição, uma verdadeira resignificação do direito Constitucional, haja vista que, com o correr do tempo, passa-se a ter novos significados (BARACHO, 1986, p.11).

Segundo BARACHO:

a palavra constitucionalismo decorre das primeiras investigações sobre a Constituição. O significado de 'Constituição', através dos tempos, coloca-nos ao lado das investigações em torno dos clássicos gregos com a tradição jurídico-romana, com as ideias que surgiram no medievo, com a concepção jurídica germânica e com os sistemas da 'common law' (1986, p.5).

André HAURIUO, *apud* BARACHO, afirma que o berço do constitucionalismo se encontra no Mediterrâneo Oriental, mais especificamente na Grécia, onde havia um constante diálogo entre o "poder" e a "liberdade", frequentemente citado por Aristóteles, que afirmou em uma de suas obras (desaparecida) haver, à época, 158 constituições das pólis - por ele compiladas com a ajuda de Teofrasto -, com destaque para a Constituição de Atenas (1986, p.7).

³Expressão utilizada por Zigmunt Bauman, em sua obra Modernidade Líquida.

Embora relevantes seus antecedentes históricos, reconhecidos amplamente pela doutrina, sua concepção mais atual remete às Revoluções americana e a francesa (BARROSO, 2010, p.16).

Nessa linha, ensina Pedro Lenza, que “dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a Constituição Norte-americana de 1789 e a Francesa de 1791(que teve como preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), movimento este deflagrado durante o iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o povo como titular legítimo do poder” (LENZA, 2018, p.67).

Concebe-se, assim, o “constitucionalismo” como o movimento político e social inicial de limitação do Estado - da arbitrariedade estatal, através de um documento jurídico único.

Nas palavras de José Joaquim Gomes CANOTILHO, tratar-se-ia de uma “técnica específica de limitação do poder” (2003, p.51).

Partindo-se do marco teórico pós-positivista, ainda que controverso, mas defendido por diversos juristas, em especial Luíz Roberto BARROSO e Ana Paula BARCELLOS, passou-se a enxergar a existência de um novo direito constitucional, com uma nova roupagem e que se denominou “neoconstitucionalismo” (HORBACH, 2007, p.83).

Não obstante as diferentes críticas e correntes existentes, pode se entender por uma verdadeira ruptura do então paradigma de mera limitação estatal, com abertura de novas perspectivas de concepção, com vias a buscar a efetivação dos direitos fundamentais, imprimindo maior eficácia à Constituição Federal.

Segundo Oscar VILHENA (2008, p.442):

O tema da interpretação constitucional que, no passado, ocupava um espaço residual na preocupação dos nossos constitucionalistas, passou a ser o principal foco de atenção de uma nova geração de juristas. Ponderação de valores, princípios ou moralidade, tornaram-se temas comuns aos estudos do direito constitucional.

À luz desta nova perspectiva, de uma nova hermenêutica constitucional, afirmam BARROSO e Ana Paula BARCELLOS (2003, p.336):

as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vista à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Nesse sentido, os princípios demandariam no neoconstitucionalismo, à luz da interpretação constitucional, mais ponderação do que subsunção. Uma verdadeira aproximação do Direito à Moral.

Este, até então novo modelo para o constitucionalismo, por muitos denominado como “neoconstitucionalismo”, é retratado por BULOS (2009, p.22) em duas acepções distintas: uma primeira contemplando o modelo de Estado de Direito, que se assenta na força vinculante da Constituição, na supremacia constitucional diante dos sistemas de fontes do Direito, na eficácia e aplicabilidade integral da carta magna e na “sobre interpretação constitucional”, que impede espaços em branco a exigir discricionariedade legislativa; e uma segunda oriunda de uma nova Teoria do Direito, em que se busca respeito aos princípios, mais ponderação que subsunção, mais direito constitucional que conflitos desnecessários, mais trabalho judicial, sem aguardar que os legisladores cumpram seu papel, e mais valores em lugar de dogmas e axiomas indiscutíveis.

Nessa linha de raciocínio, sobressairia uma maior preocupação com a eficácia do texto constitucional, que deixaria de ter caráter meramente retórico para ser mais efetivo, com vias a concretização dos direitos fundamentais (LENZA, 2011, p.59), imprimindo uma ordem de conformação à realidade social (HESSE, 1991, p.15) e passando a conformar, como topos hermenêutico, a interpretação do sistema jurídico (STRECK, 2004, p.244).

Digna de nota a contribuição de Ronald DWORKIN e Robert ALEXY, cuja conjugação das ideias destes dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria (BARROSO E BARCELLOS, 2003, p.33).

Percebe-se assim, um novo olhar principiológico: “a Constituição como verdadeiro fundamento material de toda ordem jurídica, de modo que será possível sustentá-la como um pacto dotado de verdadeira reserva de justiça. (...) os princípios passam a caracterizar o próprio ‘coração das constituições’, iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo de filtragem constitucional axiológica”. (SCHIER, 1999, p. 3), abrindo caminho para a constitucionalização do direito⁴ (BARROSO, 2003, p.27).

Consolidou-se, assim, a era do direito constitucional da efetividade, com a busca por uma adequada realização da Constituição. Clèmerson Merlin CLÈVE, Luis Roberto BARROSO, Ingo Wolfgang SARLET e Lênio STRECK tiveram papel de relevo no desenvolvimento da teoria constitucional da efetividade (SCHIER, 2017, p.31).

Isto porque, o momento vivenciado já não permitia mais discutir apenas a declaração dos direitos, mas sim sua efetivação (BOBBIO, 2004, p.25).

Pode-se perceber, desta forma, uma primeira evolução na teoria constitucional, em que, partindo da conquista de um Estado Liberal, no anseio de limitar o poder estatal, prevalecendo a vontade legislativa e a aplicabilidade da literalidade das leis, avança-se na busca de um Estado Social e Democrático de Direito, em que se concebe a Constituição da República de 1988 impregnada de normas cogentes, de valores e garantias sociais fundamentais que devem ser concretizadas.

Entretanto, nos tempos atuais, já é possível conceber uma nova releitura constitucional, ainda no contexto dos influxos das Revoluções, em especial a francesa, à luz do princípio da fraternidade.

Consolidada a nova ordem jurídica e com esteio nos fundamentos filosóficos da burguesia revolucionária, os princípios da igualdade e da liberdade foram

⁴Afirmam Luiz Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos que “As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais”.

funcionalizados em prol da propriedade, por sua vez pedra-angular do sistema como direito imprescritível e natural. Propriedade essa que possuía como caracteres a exclusividade, ao dividir a sociedade em classes (proprietários e não proprietários) e a separação entre os meios de produção e os trabalhadores não proprietários (FONSECA, 2021, p.3)

No Estado liberal, a presente afirmação de que todos os homens são livres e iguais em direitos traduz-se em uma concepção de Avelãs NUNES: "filosofia individualista que justifica a concepção atomística da sociedade (concebida como o mero somatório de indivíduos isolados) e que serve de fundamento ao contratualismo, que foi um dos pilares do liberalismo econômico e do estado liberal" (FONSECA, 2017, p.127).

Desta forma, como explica BAGGIO, por ausência de finalidade específica no Estado capitalista pós-absolutismo, a fraternidade torna-se um princípio esquecido (2008).

Como dito, a fraternidade tornou-se um princípio esquecido do Direito, sendo que tal esquecimento como categoria jurídica decorreu da clássica característica da norma jurídica: força coercível, pois é evidente que a fraternidade é livre, espontânea e não pode ser imposta (FONSECA, 2021, p.7).

Contudo, é importante mencionar que o "esquecimento" não deve prevalecer mais. Após a segunda guerra mundial, foi criada a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em 1948, reconhecendo a fraternidade como valor universal estabelecendo no artigo 1º: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

AQUINI (2008, p.133) explica que a fraternidade na declaração universal dos direitos humanos não se apresenta apenas como enunciação de um conceito, mas como princípio ativo, motor de comportamento, da ação dos homens, com uma conotação essencialmente moral.

Ainda, fraternidade e dignidade humana estão correlacionadas, na medida em que a dignidade humana assume capacidade estruturadora da fraternidade e é por ela estruturada, seja na criação do direito objetivo, seja em função integrativa na hermenêutica constitucional, haja vista que se pressupõe o reconhecimento da

condição humana a todo raciocínio em conformidade com a fraternidade (FONSECA, 2019, p.83).

Os valores fraternos apreciam os valores de amor ao próximo, com ética da responsabilidade com o outro, e com o ideal da garantia ao equilíbrio e à plena efetivação do binômio liberdade-igualdade. (FONSECA, 2019, p.84).

A lei máxima brasileira, Constituição Federal de 1988, traz o princípio da fraternidade em seu preâmbulo, de forma explícita: "(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)".

Ainda, no artigo 3º, inciso I da Carta Magna, constitui como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária.

Não obstante, é possível se valer do princípio da fraternidade como fonte de direitos e deveres (à exemplo das ações afirmativas), conforme expõe Clara Cardoso Machado JABORANDY:

Além disso, o princípio da fraternidade é fonte direta de direitos e deveres transindividuais na medida em que constitui fundamento jurídico-normativo de tais direitos. Assim, direitos fundamentais transindividuais que não estejam expressamente enumerados na Constituição serão protegidos em razão da fraternidade (...) O conteúdo da fraternidade realiza-se quando cada um, desempenhando sua função social, reconhece a existência e dignidade do outro, e é tratado pela sociedade individualmente com necessidades e fins próprios de forma que a felicidade, que é um fim individual por excelência, se realize em comunidade (2016, p.71).

Pode-se verificar, ainda, que o princípio da fraternidade tem surgido como exigência da própria política, em especial porque se verificou um fracasso dos até então mais prestigiados princípios da liberdade e igualdade (BAGGIO, 2008, p.11).

E como tal exigência, para o Direito, a fraternidade também é parâmetro normativo de correção da conduta de sujeitos de direito, ou seja, consiste em

categoria jurídica relacional com aptidão para regular a vida gregária e estabilizar as expectativas sociais no tocante às condutas humanas. Ante essa razão, o ideal fraternal assume centralidade nas operações de fundamentação, legitimação, identificação, qualificação e positivação de direitos fundamentais. (FONSECA, 2011, p.34).

Com efeito, em uma possível e atual releitura da Constituição Federal de 1988, que consagra a fraternidade como categoria jurídica, cabe ao Direito dar-lhe aplicabilidade e eficácia, exurgindo o que se tem denominado, nas palavras de Carlos Ayres BRITTO, "constitucionalismo fraternal", em uma perspectiva de se fazer uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não se tem como escapar da mesma sorte ou destino histórico. (2006, p.216).

E tal ressignificação exerce influxo sobre todo o Direito, valendo um destaque especial, por sua relevância, ainda mais acentuada pela pandemia do COVID 19, a saúde pública.

3. Direito Fundamental Fraternal à Saúde

Muito além de uma concepção apenas física ou da simples ausência de doença ou enfermidade, a Saúde tem sido compreendida como "*a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*"⁵, conforme define a Organização Mundial da Saúde em seu preâmbulo de constituição (OMS, 1946, não paginado).

Apesar de corolário do próprio direito à vida, o direito à saúde foi ganhando, com o tempo, cada vez mais atenção, até alcançar a sua constitucionalização em 1988.

O momento em que se deu a estruturação da constituinte foi marcado a partir de uma intensa participação popular. Dentre os temas constitucionais discutidos, os de direitos humanos foram os de maior apelo popular, considerando a redemocratização, o que ocasionou incessantes discussões.

⁵ Traduzindo: um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Constituição da Organização Mundial de Saúde.

Observado que o acesso à saúde era uma questão relativamente adormecida no direito brasileiro, a sociedade brasileira, especialmente na década de 1980, adquiriu aos poucos a consciência da necessidade de implementação de políticas públicas voltadas ao amparo à saúde, tanto preventiva quanto ostensivamente (DALLARI, 1988).

Tal anseio foi potencializado por uma movimentação crescente que conferiu legitimidade a tais reivindicações, em especial após a assinatura pelo Brasil da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU, 1948), de forma que, por meio do seu art. 25, reconhece, ainda que indiretamente, a saúde como um direito, mesmo que decorrente do direito assegurado ao indivíduo e sua família a um nível adequado de vida⁶.

Importante, segundo Sueli DALLARI (1988), era compreender a angústia da época com tão vasto objeto de trabalho, assim considerado a "*busca constante do completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças*"; e que qualquer redução na definição desse objeto o deformaria irremediavelmente.

A promulgação da "*Constituição Cidadã*"⁷ inovou a ordem jurídica e elevou, adicionalmente, o *status* conferido à saúde pública. Com efeito, o art. 6º do referido texto legal consagrou a saúde como direito social fundamental, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

Com certo espanto, afirma José Afonso DA SILVA (2011, p.308) que o reconhecimento constitucional de fundamentalidade do direito à saúde se deu

⁶Nesse sentido, verificamos o art. 25 - "Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade."

⁷ A expressão "*Constituição Cidadã*" foi utilizada pelo deputado federal Ulysses Guimarães - Presidente da Assembleia Nacional Constituinte - no discurso de promulgação da Constituição da República de 1988, tendo tal termo se popularizado.

apenas em 1988, apesar de ser um bem jurídico extremamente relevante à vida humana.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, além de estabelecer um amplo catálogo de direitos sociais, principalmente no art. 6º, estendeu a eles o regime dos direitos fundamentais (SCHIER, 2016, p.160), concretizando o marco da justiça social.

Segundo John RAWLS (1997, p.5):

a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. (...) É a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.

Os direitos humanos, entendidos como fundamentais, tal como a saúde, são frutos de um processo histórico, não o produto da natureza e sim, também, como construção histórica humana, suscetíveis de ampliação, pautadas pelas novas exigências, emergindo das lutas e conquistas humanas. Uma vez reconhecidos, dentro de um processo histórico, não há como suprimi-los, pois não se suprime a dignidade humana.

Nesse sentido, inclusive, se tem defendido a proibição do retrocesso social, como princípio (SCHIER, 2016, p.213).

Conforme o posicionamento do então ministro Celso de MELLO, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais (STF, ARE nº. 745745 AgR, 2014).

Deve-se assegurar o mínimo existencial, sendo vedado o retrocesso em termos de políticas públicas concernentes a direitos humanos, políticos, sociais e culturais conquistados e incorporados no patrimônio pessoal e coletivo dos

cidadãos, em especial a saúde pública, à luz do que tem decidido o Supremo Tribunal Federal.

Inclusive a ONU tem tratado a questão da saúde em um objetivo específico, conforme agenda 2030. Neste sentido é o terceiro objetivo de desenvolvimento sustentável, intitulado como saúde e bem-estar⁸ (ONU, 2015, não paginado).

A pandemia do COVID 19, que perdurou de 11/03/2020 até 05/05/2023, quando decretado seu fim pela ONU, acumulando neste período 765.222.932 casos, com quase 6.921.614 mortes⁹, chamou ainda mais a atenção para o Direito à Saúde.

E diversos foram os desafios enfrentados em questão de saúde durante este período, acentuando a necessidade de um olhar fraterno e chegando a ser objeto de questionamentos jurídicos perante a Suprema Corte brasileira.

Na ADI n.º 6.341, por exemplo, colocou-se em pauta a questão do arranjo federativo nacional, restando decidido que é competência comum dos entes federados "legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional" (STF, 2020).

Importante ressaltar a relevância da questão, diante da promulgação da Lei Federal n. 13.979/2020, que estabelecia medidas para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, sendo a questão submetida ao controle de constitucionalidade, a fim de se aferir a competência da União em estabelecer as diretrizes sobre o assunto e a imposição de medidas restritivas, em detrimento de outros entes da federação, à luz da Constituição Federal.

Na ocasião restou decidido que "(...) as regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. (...) e que não se deveria premiar "as inações do governo federal, impedindo

⁸ Para sua realização foram elaboradas metas a serem cumpridas, a título de exemplo: "3.1 - Até 2030, reduzir a taxa de mortalidade materna global para menos de 70 mortes por 100.000 nascidos vivos; 3.2 - Até 2030, acabar com as mortes evitáveis de recém-nascidos e crianças menores de 5 anos, com todos os países objetivando reduzir a mortalidade neonatal para pelo menos 12 por 1.000 nascidos vivos e a mortalidade de crianças menores de 5 anos para pelo menos 25 por 1.000 nascidos vivos; 3.3 - Até 2030, acabar com as epidemias de AIDS, tuberculose, malária e doenças tropicais negligenciadas, e combater a hepatite, doenças transmitidas pela água, e outras doenças transmissíveis;"(...).

⁹ Informações divulgadas em: <https://brasil.un.org/pt-br/230307-chefe-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-mundial-da-sa%C3%BAde-declara-o-fim-da-covid-19-como-uma-emerg%C3%Aancia-de-sa%C3%BAde>. Acesso em 29/11/2023.

que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. (...) Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde" (STF, ADI nº. 6.341, 2020).

Prevaleceu o entendimento de uma necessária cooperação que deve existir entre os entes federados, observadas as evidências científicas e as diretrizes da ONU, demandando um esforço de todos para o bem de todos, em um verdadeiro espírito de fraternidade, para uma melhor realização do direito à saúde.

Em outra interessante decisão, nas ADIs 6.586 e 6.587 (STF, 2020), o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da vacinação compulsória.

Nesse ponto, importante ressaltar, conforme Luciane BARZOTTO:

(...) o uso de máscara, o isolamento social, o cuidado com a higiene, esses comportamentos cruciais no enfrentamento da pandemia não são conteúdo de deveres estatais, mas são deveres recíprocos das pessoas – deveres de fraternidade que se impõem para empregados e empregadores no desempenho das atividades oriundas da relação de emprego. Ou seja, numa abordagem 'fraternalista' da pandemia, em que todos são responsáveis por todos, a fraternidade é uma relação de simetria, na qual os deveres repartem-se entre os polos da relação em função do cuidado e responsabilidades recíprocas. Em uma pandemia todos são vulneráveis e todos dependem de todos. A vacina não controla totalmente a difusão do vírus, mas limita em certa medida a pandemia e reflete uma necessária atenção para com o todo.(2021, não paginada)

Vale ainda o destaque para uma decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal, em que analisou a constitucionalidade das restrições temporárias à cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo no Estado de São Paulo, como medida emergencial de combate à pandemia da Covid 19, em uma ponderação de direitos fundamentais à luz do princípio da fraternidade. (STF, ADPF 811, 2021)

O Ministro Gilmar MENDES inicia sua argumentação ressaltando que “A nobreza da proteção constitucional que os autores da presente ADPF buscam, todavia, não se revela compatível com a capitulação do presente tema a uma agenda política negacionista que se revela, em toda dimensão, contrária à fraternidade tão ínsita ao exercício da religiosidade.

Ana Paula CARVALHAL (2021, não paginado) nos chama à atenção para este julgamento, ao abordar com tamanha lucidez a jurisprudência da crise na pandemia, à luz do princípio da fraternidade, ressaltando a consolidação da jurisprudência acerca do reconhecimento do referido princípio como categoria jurídica, em diversos julgados do STF.

Segundo a referida autora *“o Ministro Gilmar Mendes, relator, lembrou a importância do princípio da fraternidade, enquanto categoria jurídica, para a harmonização dos conflitos entre direitos fundamentais. (...) como lembrou, inclusive, em seu voto na ADPF 811, em 2008, na Universidade de Munster, rememorando as lições de Peter Häberle (HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta. 1998.), proferiu palestra na qual chamava atenção para o fato de que, “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”.*

Por fim, vale ainda o destaque para a decisão da Suprema Corte Brasileira, envolvendo uma questão de fundo de saúde que, analisando a constitucionalidade da Portaria do Ministério da Saúde nº 158/2016 (Art. 64, IV) e da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº. 34/2014 da ANVISA (Art. 25, XXX, “D”), que restringiam a doação de sangue a determinados grupos (homossexuais e bissexuais) e não por conduta de risco, com discriminação por orientação sexual, lembrou o Ministro relator, Edson Fachin, que “(...) tais atos tolheriam o homossexual da prática de um ato solidário por excelência, intrinsecamente ligado ao exercício da cidadania e da fraternidade, mediante procedimento de estigmatização social, que não se coaduna com a igual consideração e respeito com que todos merecem ser tratados (STF, ADI nº. 5.543, 2020).

Com efeito, “a fraternidade é uma exigência em nosso tempo, imprescindível à manutenção de uma vida vivida com dignidade. Acreditar na fraternidade é crer no reconhecimento das especificidades de cada ser humano, é um pulsar que transcende fronteiras quando concretiza a humanidade como lugar comum e reconhece que os direitos humanos são bens comuns da humanidade. (...). Com isso, a dinâmica fraterna detém potencialidade de transformação do mundo real e de reconhecimento do direito à saúde como bem comum da humanidade, motivo pelo qual é uma via de acesso a efetivação do direito à saúde e de observação do paradoxo limite/possibilidade que conduz a evolução da humanidade por meio dela mesma” (DUTRA, 2022, p.168).

4. Conclusão

Pode-se perceber um momento de maior maturidade institucional brasileira, inaugurada com a evolução do Estado Liberal para um Estado Social e Democrático de Direito, inicialmente com o Neoconstitucionalismo, avançando agora para um Constitucionalismo Fraternal, onde se verifica uma crescente preocupação não só da efetivação dos direitos sociais fundamentais, mas para alcançar uma fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão de fraternidade (BRITTO, 2006, p. 216).

Neste cenário, revela-se de suma importância começar a adotar o princípio da fraternidade como categoria jurídica apta a fundamentar uma melhor via de acesso e realização do direito à saúde, em um olhar que transcende apenas a efetividade até então buscada, para uma verdadeira concretização da vontade da Constituição, nesta releitura necessária, partindo da tríade revolucionária francesa, com vias a expressar um novo significado ao Constitucionalismo, agora de matriz fraternal.

Nesta ótica, passa-se a conceber o direito fundamental à saúde em sua fraterna acepção, possibilitando a sua verdadeira realização, corrigindo melhor as desigualdades, em prol de uma sociedade mais justa e solidária, envolvendo a resolução de questões que demandam uma maior sensibilidade humana, pois corolárias do bem humano mais precioso: a vida!

Exsurgiria, assim, o princípio da fraternidade, inclusive, como importante instrumento jurídico e fundamento de ponderação dos direitos fundamentais.

Mas para isso, vez que ainda tímidos, em que pese presentes alguns sinais de avanço nesta questão, conforme jurisprudência citada do Colendo Supremo Tribunal Federal, não se pode perder de vista que serão enormes os desafios nesta nova seara de dimensão fraternal, sendo importante um esforço maior da sociedade, da comunidade acadêmica e dos profissionais do Direito, em especial aqueles que integram o “Sistema de Justiça”, para uma verdadeira afirmação do direito fundamental fraterno à saúde de todos!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Constitucionalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>. Acesso em: 15/11/2023.

AQUINI, Marco. **Fraternidade e direitos humanos**. In: O princípio esquecido, org. BAGGIO, Antonio Maria, São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria (org). **O Princípio esquecido/2: exigências, recursos e definições de fraternidade na política**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Constitucionalismo**. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181702/000424691.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 15/11/2023.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). RERE, Salvador, IDBP, nº 9, mar./abr./mai., 2007. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 30/11/2023.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro: 232: 141-176, Abr./Jun. 2003. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em 30/11/2023.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios do Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ. v. 6, nº 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf. Acesso em: 30/11/2023.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Dez pontos sobre vacina contra a Covid-19 e relação de trabalho**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-26/luciane-barzotto-dez-pontos-vacina-relacao-trabalho/>. Acesso em 29/01/2024.

BAUMAN, Zygmunt. **A cultura na Modernidade Líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2013. Disponível em https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Modernidade_liquida.pdf. Acesso em: 03/01/2024.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª Tiragem. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em 28/11/2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.
In: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 2/12/2014. Divulgado em: 18/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº. 6.341**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 15/04/2020. Divulgado em: 12/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADIs nº. 6.586 e 6.587**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em: 17/12/2020. Divulgado em: 06/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF nº. 811**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 08/04/2021. Divulgado em: 24/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº. 5.543**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em: 11/05/2020. Divulgado em: 25/08/2020.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Forense, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHAL, Ana Paula. **O Princípio da Fraternidade e a Jurisprudência da Crise na Pandemia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/observatorio-constitucional-principio-fraternidade-jurisprudencia-crise-pandemia/>. Acesso em 09/01/2024.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, 1988.

DUDH, **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, (ONU). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 29/11/2023.

DUTRA, Gabrielle Scola, GIMENEZ, Charlise Paula Colet e MARTINI, Sandra Regina. **Fraternidade e Saúde Pública no Brasil: os Discursos dos Ministros de Saúde**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 38, n. 2, pp. 153-172, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/368/493>. Acesso em 09/01/2024.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **Direitos humanos e fraternidade: estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca** [recurso eletrônico]. / Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. – São Luís: ESMAM: EDUFMA, 2021. **Federalismo Fraternal: Concretização do Princípio da Fraternidade no Federalismo**. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/154268/federalismo_fraternal_concretizacao_fonseca.pdf. Acesso em 09/11/2023.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ**. Escola da Defensoria do Distrito Federal. 2021.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *Apud* NUNES, António José Avelãs. **A Revolução Francesa: as origens do capitalismo: a nova ordem jurídica burguesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. s.n. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORBACH, Carlos Bastide. **A Nova Roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, Póspositivismo e outros Modismos**. Revista dos Tribunais | vol. 859/2007 | p. 81 - 91 | Maio / 2007 Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 7/2015 | p. 91 - 105 | Ago / 2015 DTR\2015\10995.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

LENZA, **Direito Constitucional**, 22ª edição, Editora SARAIVA, São Paulo: 2018.

NOVELINO, **Direito Constitucional**, 5º edição, Editora MÉTODO, São Paulo: 2011.

ONU. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Nova Iorque, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 05/10/ 2023.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. por Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 3.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. 2008. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/9513d945-a565-4853-b022-af3cd460d86a>. Acesso em: 29/11/2023.

12. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA NEGROS NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE PRINCIPLE OF FRATERNITY AND AFFIRMATIVE ACTIONS FOR BLACK PEOPLE
IN THE TRIAL OF DIRECT CONSTITUTIONALITY ACTION 41 BY THE FEDERAL
SUPREME COURT



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-12>

Dayane Aparecida Rodrigues Mendes¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Princípio da Fraternidade e as ações afirmativas para negros no Brasil no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 41 pelo Supremo Tribunal Federal. 3. Conclusões. 4. Referências

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em ações afirmativas, o primeiro Princípio que vem à mente, sem dúvida, é o da Igualdade. Entretanto, o presente artigo científico tem por objetivo dar voz ao chamado "Princípio Esquecido", o Princípio da Fraternidade, destacando a sua importância e aplicabilidade.

No Brasil, o Princípio da Fraternidade vem ganhando força por intermédio das decisões judiciais dos Tribunais Superiores, cuja principal obra citada é "O Princípio Constitucional da Fraternidade, seu resgate no Sistema de Justiça", de autoria do nosso professor homenageado, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

No referido livro, o professor Reynaldo explica que *"antes mesmo da apropriação cultural do termo pela Revolução Francesa, verifica-se que a fraternidade já possuía função notável na dinâmica pública no medievo e na Era moderna, ao se traduzir em uma ligação universal entre seres igualmente dignos,*

¹ Juíza de Direito (TJSP).

cujo resultante um complexo sistema de solidariedade social e atenção aos necessitados, previamente à própria falência do Estado liberal. Por sua vez, com o advento da Revolução de 1789, a fraternidade é recolocada como elemento conectivo entre a liberdade e a igualdade, distinguindo-se destes por sua peculiar fundação relacional em favor de um projeto moderno de sociedade. Pouco tempo depois de referido movimento, a categoria fraternal do tripé republicano recai em desuso, ao contrário das expressões do binômio entre liberdade e igualdade, passíveis de expressão como princípios constitucionais e diretrizes de movimentos políticos, progressivamente antagônico a partir de sistemas de produção e governo, ou mesmo visões de sociedade, tal como a Guerra Fria exemplificou". (pagina 51 livro Reynaldo onde ele cita outro livro)

O Princípio da Fraternidade não está expresso em nossa Constituição Federal, porém, ele está em sintonia com o art. 1º, II e III e art. 3º, II e III, ambos da Constituição Federal que versam, respectivamente, sobre os fundamentos e os objetivos da República:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: *II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;*

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: *I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

No preâmbulo da Constituição Federal, cuja natureza jurídica é polêmica quanto à sua força normativa, consta que "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade *fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução

pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

Nos dizeres do ministro poeta Carlos Ayres Britto, *“a ideia de fraternização da Constituição ou constitucionalização, principalmente externa, da Fraternidade tem exatamente o objetivo de constituir sua verdadeira função no ordenamento jurídico, como concretização de um direito público subjetivo à fraternidade, o que irá propiciar sua exigência no aspecto vertical, bem como permitirá com isso a utilização das ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade para garantia de sua observância”*. (BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216).

Não se nega, evidentemente, que a análise das ações afirmativas também ocorra sob o viés do Princípio da Igualdade, especialmente quanto ao conceito Aristotélico sobre a igualdade material. O que se pretende com o presente trabalho é evoluir o pensamento, de modo que juristas passem também a enxergar e aplicar o Princípio da Fraternidade, que nada mais é do que a junção entre pilares que soam, no primeiro momento, antagônicos entre si, quais seja, a igualdade e a liberdade, especialmente sob o aspecto da análise econômica do Direito.

2 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA NEGROS NO BRASIL NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Princípio da Fraternidade pode ser utilizado com um dos instrumentos no combate à desigualdade racial e social.

Nesse ponto, oportuno ressaltar que o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 41, em 2007, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, teve importantíssima relevância quanto a implementação de ações afirmativas no Brasil. Isso porque, naquela época os questionamentos à Lei 12.990/2014 que versava sobre a reserva de vagas para negros em concursos públicos colocava em cheque o próprio passado escravocrata vivenciado no Brasil. Afinal, o que eram essas cotas e porque elas eram (e continuam sendo) necessárias? Poderiam ou deveriam as cotas se estender a outros ramos, seja na iniciativa pública ou privada?

De acordo com a doutrina, as ações afirmativas surgiram em 6 de março de 1961, na Ordem Executiva 10925 do Presidente John F. Kennedy, que proibiu as agências governamentais de discriminar os candidatos em razão da cor, da religião e da nacionalidade e as estimulou para uso de ações afirmativas na contratação dos empregados. Elas foram o resultado da luta pelos direitos civis organizada pela NAACP (National Association for the Advancement of Colored People), pelos líderes do movimento negro, Martin Luther King, Malcom X e pelas Panteras Negras.

Mas o que são as políticas de ação afirmativa? São medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos (SARMENTO, 2008, p. 218).

De acordo com Daniel Sarmento, no Brasil, “foi a partir dos trabalhos preparatórios para a Conferência Mundial de Durban, de 2001, que, de fato, as ações afirmativas começaram a ser pensadas como instrumento para a redução da absurda desigualdade entre as etnias existentes entre nós” (SARMENTO, 2008, p. 217).

Embora não se desconheça a divergência quanto a natureza jurídica, não se pode negar o viés compensatório ou reparatório que tais medidas surtem, especialmente diante do longo passado escravocrata do Brasil. Em outras palavras, as ações afirmativas são uma reparação ou compensação aos grupos historicamente marginalizados pela escravidão cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais.

Mesmo os autores que divergem sobre a natureza jurídica, defendendo seu caráter distributivo, se curvam sobre a necessidade de implantação dessas medidas.

No dizer de Ronald Fiscus, justiça distributiva é uma busca de justiça no presente, ao passo que justiça compensatória seria uma postulação de justiça retroativa, que visa a reparar danos causados no passado (GOMES, 2001, p. 66-67).

Até porque o fato de se estabelecer cotas às minorias não significa que estes alunos serão piores profissionais no futuro. Ao contrário, as superações que tiveram que enfrentar até serem aprovados indicam um grande potencial de superação.

Se uma universidade admite alunos de maior inteligência, ela não o faz em consideração ao maior interesse que eles têm em ser admitidos, nem em reconhecimento ao seu direito de ser admitido, mas porque, com isso, favorece objetivos que, acredita, serão propiciados por esse processo de admissão. Portanto, se essa mesma universidade resolver adotar novos objetivos e usar a ação afirmativa para fomentá-los, os candidatos que teriam sido admitidos pelo processo anterior não poderão reclamar que a nova maneira de agir viola os seus direitos a ser admitidos, ou dispensa-lhes menos respeito do que aos outros. Para começar, não tinham nenhum reclamo especial para ser admitidos; eram felizes beneficiários da velha política da universidade. Agora que essa política mudou, outros se beneficiam, não eles. Se isso parece injusto, é só porque estávamos habituados à velha política (SINGER, 1984, p. 58).

No Brasil, o combate à discriminação racial remonta da Lei Áurea em 1888 até diversas outras leis tais como a Lei 1.390 de 1951 referente à Lei Afonso Arinos, que foi a primeira lei a tentar conter os avanços da discriminação racial; a Lei 7.716 de 1989, referente a Lei Caó; a própria Constituição Federal de 1988 que em seu art. 5º XLIII, que tornou a prática de racismo crime inafiançável e imprescritível; o Decreto Presidencial nº 4.228 de 2002 que instituiu no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa de Ações Afirmativas; até que, por fim, em 2010 promulgou-se o Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.288.

Foi somente em 2017, porém, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 41 que a questão jurídica teve seu grande marco, à medida em que o Tribunal Pleno do Supremo declarou a constitucionalidade da lei objeto da ação, bem como das próprias ações afirmativas.

Na ocasião decidiu-se que: “É *constitucional* a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

Assim constou na ementa do voto: “Ementa: Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. *Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.* 1.2. *Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.* 1.3. *Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido*

beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014".

Na fundamentação, porém, merece destaque a passagem em que o relator Ministro Luís Roberto Barroso, discorre sobre o princípio da Fraternidade para fundamentar seu entendimento:

(...) Desde seu preâmbulo, cuja força de vetor interpretativo do texto constitucional foi reconhecida por este Supremo Tribunal (ADI n. 2.649, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 17.10.2008), a Constituição da República demonstra a finalidade do Estado Democrático brasileiro de "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)

(...)É que, Senhora Presidente, sem se considerar que a Constituição impõe ao Estado o dever de atribuir aos desprivilegiados – verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional – a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível construir a igualdade nem realizar a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I)

(...)Como anteriormente salientado, cabe reconhecer que a adoção de mecanismos compensatórios, fundados em políticas públicas de ação afirmativa, tem por explícita finalidade contribuir para a realização, no plano material, do princípio constitucional da igualdade, além de revelar extrema fidelidade à exigência, que é também constitucional, de viabilizar a promoção do bem-estar de todos, de erradicar a marginalização e de fazer respeitar o postulado da dignidade da pessoa humana, em ordem a permitir que se construa, em nosso País, uma sociedade justa, uma sociedade livre, uma sociedade fraterna, uma sociedade solidária. Busca-se, enfim, por esses meios, compensar situações de desnível que historicamente se registraram e que ainda, lamentavelmente, subsistem no Brasil".

(...) Vale referir, ante a pertinência de seu conteúdo, fragmento da decisão na qual a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgando o RE 676.335/MG, de que foi Relatora, reconheceu a legitimidade constitucional da adoção, pelo legislador comum, da reserva de vagas, assinalando que essa providência revela-se juridicamente válida no contexto de políticas governamentais de ações afirmativas: "De se enfatizar, pois, que a reserva de vagas determinada pelo inc. VIII do art. 37 da Constituição da República tem tripla função: a) garantir 'a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica, [verdadeira] política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988', como destacado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do RMS 26.071 (DJ 1º.2.2008); b) viabilizar o exercício do direito titularizado por todos os cidadãos de acesso aos cargos públicos, permitindo, a um só tempo, que pessoas com necessidades especiais participem do mundo do trabalho e, de forma digna, possam manter-se e ser mantenedoras daqueles que delas dependem; e c) possibilitar à Administração Pública preencher os cargos com

peessoas qualificadas e capacitadas para o exercício das atribuições inerentes aos cargos, observando-se, por óbvio, a sua natureza e as suas finalidades.

A partir desta decisão do Supremo Tribunal Federal, confirmando a constitucionalidade das ações afirmativas, surgiram cotas em concursos públicos, processos seletivos de empresas e outros.

Entretanto, mesmo após dez anos da decisão acima mencionada, as pesquisas mostram que o Brasil ainda está longe de atingir a igualdade material para os afrodescendentes, bem como uma sociedade fraterna.

Porém, na esteira desta decisão, podemos ainda destacar outras decisões dos Tribunais Superiores, muitas com impacto social nacional, nas quais um dos fundamentos também foi o Princípio da Fraternidade, dentre as quais:

a) a Petição 3.388, julgada em 19/03/1999, que tratou da demarcação de terras indígenas, de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto, em que o Tribunal Pleno, considerou os artigos 231 e 232 da Constituição Federal como *“de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária”*;

b) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510, julgada em 29/05/2008, que autorizou as pesquisas com células-tronco embrionárias. Durante o julgamento da ADI, o ministro Carlos Ayres Britto afirmou que *“a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião in vitro, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica ‘a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça’ como valores supremos de uma sociedade mais que tudo ‘fraterna’”*;

c) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, julgada em 05/05/2011, o Supremo reconheceu *“a proibição do preconceito como um capítulo do constitucionalismo fraternal a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral – mais do que*

simplesmente econômico-social – dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados”.

d) no julgamento do REsp 1.953.607- SC, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 14/09/2022 (tema 1120), referente a remição do trabalho durante a pandemia Covid-19, o Superior Tribunal de Justiça destacou que *“nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, §4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de Covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico”.*

3 CONCLUSÃO

De acordo com o IBGE, 56 % da população brasileira se declara negra. Entretanto, será que essa mesma população ocupa os espaços de Poder ou ainda vivem à margem social? Em simples passeio público com os olhares atentos à realidade social é possível enxergar que muitos negros e seus descendentes, desde a abolição formal da escravidão, passaram a ocupar cargos domésticos ou assalariados, muitos vivem em condições precárias de moradia, sem acesso a educação e alimentação básicas de qualidade ou sequer têm consciência de seus direitos enquanto pessoa humana.

No Brasil e no mundo, a humanidade ainda tem um longo caminho a trilhar rumo a uma sociedade mais justa, solidária, fraterna e sem discriminação racial. Nesse sentido, a força normativa e, por vezes, vinculante, das decisões dos Tribunais Superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são relevantes para os avanços sociais. Os reflexos dessas decisões podem ser vistos nas instâncias inferiores, nas leis posteriormente promulgadas, nos incentivos das empresas empenhadas com o desenvolvimento social, nos juristas e estudiosos que buscam pela concretização de direitos.

A conscientização sobre os problemas sociais, por intermédio da educação intensificada e informação correta também são instrumentos para que possamos alcançar os objetivos da Constituição Federal. O termômetro será o dia em que possamos andar nas ruas e não subjugar as crianças, homens e mulheres negras, o dia em que um profissional negro seja admitido e reconhecido tanto quanto um profissional branco, o dia em que uma pessoa não seja considerada suspeita de um crime unicamente pela cor da sua pele, dentre outras situações. Leve o tempo que for, esperamos que breve, tenho esperança que esse dia chegará.

REFERENCIAS

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

FONSECA, Reynaldo Soares. **O Princípio Constitucional da Fraternidade, seu resgate no Sistema de Justiça**, 2019.

GOMES, Canotilho; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa: anotada**. Coimbra: [s. n.], 1978.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2000.

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

13. DISCRIMINAR NÃO. VIABILIZAR A IGUALDADE SIM. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-13>

Soraya Galassi Lambert¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. RACISMO ESTRUTURAL. 3. DISCRIMINAÇÃO RACIAL E AÇÕES AFIRMATIVAS. 4. PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO FUNDAMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS EM FAVOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 5. PROGRAMA DE TRAINEES DO MAGAZINE LUIZA E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA FRATERNIDADE. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

No dia 18 de setembro de 2020, o mundo perdeu um grande ícone do liberalismo: Ruth Bader Ginsburg. Nomeada para a Suprema Corte Americana no ano de 1993, onde permaneceu até seu falecimento, aos 87 anos, a juíza RBG, como era conhecida Ruth Bader Ginsburg, teve atuação incansável na análise de questões de extrema importância como igualdade de gênero, imigração, aborto e casamento igualitário.

Mesmo sem estar conectada a nenhuma rede social, RBG era a juíza mais conhecida do mundo e foi musa inspiradora de uma geração que clama pela justiça social e luta contra a discriminação. Em uma Suprema Corte de maioria conservadora, ela foi a primeira juíza a abrir caminho para discussão sobre temas polêmicos, como por exemplo, a legalização do aborto.

Ruth Bader dizia que gostaria de ser lembrada “como alguém que usou todo o talento que tinha para fazer seu trabalho da melhor maneira possível. E para ajudar

¹Juíza Auxiliar da Vice-Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; Mestranda em Direito do Trabalho pela Uninove; Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Especialista em Economia do Trabalho e Direito Sindical pela UNICAMP.

a reparar as divisões em sua sociedade e tornar as coisas um pouco melhores por meio do uso de qualquer habilidade que ela tivesse”.

E realmente não é possível lembrar de RBG sem associar sua imagem à luta incansável pela superação das diferenças em prol de um mundo mais igualitário. Do alto de seu 1,55m, Ruth Bader era uma gigante na defesa da igualdade de direitos. Exemplo eterno de firmeza e força, sem perder a sensibilidade e a ternura.

Enquanto o mundo se despedia de uma notável magistrada, símbolo da luta contra a desigualdade, no Brasil, a discriminação ganhou espaço nas discussões dentro e fora da internet.

No mesmo dia 18 de setembro, a rede de lojas Magazine Luiza anunciou que seu programa de trainees de 2021 estaria aberto apenas para candidatos negros. A empresa pontuou que referida medida objetivava levar mais diversidade racial para os cargos de liderança da companhia.

Referida iniciativa, entretanto, não agradou a gregos e troianos. Defendida por muitos que vislumbraram política elogiosa de inclusão, também foi alvo de enxurrada de protestos, onde a empresa foi acusada de “racismo reverso”, com sem número de postagens com a hashtag # branco.

Esse sem número de manifestações reabriu a discussão sobre condutas discriminatórias, políticas de inclusão e ações afirmativas.

Discriminação, na definição do dicionário, é a faculdade de discriminar; distinguir; discernimento. É a ação ou efeito de separar, segregar, pôr à parte.

O fato de o Magazine Luiza restringir as inscrições ao programa de trainees de 2021 tão somente aos candidatos da raça negra poderia caracterizar discriminação? Ou seria um grande exemplo de ação afirmativa?

Antes de responder a esses questionamentos, cabe tecer algumas considerações acerca do racismo, que, infelizmente, está incrustado em nossa sociedade.

2. RACISMO ESTRUTURAL

No mês de julho de 2020, antes da largada do GP da Áustria, pilotos e mecânicos se ajoelharam e fizeram um minuto de silêncio em respeito às vítimas da

Covid-19. Na oportunidade, vestiram uma camisa preta com mensagem de "fim do racismo" e "vidas negras importam". O protesto foi encabeçado por Lewis Hamilton, único piloto negro no grid, que já cobrou por reiteradas vezes um posicionamento da F1 para causas sociais.

E cerca de um mês e meio antes, o mundo ficou paralisado ao se deparar com cenas fortes que circularam nas redes sociais. George Floyd, um homem negro, morreu asfixiado após violenta ação de policial, em Minnesota, nos Estados Unidos. Ele implorava para não ser morto enquanto o policial o sufocava ajoelhado sobre seu pescoço. Essa atrocidade, fruto do racismo, gerou inúmeras manifestações nos Estados Unidos e no mundo, com a campanha "Black Lives Matter" ("Vidas Negras Importam").

O assassinato de George Floyd fez o mundo refletir e ficar penalizado com essa triste realidade que é o racismo. Racismo que maculou a história da humanidade com dor e sofrimento. Racismo que originou o apartheid, regime de segregação implementado na África do Sul, onde os direitos da maioria dos negros foram retirados pela minoria branca no poder.

Uma das definições de racismo encontradas no dicionário é "o preconceito extremado contra indivíduos pertencentes a uma raça ou etnia diferente, geralmente considerada inferior."

No Brasil, a abolição da escravatura se deu há 132 anos, mas o odioso racismo, velado ou explícito, persiste.

Segundo dados do IBGE, no Brasil, 19,2 milhões de habitantes se declaram pretos e 89,7 milhões são pardos, em um panorama de 209,2 milhões de habitantes. Assim, os negros são a maioria da população brasileira. Mas, mesmo sendo maioria, são minoria em cargos de liderança dentro do mercado de trabalho.

O racismo, sem qualquer sombra de dúvida, é componente de estruturação do mercado de trabalho.

Reiteradas pesquisas demonstram que a população negra e parda, ainda que tenha o mesmo nível de escolaridade e titulação, encontra dificuldades na obtenção de emprego, bem como ao acesso aos postos de comando e chefia e pagamento de iguais salários. E as dificuldades aumentam no caso da mulher negra, tristemente associada a funções de baixo nível de instrução, como empregada doméstica e

serviços gerais. O preconceito, no caso da mulher, além de racial, também é de gênero.

Pensando no contrato de trabalho, a discriminação racial pode se consubstanciar em óbice na admissão, ocorrer no curso do contrato de trabalho, funcionando como impedimento a promoções dentro da empresa, bem como acontecer no término do contrato, como elemento "motivador" para a dispensa.

O empregador, dentro do poder diretivo, tem liberdade para contratar, promover empregados e dispensar, com vistas a atender aos interesses do empreendimento. Mas o poder diretivo não tem, porém, o condão de acobertar atos discriminatórios de qualquer ordem, inclusive racial.

Cumprir destacar que a Constituição da República, em seu artigo 5º, XLII, é clara ao preconizar que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

O artigo 7º, do diploma constitucional, por sua vez, torna expressa a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

A prova da discriminação é do empregado, a teor do preconizado pelo artigo 818, I, da CLT, mas, caso efetivamente demonstrada poderá ensejar o pagamento de indenização por danos morais em razão da ocorrência de racismo na admissão, no curso do contrato e na dispensa, sem prejuízo da reintegração no emprego no caso de dispensa discriminatória.

A Lei no. 9.029/95, em seu artigo 1º, é clara ao dispor que é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, entre outros.

O artigo 4º, do referido diploma legal, por sua vez, preconiza que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, além do direito à reparação do dano moral, faculta ao empregado optar entre a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais e a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Assim, com amparo na Constituição e nas leis ordinárias, cabe ao Judiciário coibir e punir a discriminação racial, dentro e fora do contrato de trabalho.

O maior obstáculo, sem qualquer sombra de dúvida, é vencer a chamada "mentalidade escravocrata", que associa o negro aos postos de trabalho inferiores.

É preciso vencer o preconceito e perceber que 132 anos se passaram e a realidade mostra que temos grandes negros professores, médicos, advogados, magistrados e em sem número de profissões, que ultrapassaram toda sorte de dificuldades e venceram.

Segundo Sales Augusto dos Santos:

"O debate público sobre o racismo ainda é um grande tabu na sociedade brasileira (GUIMARÃES, 1999). Isso dificulta qualquer processo de discussão sobre os problemas a serem enfrentados por meio de políticas públicas específicas para os negros, as chamadas ações afirmativas. Para o sociólogo Valter Roberto Silvério:

Embora várias investigações tenham detectado os fatores que estruturam as desigualdades raciais, os velhos argumentos que procuram nos -convencer da não-necessidade ou da ineficácia de políticas públicas para grupos específicos retornam com novas roupagens. Assim, aparentemente, o problema é que, no Brasil, não se assume que as desigualdades sociais têm um fundamento racial, que influi de maneira decisiva nas variações encontradas nos indicadores relativos à renda, à educação e à saúde da população brasileira (SILVÉRIO, 2002, P. 98-99).

Some-se a isso que no Brasil não somos cegos à cor/raça dos indivíduos, mas ao racismo e às suas consequências virulentas. Neste país, conforme afirmou o sociólogo Florestan Fernandes, surgiu "uma espécie de preconceito reativo: o preconceito contra o preconceito ou o preconceito de ter preconceito" (Fernandes, 1972, p. 42). Discriminamos os negros mas resistimos a reconhecer a discriminação racial que praticamos contra esse grupo racial." ²

² SANTOS, Sales Augusto dos, *Ações Afirmativas e o Mérito Individual, Ações Afirmativas – Políticas Públicas contra a desigualdade racial*, DP&A Editora Ltda., 2003, Rio de Janeiro, p. 85-86

No dia 19 de novembro de 2020, dia que antecedeu a comemoração anual do Dia da Consciência Negra, o brasileiro se deparou com uma notícia que trouxe um misto de revolta, inconformismo, tristeza e falta de esperança em um mundo melhor.

João Alberto Silveira Freire, um negro de 40 anos e pai de quatro filhos, que prestava serviços autônomos para sobreviver, foi brutalmente assassinado nas dependências de um supermercado da rede Carrefour, por dois seguranças que prestavam serviços no referido mercado.

Essa tragédia sem precedentes mostra a gravidade das condutas discriminatórias, que obstam o acesso a um bom emprego, violam a honra e a dignidade, tiram a vida.

Discriminação que atinge crianças, jovens, adultos e homens e mulheres na melhor idade. Discriminação que não só é aceita por parte da população, como é considerada normal. Discriminação que jamais poderia ser aceita. Discriminação que vai na contramão dos Direitos Humanos.

O negro João Alberto foi atacado covardemente por dois homens brancos, que desferiram golpes sem remorso e de forma incessante até que ele desse o último suspiro. E com o último suspiro de João Alberto também foi embora a esperança de milhões.

Esse crime hediondo gerou protestos contra a rede de supermercados Carrefour em diversas cidades do país, advindos desde organizações não governamentais de defesa dos direitos humanos até grupos de populares inconformados com tamanha barbárie. Os protestos englobam desde movimentos pacíficos com faixas com dizeres de "Vidas negras importam" até manifestações violentas com depredação das dependências dos mercados e saques de mercadorias.

A pedra de toque de todos os movimentos foi o inconformismo diante do desrespeito e da flagrante violação à dignidade humana. Na contramão do inconformismo, manifestações em redes sociais contrárias aos protestos, sob o fundamento de que todas as vidas importam e não apenas as negras. Tais manifestações não observam, entretanto, a triste realidade que massacra os negros. Até quando as pessoas vão se incomodar mais com protestos contra o racismo, do que com o racismo em si?

E qual seria a responsabilidade da rede de supermercados Carrefour em face desse crime? A empresa responde pelos danos causados por seus empregados, no exercício da função, sejam quais forem esses danos. Uma organização tem o dever de zelar pelo bem estar dos clientes que adentram ao estabelecimento. E mais, tem o dever de orientar seus funcionários a agirem de forma ética e zelosa, com respeito a todos e preservando valores que não tem preço. A partir do momento que a empresa abre mão de ações afirmativas contra as desigualdades raciais deixa a porta aberta para condutas de tamanha gravidade como essa que testemunhamos.

Após a morte de João Alberto, o Grupo Carrefour Brasil firmou compromisso público de lutar pelo combate ao racismo estrutural, no Brasil, com a promoção de ações afirmativas para a inclusão social e econômica de negros e negras na sociedade. Para tal mister, a companhia anunciou a criação de um fundo, com aporte inicial de R\$ 25 milhões, sendo que reverterá todo o resultado das vendas realizadas em todos os hipermercados da rede no país, no dia da Consciência Negra, 20 de novembro.

Infelizmente, nada trará de volta a vida do cidadão João Alberto. Nada trará de volta a vida do americano George Floyd, morto em maio deste ano nos Estados Unidos. Duas vidas perdidas em decorrência dos mesmos males: racismo e violação aos direitos humanos. Resta, todavia, a esperança de que esses assassinatos brutais sejam o estopim para uma nova mentalidade, onde as pessoas não sejam discriminadas em razão da cor e da condição social e o respeito aos direitos humanos possa escrever uma nova história onde valores como a igualdade e a fraternidade prevaleçam.

3. DISCRIMINAÇÃO RACIAL E AÇÕES AFIRMATIVAS

Para Sales Augusto dos Santos:

"A indiferença moral em relação ao destino social dos indivíduos negros é tão generalizada que não ficamos constrangidos com a constatação das desigualdades raciais brasileiras. Elas não nos tocam, não nos incomodam, nem enquanto cidadãos que exigem e esperam o cumprimento integral da

Constituição Federal. É como se os negros não existissem, não fizessem parte nem participassem ativamente da sociedade brasileira. A “invisibilidade” do processo de discriminação racial reaviava o mito da democracia racial, impedindo uma discussão séria, franca e profunda sobre as relações sociais brasileiras e, mais do que isso, inibe a implementação de políticas públicas específicas para os negros. Aliás, a negação da existência dos negros ou, se se quiser, a sua desumanização, é da essência do racismo. E é essa negação dos negros enquanto serem humanos que nos “anestesia” quanto às desigualdades raciais. Estes fatos têm um enorme peso no momento de se decidir sobre qual política adotar para solucionar a discriminação racial a que estão submetidos os negros”³.

Joaquim Barbosa Gomes pondera, com propriedade, que:

“Com efeito, a discriminação, como um componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, reveste-se inegavelmente de uma roupagem competitiva. Afinal, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefício de outros. Quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre discriminador e discriminado. Daí resulta, inevitavelmente, que aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade se contraponham os interesses de outros na manutenção do status quo. É curial, pois, que as ações afirmativas, mecanismo jurídico concebido com vistas a quebrar essa dinâmica perversa, sofram o influxo dessas forças contrapostas e atraíam considerável resistência, sobretudo da parte daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão dos grupos socialmente fragilizados.”⁴

³ SANTOS, Sales Augusto dos, *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*/ Organizador, Sales Augusto dos Santos. – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. p. 14/15

⁴ GOMES, Joaquim Barbosa, *Ações Afirmativas – Políticas Públicas contra as Desigualdades Raciais*, DP&A Editora, Rio de Janeiro, 2003, p. 24

No ano de 1965, a Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, convenção essa que foi ratificada por 170 países, entre eles o Brasil, em 27/03/1968.

Em seu artigo 1º, referida Convenção preconiza que a discriminação racial é "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais".

No ano de 1968, verificam-se os primeiros registros, com vistas à implantação de ações afirmativas no Brasil, por meio de pareceres técnicos do Ministério Público do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, para a promulgação de lei que obrigasse as empresas privadas a manter uma percentagem mínima de empregados negros (20%, 15% ou 10%, de acordo com o ramo de atividade e a demanda), como única solução para o problema da discriminação racial no mercado de trabalho. Frise-se, entretanto, que essa lei nunca chegou a ser elaborada.

Segundo Flávia Piovesan:

"a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade." ⁵

Afirma, outrossim, que "essa mesma lógica inspirou a definição de discriminação contra a mulher, quando da adoção da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, pela ONU, em 1979.

A discriminação ocorre quando somos tratados iguais, em situações diferentes; e diferentes, em situações iguais."

⁵ PIOVESAN, Flavia. (s.d.). Revista Estudos Feministas. *Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*, p. Rev. Estud. Fem. vol.16 no.3 Florianópolis Sept./Dec. 2008.

Cumprir destacar que a Constituição de 1988 é instrumento jurídico de suma importância quando se alude à luta pela igualdade.

Depreende-se da análise do artigo 3º, I, III e IV, a consagração da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum, sem quaisquer formas de discriminação.

Nesse contexto, há de se pensar na possibilidade de atuação ativa do Estado na busca da igualdade prevista na Carta Magna vigente. Estamos diante das ações afirmativas.

Inicialmente, cumprir destacar que há de se diferenciar as ações afirmativas das ações contra a discriminação. Enquanto as primeiras se consubstanciam em medidas positivas, com vistas a favorecer aquele que é alvo de discriminação, as segundas têm por objetivo, além de coibir e punir os atos de discriminação, trazer a conscientização acerca do problema.

Em nossa sociedade, que sofreu processo de colonização escravocrata, verifica-se a assimetria de oportunidades entre os grupos sociais, marcados por injustiças históricas, restam necessárias as ações afirmativas, com vistas a minorar a desigualdade política, social e econômica.

As ações afirmativas objetivam a promoção da igualdade de acesso a oportunidades. Com vistas a uma distribuição equitativa de bens e oportunidades, há de se tratar desigualmente os desiguais. As ações afirmativas, indubitavelmente, possibilitam que os caminhos percorridos pelos indivíduos que integrem grupos menos favorecidos sejam frutos de suas efetivas escolhas.

Assim, o Estado deixa a posição de neutralidade, que está associada à manutenção de grupos sociais sem voz e distantes da conquista de seus direitos, para atuar como facilitador da mitigação das desigualdades sociais.

Quando se fala em política de ações afirmativas, resta inevitável a associação a uma discriminação positiva, onde são estabelecidos critérios para reconhecimento das diferenças entre os grupos sociais.

Segundo Aline Souza do Nascimento:

“a Índia foi pioneira na implementação das políticas afirmativas ao adotar como parte da legislação, em 1950 a criminalização da divisão de castas, que

historicamente vinha dividindo a população indiana em grupos sociais hereditários (em que a condição social de um indivíduo passa de pai para filho). A estrutura de castas impedia a mobilidade social e, com isso, quem nascia nas castas mais baixas não tinha possibilidade de ascender socialmente, pois todos os mecanismos legais estavam reservados para as castas mais altas. O país passou a ter **políticas de reserva** para incluir "cotas de representação política nas legislaturas, cotas de contratação no serviço público e cotas nas instituições públicas de ensino superior" (DAFLON & FERES JR, 2015).

Acrescenta, ainda, que:

"Nos EUA, as políticas de ações afirmativas foram implementadas na década de 1960, como resultado da luta por direitos civis e pela promoção da igualdade racial, voltada para o acesso nos espaços educacionais, políticos e econômicos. Foi nessa mesma década que se implementou cota no mercado de trabalho para impulsionar e garantir oportunidades para afro americanos nos processos de contratação e seleção"⁶.

Cumprir destacar que o Brasil, na Conferência de Durban, realizada no ano de 2001, reconheceu internacionalmente que é um país racista. Mas apenas no ano de 2003, com a edição da Lei no. 10.639/2003, iniciou a implementação das ações afirmativas, ao estabelecer o ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana para a Educação Básica. Foi instituída a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR), que determinou a criação de diversos mecanismos de incentivo e pesquisas, otimizando os projetos direcionados à população afrodescendente.

Mais adiante, no ano de 2012, foi aprovada a Lei no. 12.711/2012, que instituiu o programa de cotas em universidades para pretos, pardos e pobres, objetivando diminuir o fosso persistente na formação dos negros, herança de uma sociedade escravocrata.

Segundo Renato Emerson dos Santos:

⁶ NASCIMENTO, Aline Souza (s.d.). p. <http://simaigualdaderacial.com.br/site/?p=2912>

“a idéia de constituição de cursos pré-vestibulares para grupos socialmente desfavorecidos remonta, pelo menos, à década de 1970. Nascimento (2002) localiza em 1976 a criação de um curso voltado para negros, organizado pelo Centro de Estudos Brasil-África no Rio de Janeiro. Na década de 1980 também foram criados outros cursos, mas, foi na década seguinte que ocorreu uma difusão massiva desta iniciativa. A expressão mais importante desse processo foi o Pré-Vestibular para Negros e Carentes (PVNC), pelo número de núcleos que criou e congregou, e pelo seu caráter seminal – muitos cursos, mesmo que desvinculados dele, surgiram a partir da ação direta ou da influência de seus militantes, difundindo seu formato e alguns de seus princípios organizativos e ideológicos. O PVNC constituiu uma rede que chegou a articular mais de setenta cursos pela região metropolitana do Rio de Janeiro.”⁷

E há muito a se reparar, quando se pensa que, em 1837, os negros, escravizados ou não, eram proibidos de estudar. Mais de um século depois, no ano de 1968, a Lei do Boi garantia cota para agricultores e seus filhos, sendo 30% para o ensino médio e 50% para o ensino superior.

O programa de cotas em universidades para pretos, pardos e pobres, sem qualquer sombra de dúvida, representou importante avanço, como medida reparadora da desigualdade histórica e desenvolvimento de população tão oprimida. No ano de 2019, inclusive, segundo o IBGE, a população negra alcançou o percentual de 52% nas universidades. Tal proporção, entretanto, não alcançou os postos do mercado de trabalho, onde o racismo estrutural prevalece. Assim, a ação afirmativa deve ir além.

Nas palavras de Aline Souza do Nascimento:

“Toda política afirmativa é um processo de construção e adaptação. Não existe uma fórmula ideal, precisa se adequar a cada realidade, considerando os stakeholders. A efetividade de suas ações requer compromisso e planejamento,

⁷ Santos, Renato Emerson dos, *Ações Afirmativas – Políticas públicas contra as desigualdades raciais*, DP&A Editora Ltda., 2003, Rio de Janeiro, p. 130

⁸ Nascimento, Aline Souza (s.d.). p. <http://simaigualdaderacial.com.br/site/?p=2912>.

pois são medidas que recebem frequentes ataques, sobretudo por parte dos grupos que possuem condições sociais favoráveis."

Na esteira da Conferência de Durban, no ano de 2002, a Administração Pública Federal criou o Programa Nacional de Ações Afirmativas, incentivando a inclusão de mulheres, afrodescendentes e portadores de deficiência. A inclusão desses grupos acresceria pontuação em processo de licitação a fornecedores que desenvolvessem políticas compatíveis com o programa.

Além das políticas de promoção promovidas pela União, os Estados também passaram a adotar ações afirmativas. O Estado de São Paulo, por exemplo, adotou a Política de Ações Afirmativas para Afrodescendentes e o Grupo de Trabalho criado para introduzir mecanismos de incentivo em licitações e concursos públicos.

Para Renato Emerson dos Santos:

As tentativas de instauração da igualdade universal através do campo da política, entretanto, são solapadas por frequentes insucessos – ou pela significação dos processos correntes através dessa idéia – que a esse campo relegam a imagem dos conflitos sem sentido ou solução. Conflitos que fazem com que os sujeitos percebam a própria idéia de constituição de uma alteridade – inerente à política, assim como à própria idéia de sociedade – como geradores de conflitos.⁹

Afirma, ainda, Renato Emerson dos Santos:

A percepção de alteridade e de sua (possível) dimensão de conflito político, com efeito, informa a construção do *ethos* dos sujeitos, dimensão subjetiva fundamental à alavancagem e significação de sua ação. No tocante à questão racial, chamam a atenção dois posicionamentos de sujeitos bastante comuns nos marcos do movimento: aquele que a nega enquanto dimensão fundadora de alteridade, portanto, de conflito e passível de politização e aquele que a assume e a partir dela instaura sua militância.¹⁰

⁹ Santos, Renato Emerson dos, Racialidade e novas formas de ação social: o pré-vestibular para negros e carentes, DP&A Editora Ltda., 2003, Rio de Janeiro, p. 146

¹⁰ Santos, Renato Emerson dos, Racialidade e novas formas de ação social: o pré-vestibular para negros e carentes, DP&A Editora Ltda., 2003, Rio de Janeiro, p. 147

Concluiu Renato Emerson dos Santos que:

Os pré-vestibulares, assim, vêm se legitimando e assumindo o duplo papel de formuladores de agendas de discussão para a sociedade e de importantes interlocutores para outras agendas já colocadas ou em construção. São, portanto, instrumento privilegiado de capilarização social, da luta anti-racismo, fundamentais para a legitimação e construção de ações afirmativas voltadas para a promoção dos negros neste país.¹¹

Ressalte-se que a Lei no. 12.288/2010, Estatuto da Igualdade Racial, em seu artigo primeiro, parágrafo único, inciso VI, considera ações afirmativas os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção de igualdade de oportunidades. Propõe, outrossim, pelo período de dez anos, a fixação de cotas raciais para cargos da administração pública federal e estadual; a valorização da herança cultural afrodescendente na história nacional; cota para a participação de afrodescendentes em propagandas, filmes e programas; a inserção do quesito "cor/raça" no sistema de saúde; a reserva de vagas para afrodescendentes e povos indígenas em universidades federais; a composição étnico-racial de empresas como critério para desempate em licitações públicas; e o dever de adotar programas de promoção de igualdade racial às empresas que se beneficiam de incentivos governamentais.

Cumprir destacar que o artigo 170, da Constituição Federal, em seu inciso VII, é cristalino ao dispor que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observada a redução das desigualdades regionais e sociais". Referido dispositivo constitucional preconiza, outrossim, a observância dos seguintes princípios: I – soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e

¹¹ Santos, Renato Emerson dos, Racialidade e novas formas de ação social: o pré-vestibular para negros e carentes, DP&A Editora Ltda., 2003, Rio de Janeiro, p. 152

prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Verifica-se, outrossim, a possibilidade de atuação ativa do Estado na busca da igualdade prevista na Carta Magna vigente.

Preconiza Joaquim Barbosa Gomes,

Como se vê, em lugar da concepção "estática" da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção "dinâmica", "militante" de igualdade, na qual, necessariamente, são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.¹²

Acrescenta, ainda, o referido jurista:

Dessa nova visão resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. Vale dizer, da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a trata-lo em sua especificidade, como se dotado de características singularizantes. No dizer de Flávia Piovesan, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí não mais apontar-se ao indivíduo genérico e abstratamente

¹² GOMES, Joaquim Barbosa, O debate constitucional sobre as ações afirmativas, DP&A Editora Ltda., 2003, Rio de Janeiro, p. 19

considerado, mas ao indivíduo "especificado", considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc (PIOVESAN, 1998, p. 130).

O "indivíduo especificado", portanto, será o alvo dessas novas políticas sociais. A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativa de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de "ação afirmativa" ou, na terminologia do direito europeu, de "discriminação positiva" ou "ação positiva". A consagração normativa dessas políticas sociais representa, pois, um momento de ruptura na evolução do Estado moderno.¹³

Flavia Piovesan pondera que:

O debate público das ações afirmativas tem ensejado, de um lado, aqueles que argumentam constituírem elas uma violação de direitos, e, de outro lado, os que advogam serem elas uma possibilidade jurídica ou mesmo um direito. A respeito, note-se que o anteprojeto de Convenção Interamericana contra o Racismo e toda forma de Discriminação e Intolerância, proposto pelo Brasil no âmbito da OEA, estabelece o direito à discriminação positiva, bem como o dever dos Estados de adotar medidas ou políticas públicas de ação afirmativa e de estimular a sua adoção no âmbito privado.¹⁴

4 - Princípio da fraternidade como fundamento das ações afirmativas em favor da dignidade da pessoa humana

É inconteste que o princípio da fraternidade restou consagrado pela Constituição Federal de 1988, quando o legislador estabelece o compromisso com uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e, por consequência, deve ser tratado como um paradigma, um vetor hermenêutico para a condução das ações afirmativas.

Como bem salientou o Ministro Ayres Britto, do STF, "o constitucionalismo fraternal consiste na "fase em que as constituições incorporam às franquias liberais

¹³ GOMES, Joaquim Barbosa, O debate constitucional sobre as ações afirmativas, DP&A Editora Ltda., 2003, Rio de Janeiro, p. 20

¹⁴ PIOVESAN, F. (s.d.). Revista Estudos Feministas. *Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*, p. Rev. Estud. Fem. vol.16 no.3 Florianópolis Sept./Dec. 2008.

e sociais de cada povo soberano a dimensão da fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres, para além da mera proibição de preconceitos."

Frise-se que Reynaldo Soares da Fonseca destaca que "o horizonte da fraternidade é o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, só por ser pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos operadores do Direito e do Sistema de Justiça. Logo, ainda que as normas jurídicas não possam impor a fraternidade, pode a atuação dos operadores do Direito testemunhá-la."

Salienta, ainda, que "nesse contexto de primazia da proteção dos direitos da pessoa, revisitou-se o conceito de dignidade da pessoa humana até sua efetiva positivação na qualidade de direito fundamental de cunho primeiramente individual".¹⁵

Assim, a abertura de oportunidades de trabalho para segmentos sociais historicamente desfavorecidos como os negros, não traz em seu bojo a discriminação em relação aos brancos, mas se consubstancia em uma ação afirmativa que tem por fundamento o princípio da fraternidade.

Cumprе ressaltar que a adoção do princípio da fraternidade tem se mostrado cada vez mais necessária quando se busca uma solução para os problemas vivenciados pela humanidade, nos dias de hoje, em questões relativas à liberdade e à igualdade.

Frise-se que a adoção pura e simples dos princípios da liberdade e da igualdade não é suficiente para a compreensão e encaminhamento das ações afirmativas. Resta imprescindível a busca do princípio da fraternidade.

¹⁵ FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate do Sistema de Justiça - Belo Horizonte - Editora D'Plácido, 2019.

5 – PROGRAMA DE TRAINEES DO MAGAZINE LUIZA E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA FRATERNIDADE

Sem qualquer sombra de dúvida, o programa de Trainees apresentado pelo Magazine Luiza, ao limitar a participação apenas a candidatos negros, com objetivo de levar mais diversidade para os cargos de liderança da companhia está em conformidade ao disposto no artigo 170, VII, visando reduzir a desigualdade histórica e a mentalidade escravocrata que insiste em associar o negro a postos de trabalho inferiores.

Ressalte-se, outrossim, que a Lei no. 12.288/2010, Estatuto da Igualdade Racial, em seu artigo primeiro, parágrafo único, inciso VI, considera ações afirmativas os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção de igualdade de oportunidades.

Cumprir destacar que a alegação de que o programa de Trainees instituído pelo Magazine Luiza se consubstancia em prática atentatória ao princípio da igualdade formal, de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, insculpido no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal vigente, vez que institui medida discriminatória, não subsiste se considerarmos que a ação afirmativa promovida pela referida empresa busca a igualdade material, substantiva. Igualdade essa necessária considerando o racismo estrutural, que subsiste mesmo com a abolição da escravatura, passados 132 anos.

É importante frisar que o programa de Trainees em comento também não irá acarretar a “racialização”, gerando a separação entre brancos e negros. Como bem ponderou Flávia Piovesan, “se “raça” e “etnia” sempre foram critérios utilizados para exclusão de afrodescendentes no Brasil, que sejam agora utilizados, ao revés, para a sua necessária inclusão.”¹⁶

É sempre bom lembrar que, em conformidade ao International Development Bank, há perto de 190 milhões de afrodescendentes nas Américas, o que corresponde a cerca de 25% da população, 25% que enfrentam, dia após dia, o racismo estrutural.

¹⁶ PIOVESAN, F. (s.d.). Revista Estudos Feministas. *Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*, p. Rev. Estud. Fem. vol.16 no.3 Florianópolis Sept./Dec. 2008.

Há de se destacar, outrossim, que referido Programa de Trainees se consubstancia em ação afirmativa fundada no princípio da fraternidade, assegurando a abertura de oportunidades para os negros, segmento social historicamente desfavorecido, velando pela dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Assim, as iniciativas que limitam a participação em processos seletivos a candidatos negros não se consubstanciam em racismo inverso, odiosa conduta discriminatória em relação à raça branca. Mas, sem sombra de dúvida, são ações afirmativas para trazer igualdade de oportunidades a quem cresceu tendo que lutar por um lugar ao sol, em um mundo maculado pela mentalidade escravocrata. Ação digna de todos os nossos aplausos, fundada no princípio da fraternidade, velando pela dignidade da pessoa humana.

Já passou da hora de propiciar que os negros sejam tratados de forma digna e usufruam da igualdade, exercendo, à plenitude, seus direitos e liberdades fundamentais.

A luta pela igualdade deve ser diária, permanecendo nos pensamentos e nos corações. E que episódios tão devastadores como os tiraram a vida de George Floyd e João Alberto não sejam necessários para lembrar que o racismo deve acabar.

REFERÊNCIAS

FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate do Sistema de Justiça - Belo Horizonte - Editora D'Plácido, 2019.

GOMES, J. B. (2003). O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Em *Ações Afirmativas - Políticas públicas contra as desigualdades raciais* (pp. 20-21). Rio de Janeiro: DP&A.

NASCIMENTO, A. S. (s.d.). p. <http://simaigualdaderacial.com.br/site/?p=2912>.
PIOVESAN, F. (s.d.). Revista Estudos Feministas. *Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*, p. Rev. Estud. Fem. vol.16 no.3 Florianópolis Sept./Dec. 2008.

SANTOS, S. A. (2003). Ação afirmativa e mérito individual. Em R. E. Lobato, *AÇÕES AFIRMATIVAS - Políticas públicas contra as desigualdades sociais* (pp. 85-86). Rio de Janeiro: DP&A.

SANTOS, Sales Augusto dos, *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas/ Organizador, Sales Augusto dos Santos. – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. p. 14/15*

14. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TECNOLOGIAS DE REGISTRO DISTRIBUÍDO



<https://doi.org/10.36592/9786554601320-14>

*Marcelo Navarro Ribeiro Dantas*¹

*Oswaldo Capelari Júnior*²

O presente artigo baseia-se nas tecnologias de registro distribuídos também conhecidas como blockchain. Tais tecnologias são geralmente confundidas, também, com a criptomoeda bitcoin, porém o Bitcoin é um protocolo em que roda o ativo virtual. Satoshi Nakamoto, pseudônimo, é o autor da invenção do software Bitcoin que inaugura a Web.3. Pela Lei 14.478/2022 somente as prestadoras de serviços de ativos virtuais centralizadas ou descentralizadas podem ofertar ativos virtuais às pessoas. O presente artigo tem como objetivo apresentar, sem pretensão de exaustividade, direitos fundamentais dos usuários dos produtos ou serviços oferecidos pelas *exchanges*. No capítulo 1 buscou-se distinguir tecnologias de registro distribuído e blockchain, Web.3, *exchanges* como provedores de aplicação. No segundo capítulo foram apresentadas noções sobre o ciberespaço, Web.3, *big data*, *big techs*, e a nova lógica da coleta de dados pessoais (novo petróleo). No terceiro capítulo foram destrinchados alguns direitos fundamentais aplicados em relação às tecnologias de registro distribuído.

¹ Doutor e Mestre em Direito. Professor de Direito da Uninove e UNB. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>

² Doutorando em Direito pela Uninove. Procurador Regional da República. Doutorando em Direito pela Uninove. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4804-5139>

1. Tecnologias de Registro Distribuído e direitos fundamentais

1.1 Tecnologias de Registro Distribuído

As empresas prestadoras de serviço de ativo virtual ou *exchanges* (art. 5º da Lei 14.478/2022³³) ofertam ao mercado produtos e serviços apoiados nas tecnologias de registro distribuído (*Distributed Ledger Technologies*). Essas pessoas jurídicas podem ser centralizadas (CEX) ou descentralizadas (DEX).

Entretando, há muita confusão entre tecnologias de DLTs e blockchain sendo que, na falta de rigor científico na definição desses dois termos, é muito comum tomar uma coisa pela outra (*quid pro quo*).

Blockchain e DLTs são termos frequentemente usados de forma intercambiável, mas existem algumas diferenças importantes entre eles.

Blockchain é uma forma específica de DLT⁴ que usa uma cadeia de blocos para registrar transações. Cada bloco contém um registro de transações e um *hash* do bloco anterior, criando uma cadeia de blocos que é imutável e resistente a adulterações. O blockchain é descentralizado, o que significa que não há uma autoridade central que controle a rede (bancos, governos, bancos centrais etc.).

Por outro lado, DLT é um termo mais amplo que se refere a qualquer sistema de registro distribuído que usa uma rede de computadores para manter um registro compartilhado de transações. Isso pode incluir outras formas de registro distribuído, como registros distribuídos acíclicos (DAGs) e registros distribuídos baseados em grafos.

A seguir, um resumo com 10 diferenças entre Blockchain e DLT:

1. Blockchain é uma forma específica de DLT, enquanto DLTs é um termo mais amplo que inclui outras formas de registro distribuído.

2. Blockchain usa uma cadeia de blocos para registrar transações, enquanto outras formas de DLTs podem usar outros tipos de estruturas de dados.

³³ BRASIL. Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm Disponível em: Acesso em 10 jan. 2024.

⁴ É por isso que se diz que toda blockchain é uma DLT, mas nem toda DLT é uma blockchain.

3. Blockchain é imutável e resistente a adulterações, enquanto outras formas de DLTs podem ter diferentes níveis de segurança e imutabilidade.

4. Blockchain é descentralizado, o que significa que não há uma autoridade central que controle a rede, enquanto outras formas de DLTs podem ter diferentes graus de centralização.

5. Blockchain é frequentemente usado para criptomoedas, enquanto outras formas de DLTs podem ser usadas para uma variedade de aplicativos, como cadeias de suprimentos e votação eletrônica.

6. Blockchain é frequentemente usado em redes públicas, enquanto outras formas de DLTs podem ser usadas em redes privadas ou híbridas.

7. Blockchain é frequentemente usado em redes abertas, enquanto outras formas de DLTs podem ser usadas em redes fechadas ou restritas.

8. Blockchain é frequentemente usado em sistemas de pagamento, enquanto outras formas de DLTs podem ser usadas em uma variedade de aplicativos, como gerenciamento de identidade e gerenciamento de ativos.

9. Blockchain é frequentemente usado em sistemas de consenso de prova de trabalho (PoW), enquanto outras formas de DLTs podem usar outros tipos de algoritmos de consenso, como prova de participação (PoS).

10. Blockchain é frequentemente associado com a criptomoeda Bitcoin, enquanto outras formas de DLTs podem ser associadas com outras criptomoedas ou aplicativos.

O *Bitcoin* é um *software* de código fonte aberto e sua invenção é creditada a Satoshi Nakamoto (pseudônimo), pouco depois da crise financeira de 2008 em torno das *subprimes* nos Estados Unidos, nascendo, portanto, sob o signo da desconfiança (*trueless*) em governos e entidades centrais, especialmente em relação ao sistema financeiro.

A tecnologia caracteriza-se, basicamente, por ser um banco de dados de transações distribuídas em um livro razão (*ledger*), ponto a ponto (*peer to peer*), unidas por *hashes* criptografados e uso da mineração por meio de algoritmo de consenso de prova de trabalho (*Proof of Work*) que, decriptado por terceiros (validado), torna-se imutável.

Contudo, a imutabilidade começa a ser redefinida na rede *Ethereum*, em que a linguagem de programação utilizada para os *smart contracts* é a *Solidity* e é possível o uso do dispositivo *self destruct* que é citado apenas para relativizar a imutabilidade dos dados constantes no protocolo. Como escreve KUNTZ⁵ [...] Até aqui neste livro, repetimos diversas vezes que contratos são imutáveis. Apesar disso, eles podem ser destruídos, passando a ser inválidos e, portanto, enviando seu eventual saldo financeiro para outra localidade, através do método *self destruct (adress)* que deve ser utilizado com extrema cautela, visto invalidá-lo completamente.

Nesse contexto, um cuidado a se tomar é o de que aquilo que em algum momento precise ser destruído deve ter implementada uma função que execute o *self destruct* previamente, o que também é um ponto de atenção durante a fase de desenvolvimento. Essa é uma função exclusiva da *blockchain Ethereum*, pois na rede *Bitcoin*, uma vez validada a transação pelos mineradores, não haverá possibilidade de remoção do *token*. Aliás, pode ser feita uma diferenciação estrutural entre *tokens* nativos, que são aqueles criados pelo protocolo, e *tokens* não nativos, que são aqueles criados por *smart contract*.

No modelo tradicional da *Web.2* sua expansão para o ambiente corporativo e produção de conteúdo se deveu ao gênio do cientista da computação Tim Berners-Lee e a criação da *World Wide Web* que é a expressão digital da Internet como foi construída na origem.

HACKEROTT⁶ esclarece: “Apenas em 1990, há exatos 32 anos, o cientista da computação inglês Tim Berners-Lee finalizava a *World Wide Web*, sua invenção que daria vida à Internet. A criação de Berners-Lee é, por vezes, confundida com a própria internet, mas há grande diferenças entre elas. Na verdade, a *World Wide Web* é um espaço por onde informações, textos, imagens e outros são providas em diversos endereços eletrônicos (URLs), enquanto a internet é um sistema de computadores conectados em rede. Ou seja, a Internet pode sobreviver sem a *World Wide Web*, mas a *World Wide Web* não pode existir sem a internet”.

⁵ KUNTZ, Joao. **Blockchain Ethereum. Fundamentos da arquitetura, desenvolvimento de contratos e soluções.** Casa do Código. Alura, p. 182/183. Kindle.

⁶ HACKROTT, Guilherme Barzaghi. **Breve Evolução histórica do e-commerce.** Nadia Andreotti Tuchumantel Hackerott (Coord): *in Aspectos Jurídicos do E-commerce.* 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda. 2022, p. 20.

Portanto, Tim Berners-Lee e Satoshi Nakamoto são, respectivamente, as figuras centrais da Web.2 e Web.3.

A Web3 é uma mudança significativa em relação à Web 2.0, que é a internet atual. A Web 2.0 é caracterizada por plataformas centralizadas, como *e-commerce*, mídias sociais, serviços de armazenamento em nuvem, etc que coletam e controlam os dados dos usuários e para o controle desse mercado lucrativo (novo petróleo) os Estados constitucionalizaram a proteção de dados pessoas e legislaram a respeito. Na Europa há o *General Data Protection Regulation* (GDPR) e no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A Web.3, por outro lado, é baseada em tecnologias descentralizadas, que permitem que os usuários controlem seus próprios dados e interajam diretamente uns com os outros, sem a necessidade de intermediários (rede *peer to peer*). Ela também se pauta na interoperabilidade: é projetada para ser interoperável, o que significa que diferentes *blockchains* e aplicativos podem se comunicar e interagir uns com os outros. Isso permite que os usuários acessem uma ampla gama de serviços e aplicativos em uma única plataforma. Contudo, boa parte da Web.3 é centralizada em provedores de aplicação que são as empresas prestadoras de serviços de ativos virtuais ou exchanges centralizadas e que comercializam ativos virtuais que rodam nos protocolos das DLTs como o ativo virtual bitcoin.

A Web3 está em constante evolução e ainda há muito a ser descoberto sobre suas possibilidades e limitações. Entretanto, é claro que a Web.3 tem o potencial de transformar a forma como as pessoas se conectam e interagem *online*, oferecendo mais segurança, privacidade e controle aos usuários de seus dados pessoais.

Por outro lado, as tecnologias de registro distribuído se confundem com a história do bitcoin. O bitcoin replica a função da moeda, ou seja, meio de pagamento, meio de troca ou reserva de valor, porém é um instrumento de pagamento tal qual os previstos na Lei 12.865/2013⁷. O bitcoin enquanto "moeda" roda no software (rede ou protocolo) Bitcoin e, como visto, a confusão é frequente. Há inúmeros usos e que torna as DLTs uma opção atraente para uma ampla gama de aplicações, desde

⁷ BRASIL. Lei 12.865/2013. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-4/2013/lei/l12865.htm
Acesso em: 10 jan. 2024

pagamentos e transferências de dinheiro até votação eletrônica e gerenciamento de cadeias de suprimentos.

O Marco Civil da Internet⁸ (MCI) dispõe sobre os provedores de conexão ou acesso e os provedores de aplicação ou de conteúdo e, em relação a estes, esclarece que O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento (caput do art. 15 da Lei 12.965/2014). Portanto, as prestadoras de serviços de ativos virtuais são os provedores de aplicação (linguagem do MCI) ou de conteúdo (linguagem encontrada em nossa jurisprudência) e oferecem o acesso à sua principal ativo que são os *tokens* nativos e os *tokens* criados por *smart contracts* (criação e distribuição de ativos digitais exclusivos, como *tokens* não fungíveis – NFTs, por exemplo).

Por isso se vê que os '*marketplaces*' de serviços de ativos virtuais centralizados dependem de uma *blockchain*, mas a recíproca não é verdadeira.

2. Desafios da Web.2

2.1 Ciberespaço, E-commerce, Big Data e Big Techs e o novo petróleo.

As Constituições democráticas dos Estados elencam um rol bastante amplo de direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao ciberespaço e ao cenário de opacidade e assimetria de informações que é comum na *web.2*.

MARQUES⁹ escreve sobre a assimetria informacional, *in verbis*:

[..] tenho chamado atenção para a importância da aparência, da comunicação e da informação, neste nosso mundo de consumo cada vez mais visual, rápido e de risco. O que caracteriza o consumidor é justamente seu *deficit* informacional,

⁸ BRASIL. Lei 12.965/2014. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/l12965.htm Acesso em: 12 jan. 2024.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (E-book).

pelo que não seria necessário aqui frisar este menos como uma nova espécie de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária. Assim, depois de meus estudos de pós-doutorado, porém, concordo com o mestre Erik Jayme quando conclui que o consumidor/usuário experimenta neste mundo livre, veloz e global (relembre-se aqui o consumo pela internet, pela televisão, pelo celular, pelos novos tipos de computadores, cartões e chips), sim, uma nova vulnerabilidade. **Também Antônio Herman Benjamin menciona o aparecimento de uma "hipervulnerabilidade" em nossos dias. E se, na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante para esta informação detida pelo outro. Parece-me, pois, útil - mesmo sob pena de alguma repetição - incluir algum comentário sobre esta espécie de vulnerabilidade, a informativa, que é intrínseca à relação de consumo. Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis dos fornecedores, os quais, mais do que experts, são os únicos diretores de informação. Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4.º, I, do CDC) significa importar ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade". (grifo nosso).**

Vale ressaltar que as discussões sobre as relações entre os ambientes reais e virtuais antecedem o advento da Internet, mas sem dúvida é nela que o debate atinge ponto de destaque, dadas as imensas possibilidades de interconexão global das mais diversas formas e através de dispositivos cada vez mais acessíveis. As mídias sociais encurtaram fronteiras possibilitando a interação entre grandes contingentes de pessoas apenas com a criação de um perfil virtual. Nessa mesma perspectiva, o ambiente corporativo floresceu, nascendo o ambiente chamado *e-commerce*, responsável por ampliar as atividades das corporações empresariais, mas também de novos protagonistas que produzem e consomem conteúdo. Nasceram as chamadas *Big Techs*, que são oligopólios transnacionais de tecnologia, transações comerciais e a comunicação *online*, tornando a troca e a coleta de informações e de

um número gigantesco de dados (os chamados *big data*) em escala global, sendo que transformam a coleta de dados pessoais um negócio lucrativo.

Sobre essa circunstância DANTAS e CAPELARI¹⁰ escreveram, *in verbis*:

Por outro lado, a tecnologia das *Big Techs*, baseada no Big Data e, pois, no processamento massivo de dados, pode ser caracterizada como um amálgama de finanças globais, geopolítica, consumismo, apropriação corporativa e criação de oferta e demanda. **“Os dados são o petróleo do século XXI”.** Vale lembrar que **o petróleo gerou inúmeras guerras, derrubada de regimes democráticos, pressões corporativas e a criação das “7 irmãs” do petróleo, multinacionais do mercado energético que praticamente ditaram a geopolítica mundial do século XX.** Morozov (2018, p. 27-42) é ainda mais crítico em relação às *Big Techs*. Para o autor, existiriam vários feudos partilhados pelas empresas de tecnologia que levaram ao afastamento da soberania popular do controle desse novo petróleo. Cita algumas reações, levadas adiante, contraditoriamente, por regimes pouco democráticos, como o chinês e o russo, que não recusam a lógica neoliberal hipercapitalista de plataforma adotada pelas empresas do Vale do Silício, mas apenas o dito “neoimperialismo” das Big Tech. A ideia de chineses e russos (e de indianos) é criar suas próprias grandes companhias, mas seguindo a mesma lógica do modelo original. De fato, atualmente, existe uma multiplicidade de ferramentas produzidas no Vale do Silício que abarcam praticamente todos os aspectos da vida social, política e econômica, restando poucas restrições sociais aos avanços das mesmas: a Uber fornece serviços de transporte; o *AirBnb*, serviços de alojamento; a *Amazon* substitui as livrarias em velocidade acelerada; o *Tinder* e outros aplicativos de relacionamento vêm substituindo as formas tradicionais de se conhecer parceiros afetivos; além de outros aplicativos que fazem desde nossas reservas em restaurantes a compras no supermercado, sem mencionar os tradicionais *Facebook*, *Ifood*, *YouTube*, *Twitter*, *Whatsapp*, *Instagram* etc. O que os chineses vêm tentando fazer, seguidos pelos russos e indianos, sem alterar os padrões sociotecnológicos envolvidos nos softwares e algoritmos, é criar substitutos nacionais para esses aplicativos. *We Chat*, *AliPay*, *TikTok*, *Didi*, *Pleco*, *Mobike*, *Jinshisong*, *BaiduMaps*, *TaoBao*, etc, são alguns dos

¹⁰ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; CAPELARI JUNIOR, Osvaldo. Qualidade de Democracia e a Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista Ethikai*, nov. 2022, p. 84-85.

substitutos aos *apps* ocidentais. São serviços eficientes, baratos e diretos, suprassumo do *laissez-faire* mercadológico. O capitalismo tecnológico se renova atendendo à demanda gerada por suas próprias crises. Cukier e Schönberger (2013, p. 54 e 70), que utilizam a expressão “dataficação” como instrumento de registro qualquer, expressam sua preocupação, quando externam que, ao lado de dados na base de conteúdos de livros, artigos, músicas e filmes, juntaram-se os dados pessoais. A predicação relaciona-se a pessoas naturais no caso de nossa legislação, conforme se verá. Assim, no que diz respeito ao valor dos dados, afirmam os autores que os dados - inclusive os pessoais - eram vistos como subproduto das atividades empresariais das empresas de tecnologia, porém na era do Big Data são extremamente valiosos (CUKIER; SCHÖNBERGER, 2013, p. 70). **A diferença é que as limitações inerentes à coleta de dados pessoais já não existem. A tecnologia chegou a um ponto no qual grandes quantidades de informações podem ser captadas e armazenadas a preços baratos. Os dados digitais, ao contrário dos dados físicos, podem frequentemente ser coletados sem muito esforço, ou sequer consciência do que está sendo registrado, implicando baixo custo de armazenagem, justificando a sua manutenção do que seu descarte. É, indubitavelmente, um ativo precioso para a atividade empresarial e das associações civis (CUKIER; SCHÖNBERGER, 2013, p. 70-71). Por isso mesmo, surge a legítima preocupação, nas democracias consolidadas, na era do Big Data, da regulação dessas atividades de garimpagem, a partir de registros off-line, ou através de clicks, movimentos com o mouse, localização, ato de falar, ato de identificar-se digitalmente, ou seja, uma gama imensa de dados que são coletados e reutilizados ad infinitum, em desabono, no que tange aos dados pessoais, ao direito à privacidade e à proteção dos dados das pessoas, princípios constitucionais fundamentais em nosso ordenamento jurídico.** (Grifamos).

Porém, um novo protocolo floresce e, a rigor, não depende da Internet para acesso. Todavia, o protocolo *blockchain* tem suas regras e dinâmicas próprias conforme abordar-se nesse artigo.

Por conseguinte, serão explorados os direitos fundamentais no ciberespaço, expressão cunhada por Willian Gibson em seu romance *Neuromante* (2004)¹¹. Não

¹¹ GIBSON, William. **Neuromante**. Milão: Editora Nord: 2004.

obstante, os autores mais lembrados sobre o tema são Manuel Castells¹² (Sociedade em Rede) e Pierre Lévy. Para LÉVY, ciberespaço é o espaço de comunicação aberto pela interconexão global de computadores que ocasiona uma nova configuração em larga escala de comunicação de muitos para muitos¹³.

Do ponto de vista das gerações (dimensões) de direitos, a navegação na web aponta tanto para direitos como obrigações dos usuários e das plataformas, ou, de maneira mais singela, da atividade de pessoas naturais e jurídicas desenvolvida na rede.

3. Direitos Fundamentais e DLTs

3.1. Doutrina das dimensões dos direitos humanos.

Tradicionalmente, a doutrina tem se apoiado na teoria da geração de direitos, tributária dos estudos de Jellinek, Karel Vasak e Peter Häberle, adotando cada autor um interessante ponto de partida e visão original para compreensão do tema.

A teoria de Karel Vasak¹⁴, com um tempero da teoria de Jellinek, resume três gerações de direitos humano - também conhecidas como de primeira, segunda e terceira geração - sintetizando-as nos três grandes pilares da Revolução Francesa - *liberté, égalité et fraternité*¹⁵.

Nessa abordagem, prevalece a ideia de sucessividade e cumulatividade das gerações – sem se perder de vista que se trata de uma concepção qualitativa, que tem como núcleo duro a noção da universalidade e generalização dos direitos humanos que constituem a amalgama de todos os direitos fundamentais do homem e que podem ser agrupados, sendo que BONAVIDES¹⁶ reconhece os de primeira geração como os direitos civis e políticos. Em complemento, a segunda geração seria

¹² CASTELLS, Manuel, (2002), A Sociedade em Rede. A Era da Informação. Economia, Sociedade e Cultura, Volume I, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

¹³ LÉVY, P. Cibercultura. São Paulo. Editora 34, 1999.

¹⁴ VASAK, Karel. **The International Dimensions of Human Rights** – Vol. 1. Santa Barbara, CA. Editora ABC-Clio LLC, 1982.

¹⁵ Liberdade, igualdade e fraternidade.

¹⁶ BENEVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª Edição, atualizada. Malheiros Editores Ltda. ISBN 978-85-392-0229-4

constituída pelos direitos humanos sociais, culturais e econômicos, bem como aos direitos coletivos - ou das coletividades - e que permeiam a ideia de Estado Social. O autor pondera que a doutrina tem uma predisposição maior para enriquecê-los do que empobrecê-los. Finalmente, os direitos fundamentais de terceira geração são dotados de teor difuso, não se limitando à defesa de interesses de um indivíduo ou de um grupo, tendo como destinatário o gênero humano em si. São eles o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente sustentável, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Atualmente, também se fala em direito à democracia, direito à informação, à pesquisa biológica e científica, à defesa do patrimônio genético, ao avanço tecnológico e direito ao pluralismo, o que vem sendo chamado de direitos humanos de quarta geração. Esses direitos caminharão para uma nova universalidade dos direitos fundamentais, trazendo consigo um grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. Bonavides sustenta, no entanto, que o direito à paz seria a quinta geração de direitos.

De fato, se observarmos o catálogo de direitos e garantias fundamentais, sociais, e difusos insertos em nosso Texto Constitucional, conclui-se que o Constituinte Originário inscreveu na Constituição uma lista aberta de direitos e garantias fundamentais a serem fruídos pela coletividade. É de se adotar a cautela de Bobbio¹⁷ para quem “declarações” de direitos humanos pululam; importa efetivá-las¹⁸.

Foram trazidas neste capítulo as quatro gerações de direitos fundamentais¹⁹, uma vez que assuntos como privacidade, intimidade, direito à honra, à vida privada etc., cravados na primeira dimensão, oferecem a moldura de um estatuto próprio de liberdade no ciberespaço em geral, e na *blockchain*, em particular. Já os direitos ao pleno emprego, ao trabalho, ao livre empreendimento, à sindicalização etc. -

¹⁷ BOBBIO, Norberto, 1909- **A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

¹⁸ Provavelmente seja essa a premissa da inalterabilidade dos direitos e garantias fundamentais em nossa Constituição. Ora, os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas e, por isso, insuscetíveis de proposta de emenda tendente a modificar ou abolir tais direitos. Essas cláusulas são lastro da própria unidade e preservação da Constituição. No caso dos direitos e garantias fundamentais a noção de inalterabilidade é relativa, pois, se a proposta reforçar o direito ou a garantia, ampliando a sua extensão de proteção, resta claro que não haverá modificação *in pejus* – inadmitida, de resto - do sentido e alcance desse preceito (art. 60, § 4º da CF).

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros Ltda., 29ª ed., atual. p. 574-591.

localizados na segunda geração - vêm contabilizando a perda de postos de trabalho especialmente em razão de tecnologia como inteligência artificial, internet das coisas, computação em nuvem, *big data* etc. A eliminação de postos e a diminuição da proteção laboral cresce devido ao avanço tecnológico e da *sharing economy* (economia compartilhada). Na terceira geração, o direito ao desenvolvimento, especialmente o tecnológico, e a inovação dialogam intrinsecamente com o avanço da regulamentação estatal no que concerne à digitalização. Há o direito ao meio ambiente sustentável e ao meio ambiente digital²⁰, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, como é o acesso à Internet. No que concerne à quarta geração, urge fomentar a democratização do acesso à educação digital, à informação adequada e ao pluralismo na rede (proibição de qualquer tipo de preconceito). Haveria ainda uma quinta geração, que trataria do direito à paz como categoria autônoma²¹.

3.2. Direitos fundamentais da sociedade em rede nas tecnologia de registro distribuídos

É preciso que esses direitos e garantias individuais e coletivos, direitos humanos introduzidos nas Constituições dos Estados, ostentem o atributo da efetividade – aquilo que se extrai da eficácia e da aplicação da lei – e para isso o Estado deve adotar uma legislação que contenha instrumentos para a concretização daquilo que ele próprio concebeu como direito ou garantia fundamental individual ou coletiva. Além disso, políticas públicas para efetivação desses direitos mostram-se necessárias, sob pena de ser um rol de direitos meramente simbólico.

Por outro lado, os direitos fundamentais têm de ter um mínimo de asseguaração por meio do que se chama legitimidade ao procedimento. Nesse ponto,

²⁰ O meio ambiente cultural, por via de consequência, manifesta-se no século XXI em nosso país em face de uma cultura que passa por diversos veículos reveladores do processo civilizatório adaptado necessariamente à sociedade da informação, a saber, de novas formas de viver relacionadas a uma cultura de convergência em que as emissoras de rádio, televisão, o cinema, os *videogames*, a internet, as comunicações por meio de ligações de telefones fixos, celulares, etc moldam uma "nova vida" reveladora de uma faceta do meio ambiente cultural, a saber: o meio ambiente digital. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. rev. atual e ampl. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 516.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 594.

garantias como acesso ao judiciário, ao devido processo legal administrativo e judicial, à ampla defesa, à justiça gratuita, à efetiva proteção ao consumidor, ao direito à proteção dos dados pessoais no ecossistema digital e, assim, ao fluxo extraído da rede como informação e comunicação, entre outras, se fazem prementes para concretização das normas de direitos humanos.

Nessa perspectiva, merece ser lembrada a doutrina de RAMOS²² sobre legitimação mediante o processo. Nesse sentido:

Na doutrina alemã, Häberle defendeu a ampliação do *status* ativo, para que se transformasse em um *status activus processualis*, no qual o indivíduo possui o direito à participação no procedimento da tomada de decisão por parte do Poder Público. Não se trata de somente se manifestar, mas especialmente no direito de influenciar e ter sua posição levada em consideração na adoção de determinada decisão, inclusive a dos Tribunais Constitucionais" (Ramos, 2023, p.132).

É possível colocar em xeque a abordagem de publicistas com a enumeração acima elaborada e lembrando a indivisibilidade dos direitos humanos e o fato de que eles não se comportam de forma estanque, aprioristicamente conformada numa determinada geração.

Nesse contexto, podemos elencar o direito à propriedade privada, classicamente um direito de primeira geração, concebido originalmente como um desdobramento da personalidade, individualidade e liberdade. O pensamento jurídico, contudo, já não admite essa simplificação de inegável efeito didático, mas que não corresponde aos postulados das modernas Constituições. Assim, a relação entre a propriedade privada e sua função social (art. 5º incs. XXII e XXIII da CF/88²³) permeia a primeira e a segunda geração, além de ser elencada como um princípio da ordem econômica (art. 170, III, da CF/88) - a propriedade, por conseguinte, assumiu um caráter socializante – sem ser socialista - de indisfarçável natureza transindividual.

²² RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 10ª Ed. rev., atual. e ampl. Editora Saraiva. 2023, p.132.

²³ BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 20 de jan. 2024

Por isso mesmo escrevemos sobre essa particularidade, nomeadamente o poder das *Big Techs* e uma característica nova que ultrapassa a eficácia horizontal dos direitos humanos, especialmente a vulnerabilidade do usuário na atualidade em relação ao poder dessas corporações transnacionais no cenário político, econômico, social, científico, cultural etc.

Ramos²⁴ contribui novamente ao discorrer que:

"Finalmente, a assimetria entre os particulares consagrou, ainda, a eficácia diagonal dos direitos humanos, que consiste na invocação de direitos nas relações entre os particulares nas quais uma das partes ostenta vulnerabilidade, fazendo nascer uma prevalência de determinado direito de um particular sobre o outro".

A relação vertical e de defesa identificada entre Estado e seus súditos revela uma nova configuração e denota a hipertrofia dos poderes privados das grandes corporações transnacionais forjadas no Vale do Silício e cuja lógica hipercapitalista foi apropriada por Estados pouco democráticos como China e Índia ao desenvolver seus próprios modelos de negócio usando tecnologias como o *Big Data* e a Inteligência Artificial. Chama a atenção, assim, para a reconfiguração da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que se dissociaram do clássico exemplo do paciente que, mantido em cárcere privado por dívida civil, não tem como pagar a conta do hospital a fim de sair do local e busca a proteção do Judiciário por meio da ação de *habeas corpus*, a fim de cessar a violação de sua liberdade de ir e vir. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais se abre para a necessidade de eficácia diagonal dos direitos fundamentais em face de empresas de tecnologia transnacionais.

Nesse instante, após termos abordado a teoria clássica das gerações de direitos humanos, é de premente necessidade falarmos sobre dados, isto é, sobre a linguagem de entrada²⁵ dos sistemas digitais na *web*.

²⁴ Idem, *ibidem*, p.144.

²⁵ Ao passo que a informação é a gramática de saída, em relação à qual interpretamos e transformamos nossas relações existenciais, econômicas, sociais e culturais para além da rede.

Assim, em relação aos dados, deve ser anotado que as DLTs não são um banco de dados e, por isso, o problema que se coloca é que, inexistentes dados pessoais do usuário na *blockchain* aberta ou não permissionada, a incidência da Lei Geral de Proteção de Dados mostra-se problemática, pois os dados a que se refere o art. 5º da Lei nº 13.709/20 26²⁷ não são disponibilizados nos registros de transações (cadeia de blocos). Mesmo que se diga que o protocolo ofende norma cogente, há que se lembrar que, ao inverso da *Web.2*, que coleta, armazena e, em menor grau, elimina dados, há o empoderamento do usuário, pois, na rede, os dados pessoais não são disponibilizados pela própria arquitetura da rede a grandes empresas do *E-commerce* e grandes mídias sociais, sendo que não há controle na coleta destes dados.

Poder-se-ia indagar se há ofensa a duas normas constitucionais; na realidade, dois direitos fundamentais que colidem - razão pela qual o juiz, na análise do caso, deve escolher o que tem maior peso no caso concreto, quais sejam: os incisos X e LXXIX do art. 5º, da CF/8828, *in verbis*:

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:

[...]

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

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

²⁶ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. (BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 24 abr. 2023).

²⁷ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 fev. 2023.

A proteção dos dados pessoais e a da privacidade estão, no caso, em concordância prática, pois o protocolo *blockchain* registra no seu banco de dados apenas transações de ativos virtuais. Por outro lado, a tecnologia atende ao direito a ser esquecido, pois não havendo dados pessoais a serem eliminados, obviamente que o titular do direito não precisará solicitar que seus dados sejam retirados, sistemática que ocorre nos armazenamentos tradicionais da Web.2. e sustenta negócios lucrativos a partir do armazenamento de dados e seu compartilhamento. Logo, não haverá necessidade revogação de dados porque não há dados pessoais a serem apagados.

Em complemento, não há conflito de direitos fundamentais, pois, nas transações as chaves públicas dão pistas do IP do *hardware* utilizado, daí por que se fala em pseudoanonimato.

Como nenhum direito fundamental é absoluto, o juiz poderá quebrar o pseudoanonimato com base em fatos que indiquem a adequação/necessidade/proporcionalidade da medida com esteio no art. 5º, XII, da CF/8829, *in verbis*:

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:

[...]

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

A partir do IP do, o juiz identificará o usuário e estará autorizado a expedir as medidas adequadas ao caso *sub judice*. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) não discrepa desse posicionamento, de acordo com o Resp. nº 1.829.821 – SP 30,

²⁹ BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 fev. 2023.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Resp. nº 1.829.821 – SP, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101090355/inteiro-teor-1101090365>. Acesso em: 24 abr. 2023.

Relatora: Ministra Nancy Andrighi: a decisão alude ao provedor de aplicação, sendo que o *Bitcoin* é usado como protocolo de desenvolvimento. Vejamos o entendimento do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE DADOS PESSOAIS. QUALIFICAÇÃO E ENDEREÇO. IMPOSSIBILIDADE. REGISTRO DE ACESSO A APLICAÇÕES. MARCO CIVIL DA INTERNET. DELIMITAÇÃO. PROTEÇÃO À PRIVACIDADE. RESTRIÇÃO. 1. Ação ajuizada em 07/11/2016, recurso especial interposto em 07/11/2018 e atribuído a este gabinete em 01/07/2019. 2. **O propósito recursal consiste em determinar, nos termos do Marco Civil da Internet, a qualidade das informações que devem ser guardadas e, por consequência, fornecidas sob ordem judicial pelos provedores de aplicação.** Em outras palavras, quais dados estaria o provedor de aplicações de internet obrigado a fornecer. 3. **Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de modalidade de provedor de serviço de internet.** Precedentes. 4. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é consolidada no sentido de – para adimplir sua obrigação de identificar usuários que eventualmente publiquem conteúdos considerados ofensivos por terceiros – é suficiente o fornecimento do número IP correspondente à publicação ofensiva indicada pela parte. 5. O Marco Civil da Internet tem como um de seus fundamentos a defesa da privacidade e, assim, as informações armazenadas a título de registro de acesso a aplicações devem estar restritas somente àquelas necessárias para o funcionamento da aplicação e para a identificação do usuário por meio do número IP. 6. Recurso especial conhecido e provido. (grifamos)

No julgado acima, proferido pela Terceira Turma por unanimidade, o colegiado encampou o raciocínio da Relatora. Vejamos³¹:

³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Resp. nº 1.829.821 – SP**, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101090355/inteiro-teor-1101090365> Acesso em: 24 abr. 2023.

[...] reafirmou que os provedores de aplicações não são obrigados a armazenar dados que não sejam registros de acesso, expressamente apontados no Marco Civil da Internet (Lei 12.965, 2012), como únicos que eles devem manter para, eventualmente, fornecer em juízo. A ministra Nancy Andriighi, relatora, lembrou que os precedentes da corte consideram que não se pode exigir do provedor a fiscalização prévia das informações publicadas na rede. Todavia, afirmou que o STJ exige que o provedor propicie os meios para que se possa identificar cada usuário, de modo a se coibir o anonimato e atribuir a toda manifestação uma autoria certa. “Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet”, afirmou a relatora. Segundo a ministra, o STJ entende que, para cumprir sua obrigação de identificar os autores de conteúdos considerados ofensivos por terceiros, basta ao provedor fornecer o IP correspondente à publicação indicada pelo interessado. “O Marco Civil da Internet tem como um de seus fundamentos a defesa da privacidade e, assim, as informações armazenadas a título de registro de acesso a aplicações devem estar restritas somente àquelas necessárias para o funcionamento da aplicação e para a identificação do usuário por meio do número IP”, destacou.

Se o provedor de aplicação tem o dever de enviar o IP igualmente as transações localizadas na camada de conteúdo que se utiliza do protocolo de tecnologias de registro distribuído.

No que diz respeito a criptoativos, Baião³² ensina que, em relação à LGPD (Lei nº 13.709/2020), é de ser salientado que, uma vez efetuado o registro, este se torna imutável, embora ele não seja transparente, pois a tecnologia tem como fundamento a criptografia que assegura a intangibilidade dos dados.

³² BAIÃO, Renata. **Afinal, blockchain é incompatível com a LGPD?** 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/blockchain-lgpd-dados-pessoais-brasil> Acesso em: 24 abr. 2023.

O Bitcoin, aplicação mais conhecida da blockchain, não faz referência à titularidade do ativo, mas apenas ao valor da transação (UTXO – *unspent transaction output*) de uma determinada carteira (*wallet*).

E arremata³³:

Blockchain, todavia, não se restringe a operações de transferência de créditos. Blockchain permite a circulação de valor de qualquer natureza entre as partes. Nesta perspectiva, blockchain permite igualmente o registro de identidade – conjunto de informações compostas por dados pessoais ou sensíveis, certo? Pois bem. Já existem iniciativas que permitem o registro de informações referentes à identidade civil na blockchain. Isso significa que as informações pessoais registradas na blockchain ficam acessíveis de forma irrestrita a qualquer interessado? Não necessariamente! Tais dados podem ser anonimizados mediante o uso de criptografia assimétrica, de sorte que a sua autenticidade pode ser aferida mediante o confronto de chaves públicas e privadas, indicadas de acordo com a conveniência do titular do dado. E se o titular dos dados não quiser mais utilizá-los a partir daquele registro? Basta que inutilize a chave privada. Aliás, assim como ocorre com bitcoins, o extravio da chave privada equivale ao extravio irrecuperável do ativo. Além disso, para conferência da autenticidade do documento criptografado é necessário que o arquivo referente ao dado pessoal – ou outros dados sensíveis – permaneça inalterado, já que qualquer mudança ensejará, necessariamente, alteração no resultado criptográfico (*hash*) e a operação de conferência das chaves estará igualmente prejudicada. Assim, blockchain apresenta um ambiente relativamente seguro para o armazenamento de informações pessoais e, mais, permite o gerenciamento do dado por meio de seu titular. Veja-se: o registro na rede jamais será modificado. Todavia, poderá tornar-se inacessível, inclusive por escolha do titular ao destruir a chave privada ou o arquivo original. Na prática, sob a perspectiva dos prestadores de serviço e desenvolvedores, caso uma aplicação pretenda trabalhar com dados sensíveis (registros médicos, por exemplo), a alternativa é a manutenção de tais dados *off-chain* ou em

³³ BAIÃO, Renata. **Afinal, blockchain é incompatível com a LGPD?** 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/blockchain-lgpd-dados-pessoais-brasil>. Acesso em: 24 abr. 2023.

uma *sidechain*. Assim, a blockchain dita principal exerceria mera função indexadora do dado ou da transação, mas sem revelá-lo(a), ainda que de forma criptografada, o que, ao menos em tese, permite o completo atendimento aos parâmetros estabelecidos pelo GDPR e pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Blockchain ainda é tecnologia nova que se depara com desafios antigos, próprios da internet da informação e, assim, o assunto não se encerra por aqui – há que enfrentar questões como o direito ao esquecimento, que merecem abordagem específica.

Como visto, o protocolo permite a inserção de dados pessoais e acessibilidade a terceiro, podendo ser usadas estratégias como a manutenção deles *off-chain* (fora do protocolo) nas camadas de aplicação na *web*. Dados sensíveis, direitos de propriedade intelectual, assim como o direito de recorrência na cessão dos direitos patrimoniais de direitos autorais, votos eleitorais, cadeias de suprimento e, é claro, ativos virtuais, por exemplo, são otimizados pela utilização da *blockchain* e dos *smart contracts*. A anonimização de dados pessoais pode feita em *smart contracts*, desde que a função da programação impeça a reversão dessa operação.

Não é esta, porém, a dinâmica das grandes prestadoras de serviços de ativos virtuais centralizadas, pois, por exigência de governança e gestão de riscos, transacionam ativos virtuais com pessoas interessadas em criptoativos sob severo escrutínio relativo a dados pessoais, inclusive sensíveis. Nessa dinâmica, essas prestadoras realizam tratamento de dados em conformidade com a LGPD, até porque funcionam na camada de aplicação como *Marketplaces* e plataformas digitais. É indispensável que tenham controlador, operador e um tratamento de dados que atenda não só as bases legais definidas na lei, mas também realizem o tratamento de dados em conformidade com a transparência e a finalidade.

A doutrina de Marques menciona *deficit* informacional e de reflexão no ambiente digital é a marca da vulnerabilidade³⁴:

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (E-book).

[..] tenho chamado atenção para a importância da aparência, da comunicação e da informação, neste nosso mundo de consumo cada vez mais visual, rápido e de risco. O que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este menos como uma nova espécie de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária. **Assim, depois de meus estudos de pós-doutorado, porém, concordo com o mestre Erik Jayme quando conclui que o consumidor/usuário experimenta neste mundo livre, veloz e global (relembre-se aqui o consumo pela internet, pela televisão, pelo celular, pelos novos tipos de computadores, cartões e chips), sim, uma nova vulnerabilidade. Também Antônio Herman Benjamin menciona o aparecimento de uma "hipervulnerabilidade" em nossos dias. E se, na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante para esta informação detida pelo outro. Parece-me, pois, útil - mesmo sob pena de alguma repetição - incluir algum comentário sobre esta espécie de vulnerabilidade, a informativa, que é intrínseca à relação de consumo. Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis dos fornecedores, os quais, mais do que experts, são os únicos diretores de informação. Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4.º, I, do CDC) significa importar ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. (grifamos).**

Theodoro Junior³⁵ afirma que o STJ, nesses casos, tem abraçado a teoria do finalismo finalista aprofundado:

A jurisprudência do STJ evoluiu para aplicação da teoria do finalismo aprofundado. Embora adote uma posição mais restritiva de aplicação do Código de Defesa do Consumidor amparada pela noção de destinatário fático econômico

³⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 11 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 11-12.

do bem, excepciona a regra nas situações em que se mostra evidente a vulnerabilidade do consumidor, ainda que profissional ou pessoa jurídica.

E acrescenta em relação à distinção vulnerabilidade e hipossuficiência:

O Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, o que justifica, como se viu, sua proteção especial. Entretanto, essas características não se confundem. **É certo que a vulnerabilidade do consumidor constitui uma presunção legal absoluta, que impõe o tratamento diferenciado que lhe é dispensado., em face do fornecedor. Isso porque “não se pode pensar em proteção e defesa do consumidor sem colocá-lo nesta posição de inferioridade perante os fornecedores de modo geral, principalmente diante das intensas transformações pelas quais passaram as relações jurídicas e empresariais nos últimos tempos. Assim, todo e qualquer consumidor é vulnerável perante a lei, sendo essa característica de ordem material. A vulnerabilidade, destarte, é elemento posto da relação de consumo e não um elemento pressuposto, em regra. Por outro lado, a hipossuficiência não e caracteriza de todo e qualquer consumidor. Trata-se de uma circunstância que deve ser aferida no processo, caso a caso, e sua caracterização tem por finalidade equilibrar a relação consumerista no bojo da ação judicial [...] Diante disso, a presunção de hipossuficiência é apenas relativa, dependendo, pois de sua demonstração efetiva no caso concreto, como se passa com a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)³⁶. (grifamos).**

Como se vê, a doutrina e o STJ abraçaram o entendimento correto que é mais consentâneo com a proteção do consumidor. O direito do consumidor é direito correspondente a um conjunto de normas que visam a cumprir um triplo mandamento constitucional: o art. 5º, inciso XXXII, da CF; o art. 170, inciso V, da CF e o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Citemos, exemplificativamente, a interoperabilidade dos dados que significa que eles, a

³⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 11 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 11-12.

dependem da base legal, podem migrar para outros sistemas de atacado e varejo³⁷, acessibilidade e usabilidade dos sistemas operacionais disponibilizados na web (vedada a discriminação algorítmica) e privacidade nas informações, ou seja, a garantia de que o tratamento dos dados esteja em conformidade com o Marco Civil da Internet e LGPD.

Volta-se ao problema da proteção dos dados pessoais que englobam, também, a preferência do cliente, o histórico de compras, dados demográficos e de geolocalização. Nesse processo, pode haver conflito entre o enriquecimento de dados e o princípio da privacidade e proteção de dados pessoais.

CARLOTO³⁸, ensina que "Nesse norte, tendo em vista a garantia da transparência, o controlador deve informar adequadamente como os dados dos indivíduos são tratados, proporcionando maior controle sobre seus atributos naturais colocados na web. Entretanto, nem sempre é possível rastrear os dados adicionais incorporados aos dados originais, especialmente em tratamentos que utilizam inteligência artificial, em que pese ser proibido a manipulação desses dados sem a autorização explícita do titular (autodeterminação informacional).".

E prossegue a autora "O princípio da finalidade, por sua vez, significa que os dados pessoais só podem ser usados para propósitos específicos e legítimos sobre a finalidade do enriquecimento e quais dados serão enriquecidos deve ser claramente estipulado, garantindo-se a transparência ao titular sobre como suas informações estão sendo atualizadas. Tudo isso deve ser informado ao titular de

³⁷ A doutrina brasileira anota que o consentimento sempre foi a "carta coringa regulatória", meio por excelência que garante o exercício do controle de dados pessoais. Assim, a autodeterminação informacional seria o veículo da autonomia de vontade do cidadão. Contudo, com o Big Data e a Inteligência artificial ganha destaque outro elemento que compõe a base legal de proteção dos dados pessoais, ao largo da dinâmica pautada pelo consentimento e pelo princípio da especificação de propósitos, ganhando corpo, portanto, o legítimo interesse, o que redundará numa zona de penumbra com o dever de transparência das empresas que se utilizam dos dados pessoais para desenvolvimento de suas atividades. Daí, conclui o autor que a base legal mencionada não é um "coringa regulatório 2.0", devendo ser contrabalanceada com as legítimas expectativas do titular e o contexto do armazenamento. BIONI, Bruno Ricardo. Abrindo a "caixa de ferramentas" da LGPD para dar vida ao conceito ainda elusivo de *privacy by design*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (coord.). **Direito digital: direito privado e internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco. 2021. p. 380-381.

³⁸ CARLOTO, Selma. **Lei Geral de Proteção de Dados. Incluindo modelos, segurança da informação e fases de implementação**. 4ª Ed. LTR.

dados pessoais e, em caso de recusa sobre o enriquecimento de seus dados, sua vontade deve ser respeitada".

Essas são preocupações do Marco Legal da Inteligência Artificial cujas normas se fundam nos princípios da transparência, na não discriminação e na responsabilização dos desenvolvedores de Inteligência Artificial à disposição das plataformas de transação de criptoativos (empresas prestadoras de serviços de ativos virtuais).

Por fim, o direito ao acesso ao sistema bancário vem sendo oferecido pelo *Open Banking* e nesse passo pode ser mencionado o que escreveu CALVO³⁹: "O *Open Banking* permite que *players* do mercado desenvolvam novos e melhores produtos e/ou serviços voltados para os desbancarizados, o que impulsionará o aumento da capacidade de crédito e oferecimento de alternativas legítimas de empréstimos, assim como outros produtos financeiros visando esse público-alvo". Ora, essa oportunidade de oferta de crédito coaduna-se com a igualdade substancial preconizada no art. caput, do art. 5º, verbis: "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".

Esse é um caminho longo a ser trilhado pelo DeFi (Centralized Finance), pois possibilita o *open finance* – finanças abertas. Contudo, DeFi são *smart contracts* cujo acesso se dá por dApps (*Decentralized Applications*) e, para finanças universalmente abertas, são necessários educação e conhecimentos dos usuários. Sem taxas e outros obstáculos financeiros e de acesso ao mercado bancário e de investimento tradicional, as finanças descentralizadas retirarão do ostracismo financeiro os excluídos do mercado tradicional.

Por fim, a mineração é condição indispensável para a validação das transações na tecnologia blockchain e, pode ser entendida como mecanismos de consenso. Os mecanismos de consenso são os protocolos que permitem que os criptoativos, como o *Bitcoin*, *Ethereum* e outros, mantenham um registro seguro e

³⁹ CALVO, Bianca Barcena. **A utilização do open Banking como ferramenta para inclusão financeira no Brasil**. Pedro Eroles (Coord.) Fintechs, Bancos Digitais e Meios de Pagamento. Aspectos Regulatórios das Novas Tecnologias Financeiras. Vol. 5. Ed. Quarian Latim do Brasil. São Paulo, 2022. p. 249.

confiável de transações em uma rede descentralizada. Esses mecanismos são projetados para garantir que todas as transações sejam validadas e confirmadas pelos participantes da rede, sem a necessidade de um intermediário centralizado.

Existem vários mecanismos de consenso diferentes, cada um com suas próprias vantagens e desvantagens. Entretanto, para fins deste estudo, discorreremos sobre os mais conhecidos e que incluem:

1. *Proof of Work (PoW)*: Este é o mecanismo de consenso usado pelo *Bitcoin*. Conhecido também como consenso de Nakamoto, ele exige que os mineradores resolvam problemas matemáticos complexos para validar transações e adicionar novos blocos à *blockchain*.

2. *Proof of Stake (PoS)*: Este mecanismo de consenso é usado pelo *Ethereum* e outras criptomoedas. Conhecido como consenso bizantino, ele exige que os validadores mantenham uma certa quantidade de criptomoedas em suas carteiras para validar transações e adicionar novos blocos à *blockchain*.

Os mecanismos de consenso, nos moldes assinalados, têm vários impactos ambientais, incluindo: a) Consumo de energia: A mineração de criptomoedas requer uma quantidade significativa de energia para alimentar os computadores e servidores usados para resolver equações matemáticas complexas. Este consumo de energia contribui para as emissões de gases com efeito de estufa e pode levar ao aumento da procura de combustíveis fósseis. b) Pegada de carbono: O consumo de energia associado à mineração de criptomoedas contribui para uma pegada de carbono significativa. De acordo com algumas estimativas, a pegada de carbono da mineração de Bitcoin por si só é equivalente à de um país pequeno. c) Lixo eletrônico: A mineração de criptomoedas requer hardware especializado, que pode rapidamente se tornar obsoleto à medida que tecnologias novas e mais eficientes são desenvolvidas. Isso pode levar a uma quantidade significativa de lixo eletrônico, pois o hardware antigo é descartado. d) Uso de água: Algumas operações de mineração de criptomoedas requerem grandes quantidades de água para fins de resfriamento. Isto pode sobrecarregar os recursos hídricos locais, especialmente em áreas onde a água já é escassa. No geral, os impactos ambientais da mineração de criptomoedas são significativos e devem ser levados em consideração ao avaliar a sustentabilidade desta indústria. Por isso, a tecnologia blockchain não é sustentável

no modelo de mineração *Proof of Work*. Mesmo a Ethereum que por um *hard fork* substituiu a prova de trabalho pela Prova de Consenso (*Proof of Stake*) consome muita energia, pois para obter a recompensa (32 ethers⁴⁰) os aparelhos ligados. Nesse contexto, são tecnologias pouco sustentáveis.

A Constituição Federal em relação ao meio ambiente tem dispositivo expresso, ao contrário dos textos constitucionais anteriores que não se ocuparam diretamente da matéria. Aponta-se que a defesa do meio ambiente era feita apenas de forma indireta e, ainda assim, pela via da proteção à saúde, sem qualquer preocupação com a degradação ambiental que agora é encarado como “um espectro que ronda o mundo”.

O art. 225 da CF de forma pioneira destinou todo um capítulo para tratar da tutela e proteção ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, que dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

PADILHA⁴¹, ao discorrer sobre uma nova ética para a sociedade tecnológica reproduz a proposta de Hans Jonas que, pelo que se vê, replica o imperativo categórico Kantiano: “A proposta da nova ética, segundo Hans Jonas é a da responsabilidade de longo alcance representada no **“princípio da responsabilidade”**,”

⁴⁰ Cada ether (token native da rede Ethereum) é cotado em 02 de fev. no valor de R\$ 11.454,02. Logo, 32 ethers alcançam R\$ 366.528,64. Valor do Ether. Disponível em:

https://www.google.com/search?q=valor+do+ether+hoje&oq=valor+do+ether+hoje&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIJCAEQABgKGIAEMgkIAhAAGAoYgAQyCQgDEAAYChiABDIICAQQABgWGB4yCAgFEAAYFhgeMgoIBhAAGAoYFhge0gEJNzQyNWowajE1qAIAAsAIA&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Acesso em 02 fev. 2024. Trata-se, pois, de uma prova de consenso bastante elitista. Mas, o mesmo deve ser dito em relação ao bitcoin, pois a mineração é feita por autênticos oligopólios dada a força computacional usada para validar cada transação na rede e obter 6,25 BTC que alcança o valor de R\$ 1.402.650,87, considerando que cada bitcoin está cotado em R\$ 214.424,14. Disponível em https://www.google.com/search?q=valor+do+bitoin&oq=valor+do+bitoin&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIMCAEQABgKGLEdGIAEMg8IAhAAGAoYgwEYsQMYgAQyCQgDEAAYChiABDIJCAQQABgKGIAEMgkIBRAAGAoYgAQyCQgGEAAYChiABDIJCAcQABgKGIAEMgkICBAAGAoYgAQyCQgJEAAYChiABNIBCTMyODJqMGoxNagCALACAA&sourceid=chrome&ie=UTF-8 Acesso em 02 fev. 2024. Como essas criptomoedas são extremamente voláteis, esses valores correspondem ao horário de Brasília correspondente a 13:25 e 13:30, respectivamente.

⁴¹ PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 430.

que impõe um novo imperativo moral, adequado a um novo agir humano, “aja de modo que os efeitos de suas ações sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”.

Para o Supremo Tribunal Federal⁴², a livre iniciativa que é um componente da ordem econômica deve ser curvar à proteção ambiental. Vejamos:

A livre iniciativa (CF, art. 1º, IV e 170, caput) não se revela um fim em si mesmo, mas um meio para atingir os objetivos fundamentais da República, inclusive a tutela e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225).

[**ADI 6.218**, rel. min. Nunes Marques, red. do ac. min. Rosa Weber, j. 3-7-2023, P, DJE de 21-8-2023.]

Logo, as tecnologias de registro distribuído deverão buscar mecanismos outros de consenso que impactem em menor extensão o meio ambiente a fim de cumprir o mandamento constitucional. O mecanismo de recompensa (PoS) parece ser mais sustentável, todavia para que a validação seja efetivada os computadores devem permanecer durante certo período ligados, pois o hardware for desligado perdem-se os ativos virtuais travados (32 ethers). Por isso, é questionável a informação da rede Ethereum segundo a qual “De acordo com a Ethereum Foundation, que lidera o desenvolvimento do projeto, espera-se que o novo sistema PoS reduza o gasto de eletricidade consumida durante o processo de validação em 99,95%⁴³.”. Ora, resíduos sólidos como hardwares utilizados para a validação e gasto com energia ainda serão indispensáveis o que torna questionável o dado fornecido pela Ethereum Foundation, mas é indubitável que o mecanismo de consenso Proof of Stake (PoS) é mais sustentável que o Proof of Work (PoW).

⁴² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. TÍTULO VIII. Da Ordem Social.** CAPÍTULO VI. Do Meio Ambiente. <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=225#:~:text=Do%20Meio%20Ambiente-,Art.,as%20presentes%20e%20futuras%20gera%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 12 jan. 2024.

⁴³ INFOMONEY. **Proof of Stake: o que é e como funciona** <https://www.infomoney.com.br/guias/proof-of-stake-pos-ethereum/> Acesso em 10 de jan. 2024.

Pelo exposto, o presente estudo procurou abordar os direitos fundamentais e as tecnologias de registro distribuído a fim de concretizar o capitalismo humanista que segundo seus idealizadores, SAYEG e BALERA⁴⁴ [...] ajustado à lei natural da fraternidade, o capitalismo deve ser indutor do exercício do direito subjetivo natural de propriedade, com o fim de concretização dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões, para a satisfação universal do direito objetivo de dignidade do homem todo e de todos os homens da presente e das futuras gerações: um liberalismo econômico renovado pelo humanismo antropofílico e delineado a partir da situação concreta de cada país, quanto à economia de mercado, conforme a realidade político-econômico-social e a cultura local-global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIÃO, Renata. **Afinal, blockchain é incompatível com a LGPD?** 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/blockchain-lgpd-dados-pessoais-brasil> Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico**. Petrópolis: KBR, 2011

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

BRASIL. **Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. TÍTULO VIII. Da Ordem Social. CAPÍTULO VI. Do Meio Ambiente**. <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=225#:~:text=Do%20Meio%20Ambiente-,Art.,as%20presentes%20e%20futuras%20gera%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 12 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Resp. nº 1.829.821 – SP, Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101090355/inteiro-teor->

⁴⁴ BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. **O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico**. Petrópolis: KBR, 2011, p. 180

1101090365. Acesso em: 24 abr. 2023

BOBBIO, Norberto, 1909- **A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão

CALVO, Bianca Barcena. **A utilização do open Banking como ferramenta para inclusão financeira no Brasil**. Pedro Eroles (Coord.) Fintechs, Bancos Digitais e Meios de Pagamento. Aspectos Regulatórios das Novas Tecnologias Financeiras. Vol. 5. Ed. Quarier Latim do Brasil. São Paulo, 2022

CARLOTO, Selma. **Lei Geral de Proteção de Dados. Incluindo modelos, segurança da informação e fases de implementação**. 4ª Ed. LTR.

CASTELLS, Manuel, (2002), **A Sociedade em Rede**. A Era da Informação. Economia, Sociedade e Cultura, Volume I, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. rev. atual e ampl. São Paulo. Saraiva, 2011

HACKROTT, Guilherme Barzaghi. **Breve Evolução histórica do e-commerce**. Nadia Andreotti Tuchumantel Hackerott: in Aspectos Jurídicos do E-commerce. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda. 2022, p. 20.

GIBSON, William. **Neuromante**. Milão: Editora Nord: 2004.

INFOMONEY. **Proof of Stake: o que é e como funciona**
<https://www.infomoney.com.br/guias/proof-of-stake-pos-ethereum/> Acesso em 10 de jan. 2024.

KUNTZ, Joao. **Blockchain Ethereum. Fundamentos da arquitetura, desenvolvimento de contratos e soluções**. Casa do Código. Alura, p. 182/183. Kindle.

LÉVY, Pierrè. **Cibercultura**. São Paulo. Editora 34, 1999

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (E-book).

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (coord.). **Direito digital: direito privado e internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco. 2021

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro** — Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 430.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 10ª Ed. rev., atual. e ampl. Editora Saraiva. 2023,

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2023

VASAK, Karel. **The International Dimensions of Human Rights** – Vol. 1. Santa Barbara, CA. Editora ABC-Clio LLC, 1982.

