

FELICIANO ALCIDES DIAS  
IVONE FERNANDES MORCILO LIXA  
MARCELINO MELEU

*Organizadores*

---

# CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

Vol. 2 - Tomo II



Copyright © 2021 Editora LAWeducare

Todos os direitos reservados.

**ISBN: 978-65-996090-7-7**

*Acompanhamento editorial* Marcelino Meleu

*Diagramação* Gardênia Souto Carvalho

*Capa* Ana Carolina Alves

Editora LAWeducare

*Conselho Editorial*

Aleteia Hummes Thaines (FACCAT)

Américo Braga Junior (UEMG)

Cleide Calgaro (UCS)

Jeronimo Siqueira Tybusch (UFMS)

João Paulo Allain Teixeira (UNICAP)

Karinne Emanoela Goettems dos Santos (UFPEL)

Leonel Severo Rocha (URI e UNISINOS)

Maiquel Angelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ)

Maria Aparecida Lucca Caovilla (UNOCHAPECÓ)

Paulo Júnior Trindade dos Santos (UNOESC)

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Felipini – CRB 14/1310  
Biblioteca Universitária da FURB  
C756c

Constitucionalismo, democracia e direitos fundamentais / Feliciano Alcides Dias, Ivone Fernandes Morcilo Lixa, Marcelino Meleu (organizadores). - Blumenau: LAWeducare, 2021.

265 p. : il.

v. 2, t. II

Inclui bibliografias.

**ISBN: 978-65-996090-7-7**

1. Direito constitucional. 2. Constitucionalismo. 3. Democracia. 4. Direitos fundamentais. I. Dias, Feliciano Alcides. II. Lixa, Ivone Fernandes Morcilo. III. Meleu, Marcelino. IV. Universidade Regional de Blumenau. Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito. V. Título.

CDD 341.2

Reservados todos os direitos desta obra.

Proibida toda e qualquer reprodução desta edição por qualquer meio ou forma sem a permissão expressa do editor.

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA E O DIREITO PLURAL DOS POVOS ORIGINÁRIOS FRENTE À COLONIALIDADE DO PENSAMENTO JURÍDICO.....</b>	<b>8</b>
Ana Paula A. B. Capestrano; Raquel F. L. Sparemberger	
<b>A CONTRIBUIÇÃO DA LGPD PARA A EFETIVA TUTELA DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO DIREITO DE PERSONALIDADE.....</b>	<b>24</b>
Aleteia Hummes Thaines; Pâmela Rodrigues França	
<b>DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO TECNOLÓGICA: OS BANCOS DE PATENTES E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E SÓCIOECONÔMICO.....</b>	<b>49</b>
Alejandro Knaesel Arrabal; Fernanda Analu Marcolla	
<b>A MEDIAÇÃO E O SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A REVISITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA <i>ONLINE DISPUTE RESOLUTION</i> (ODR).....</b>	<b>69</b>
Feliciano Alcides Dias; Guilherme Augusto Volles	
<b>ENSINO JURÍDICO, COMPLEXIDADE SOCIAL E CULTURA DIGITAL: POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS FRENTE À NOVA PERSPECTIVA DE OPERACIONALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>87</b>
Giselle Marie Krepsky	
<b>A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTES: PARÂMETROS DEFINIDOS PARA AS FAIXAS MARGINAIS DE QUALQUER CURSO DE ÁGUA.....</b>	<b>104</b>
Nicolau Cardoso Neto	

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA** ..... 116  
Núbia Franco de Oliveira; Deilton Ribeiro Brasil

**HABEAS CORPUS PARA TUTELA DA LIBERDADE INDIRETA: ANÁLISE DO PANORAMA CONSTITUCIONAL IBERO-AMERICANO** ..... 131  
Humberto Barrionuevo Fabretti; Eduardo Manhoso

**O ACESSO A ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL HUMANO: CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E JURISDIÇÃO** ..... 148  
Carlos Alberto Lunelli; Ismael Telles Ferreira

**POLÍTICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS NO BRASIL: SOLUÇÕES NEGOCIADAS E TECNOLOGIA**..... 165  
Fernanda Bragança; Juliana Loss

**O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS: DA ABERTURA PROCESSUAL COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO PARA DEBATE** ..... 178  
Paulo Junior Trindade dos Santos; Gabriela Samrsl Moller

**TENDÊNCIAS PARA O APRIMORAMENTO DO DIREITO AMBIENTAL A PARTIR DE UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DE “CIDADES INTELIGENTES”**..... 197  
José Irivaldo Alves O. Silva; Luanna Alertsea R. Cintra

**LA CRISIS SOCIAL GENERALIZADA DEL PERÚ A RAÍZ DE LA CORRUPCIÓN Y AUSENCIA DE LEGITIMIDAD DEL ESTADO** ..... 223  
Manuel Bermúdez-Tapia

**APLICAÇÃO DA TEORIA DO RECONHECIMENTO PARA O ENQUADRAMENTO DA QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO ÀS MULHERES TRANSEXUAIS** ..... 236  
Leticia Gheller Zanatta Carrion; Tchessica Weber

## APRESENTAÇÃO

A coletânea ora apresentada, compila trabalhos oriundos de pesquisas elaboradas por professores permanentes e colaboradores do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Tais pesquisas, partem da premissa de que é passível na doutrina jurídica publicista contemporânea que haja uma inevitável relação entre Estado, Constitucionalismo e Democracia. Essa tríade representa uma abertura para a densidade e complexidade do debate que envolve o desenvolvimento e as transformações das sociedades democráticas nos últimos séculos.

O direito público que norteia as investigações, refere-se às possibilidades de exploração investigativa da relação entre o Estado, a Constituição, a Democracia e os Direitos Fundamentais, vinculando necessariamente os fundamentos teóricos e políticos do Estado constitucional com a efetividade dos preceitos normativos na realidade social, pois, como alertou Konrad Hesse<sup>1</sup>, as normas constitucionais não são mais que letra morta sem eficácia alguma quando o conteúdo de tais requerimentos não se incorporam à conduta humana.

Comprometidos em perscrutar caminhos na busca da superação de um déficit constitucional - que acarreta a crise da democracia, desafiando sua reinvenção<sup>2</sup> -, os pesquisadores do PPGD/FURB buscam especializar o conhecimento de maneira interrelacional entre direito público e constitucionalismo – compreendido como técnica e práticas específicas de limitação do poder com finalidade política de garantia de direitos fundamentais -, possibilitando uma reflexão crítica em dois âmbitos: um no sentido político da contribuição dos fundamentos do constitucionalismo para as instituições democráticas; e o outro no sentido jurídico do impacto da jurisdição constitucional na efetivação de direitos fundamentais.

As colaborações sugerem que as relações políticas institucionais

---

<sup>1</sup> In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*: selección. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

<sup>2</sup> Sobre a necessidade de reinventar a democracia consultar: SANTOS, Boaventura de Souza. *Reinventar a Democracia*. 2 ed; Lisboa: Grádiva, 2002.

contemporâneas estão marcadas por níveis de tensões dos mais diversos, gerando conflitos de difícil equacionalização jurídica. Sendo assim, o objetivo desta obra é fomentar junto à pesquisadores, docentes e operadores do sistema de justiça brasileiro um debate estimulado com senso de criticidade no âmbito do Direito Público sobre os contornos do Estado Democrático e sua (não)concretização. Para tanto, deve-se considerar que o dilema do direito público e sua relação com constitucionalismo no século XXI é o enfrentamento entre o discurso doutrinário e as transformações das relações políticas e sociais no mundo contemporâneo. Nesse sentido, o diferencial das investigações ora apresentadas é possibilitar a aproximação entre constitucionalismo, política e sociedade por meio de pesquisas especializadas que envolvam três dimensões do pensamento do direito público na sua relação com a democratização das instituições políticas: os fundamentos doutrinários, o sistema normativo jurisdicional e a efetividade das propostas constitucionais democráticas.

Logo, para os autores, o direito público deve ser contextualizado desde a realidade que pretende regular, pois, só assim, ganham sentido as pesquisas que investigam o impacto daquele sobre as instituições políticas e jurídicas democráticas; o funcionamento dos sistemas e processos constitucionais; o efeito dos instrumentos e das decisões na esfera dos direitos fundamentais, e o papel que ocupam tais mecanismos em uma sociedade democrática complexa e em constante mudança.

No modelo brasileiro, tal complexidade ganha outros contornos com a Constituição de 1988, pois ela inaugura um modelo de Estado Democrático de Direito que propõe o rompimento de um paradigma ainda vigorante e estabelece um rol de promessas a serem perseguidas. Compreender essa nova complexidade implica a necessidade de se ressignificar fundamentos ultrapassados, que afastam os conceitos de risco e paradoxo, pois com eles, se permite um passo à frente para a compreensão da hipercomplexidade da sociedade atual.

Assim, envolto nesse compromisso conjunto, de superação das concepções dogmáticas dominantes, porquanto “não serve a ilusão kelseniana de que a Constituição ‘sempre triunfa’”. [...] Para inquirir sobre a autêntica força normativa de uma Constituição, é necessário ‘mergulhar’ na realidade, auscultar o mérito das normas em jogo, avaliar sua razoabilidade e factibilidade, e ter consciência da necessidade de atuar

e traduzir a vigência formal em vigência real da Constituição”<sup>3</sup>, organizamos e apresentamos ao público o segundo volume da obra ***Constitucionalismo, Democracia e Direitos Fundamentais***.

Blumenau/SC, primavera pandêmica de 2021.

Prof<sup>a</sup> Dra. Ivone Fernandes Morcilo Lixa  
Coordenadora do PPGD/FURB.

Prof. Dr. Marcelino da Silva Meleu  
Vice-Coordenador do PPGD/FURB

---

<sup>3</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 165.

# PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA E O DIREITO PLURAL DOS POVOS ORIGINÁRIOS FRENTE À COLONIALIDADE DO PENSAMENTO JURÍDICO

ANA PAULA A. B. CAPESTRANO<sup>4</sup>

RAQUEL F. L. SPAREMBERGER<sup>5</sup>

## 1. Introdução

A conquista e dominação da América Latina realizada pelos europeus, em especial portugueses e espanhóis, foram marcadas por lutas e usurpações, não apenas de características mercantilista e territorial, mas também epistemológica. A fim de gerar riquezas e maiores lucros para a metrópole, tal dominação foi baseada na objetificação das populações originárias colonizadas, bem como dos povos escravizados e para cá trazidos, inferiorizando, menosprezando e por vezes criminalizando suas práticas e costumes (WOLKMER; KYRILLOS, 2015, p.2).

A tentativa de homogeneização cultural impunha como legítimos apenas os saberes de matriz eurocêntrica, suprimindo e “inviabilizando a dinâmica espontânea e consuetudinária de um pluralismo comunitário indígena” (WOLKMER, 1998, p.76), viés esse que,

---

<sup>4</sup> Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário UniDomBosco. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa “Direito – Território – Cidadania” certificado pela FURB junto ao CNPq. E-mail: apaula.b@hotmail.com.

<sup>5</sup> Doutora em Direito pela UFPR. Professora dos Programas de Mestrado em Direito da FURG e da FMP-RS. Professora Colaboradora do Programa de Mestrado em Direito da FURB- Universidade de Blumenau. Professora pesquisadora da FAPERGS e CNPq. E-mail: fabiana7778@hotmail.com.



mesmo após a independência permaneceu, sob a prevalência da ideia de centralidade e hierarquia do conhecimento.

Contudo, a luta dos povos originários em busca do reconhecimento de suas diferentes nações, culturas e práticas sociais, identificando novos saberes até então subestimados em razão da prevalência secular de toda uma cultura colonizadora, onde apenas o pensamento eurocêntrico possui valor acadêmico e reconhecimento institucional (FERRAZZO; LIXA, 2017, p. 2631), tem ganhado força.

Nessa perspectiva, a ideia de um direito de base pluralista ganha importância, sobretudo diante do reconhecimento da organização e possibilidade de autodeterminação das comunidades originárias latino-americanas. Direito esse que já está previsto na legislação brasileira desde 1973 no Estatuto do Índio, foi reconhecido na Constituição de 1988 e encontra amparo também na legislação internacional como na Convenção 169 da Organização Mundial do Trabalho (OIT) e mais fortemente nas Constituições atuais do Equador (2008) e Bolívia (2009). Ainda que venha sendo amplamente discutida e reconhecida, essa pluralidade ainda carece de efetividade.

O reconhecimento da pluralidade étnica, cultural e jurídica da América Latina, mais especificamente do Brasil, embora seja tarefa difícil, é um dos caminhos para a superação da colonialidade e da visão eurocêntrica, monista e hierarquizada do direito.

Nas palavras de Rosembert Ariza Santamaría (2015, p. 167):

Pretender práticas jurídicas e formas regradas de convivência, sem ordem hierárquica ou submissão racional entre si, é um exercício hermenêutico profundamente complexo, que exige despojar-se da prepotência racional legal e da supremacia jurídica dos detentores do discurso formal do direito ocidental. (tradução livre da autora)<sup>6</sup>

É nesse cenário de busca de legitimação que surge, em 2016, um precedente inédito no direito brasileiro, proveniente do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, no qual o Desembargador relator

---

<sup>6</sup> Pretender prácticas jurídicas y formas de convivencia regradas, sin orden jerárquico ni sometimiento racional de unos a otros es un ejercicio hermenéutico profundamente complejo que requiere despojarse de la prepotencia racional y de la supremacía jurídica a los detentadores del discurso formal del derecho occidental.

entendeu que deveria ser afastada a aplicação da jurisdição brasileira, uma vez que o fato já havia sido julgado pela comunidade indígena, conforme os preceitos de seu direito consuetudinário.<sup>7</sup>

Objetivando verificar a possibilidade da aplicabilidade do direito consuetudinário indígena, vencendo a barreira dominante do direito Estatal que privilegia a legislação positivada em detrimento da tradição oral e dos usos e costumes que caracterizam as comunidades originárias, o presente texto, através de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, perpassa por alguns pontos. Inicialmente menciona o processo colonizador perpetrado no período de dominação da América Latina, verificando a trajetória de busca pela descolonização do direito.

A seguir, passa para a conceituação do pluralismo jurídico indicando suas principais características, no sentido de superação da visão monista e hierarquizada do direito estatal.

Por fim, verifica a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, indicando algumas discussões acerca do reconhecimento legal, nacional e internacional do pluralismo jurídico, cuja aplicabilidade importa na afirmação da autonomia dos povos originários.

## **2. O processo de conquista e a superação da colonialidade latinoamericana**

O projeto de expansão ultramarina que trouxe os europeus à América Latina imprimiu características diferenciadas e bastante violentas em sua concretização. Com novas possibilidades de comércio e relações com outros países a economia se fortaleceu, dando início ao sistema de economia capitalista, mais vantajoso que o feudalismo para a nova classe de comerciantes que emergiu a partir de então.

Ter como principais objetivos a expansão comercial e o conseqüente aumento dos lucros influenciou fortemente a forma como os conquistadores enxergavam os povos que encontraram habitando a região ao chegar às Américas, não os reconhecendo como

---

<sup>7</sup> In: BRASIL, 2016

seres humanos, mas sim como coisas, objetos dos quais poderiam se apropriar e explorar conforme suas necessidades. Como relata Aníbal Quijano (2005, p. 228), essa é a base do colonialismo, a partir da qual cria-se a ideia de distinção racial, na qual as diferenças existentes são hierarquizadas e a incorporação de certos valores faz com que os europeus (nós) se considerassem superiores aos povos originários, africanos escravizados e seus descendentes (outros). Essa possibilidade de classificação dos seres humanos em diferentes raças tinha a finalidade de desumanizar os diferentes e, de acordo com o autor, só passou a existir após o início da colonização nas Américas, pois se adequava perfeitamente aos objetivos capitalistas de exploração idealizados pela elite burguesa das metrópoles.

Nessas bases se desenvolveu a conquista e a colonização de toda América Latina, com a dominação dos territórios, da natureza e dos povos, eliminando tudo que fosse contrário ao ideal de modernidade europeu<sup>8</sup>, passando principalmente pelo processo de aculturação dos povos originários, na tentativa de impor um pensamento único, iniciando pela apropriação da terra e dos corpos, em seguida pela religião, passando pela produção do conhecimento e alcançando a organização do Estado e a produção e aplicação das leis.

O pensamento colonizador eurocêntrico baseia-se principalmente na ideia de que o homem europeu é o único civilizado frente ao restante do mundo, e que possui, portanto, a missão de civilizar os demais povos, marginalizando e até mesmo criminalizando as práticas e saberes dos povos originários (FERRAZO; LIXA, 2016, p. 2633). Esses elementos que tentam anular os saberes originários, substituindo-os por uma perspectiva eurocêntrica de produção do conhecimento que se coloca como superior a todas as outras – e em todos os campos do saber (cultural, religioso, científico, político,

---

<sup>8</sup> A modernidade pode ser compreendida de várias maneiras. Pode-se associar a modernidade com o “Iluminismo e a razão, partindo da ideia de que teria ocorrido uma saída das trevas da ignorância” ingressando “no período das luzes, proporcionado pela racionalidade científica”. É possível também pensar a modernidade a partir da tese de Enrique Dussel, segundo a qual a modernidade iniciou com a chegada dos colonizadores ao continente americano, quando os europeus impuseram sua vontade sobre o índio americano, através da apropriação e da violência (WOLKMER; KYRILLOS, 2015, p. 2).

jurídico) – naturalmente acabaram sendo incorporados por boa parte das populações latino-americanas, o que garantiu a perpetuação da colonialidade<sup>9</sup> dos povos por séculos, inclusive após a independência.

Por outro lado, como destaca Quijano (2005):

Se o conceito de modernidade refere-se única ou fundamentalmente às ideias de novidade, do avançado, do racional-científico, laico, secular, que são as ideias e experiências normalmente associadas a esse conceito, não cabe dúvida de que é necessário admitir que é um fenômeno possível em todas as culturas e em todas as épocas históricas. Com todas as suas respectivas particularidades e diferenças, todas as chamadas altas culturas (China, Índia, Egito, Grécia, Maia-Asteca, Tauantinsuio) anteriores ao atual sistema-mundo, mostram inequivocamente os sinais dessa modernidade, incluído o racional científico, a secularização do pensamento, etc.

Ainda que colonizadas e mesmo que de forma precária e subjugada, as populações autóctones mantiveram viva a cosmovisão indígena não só como forma de sobrevivência, mas também de resistência. Nessa linha Sérgio Luiz Fernandes Pires (1998, p. 59) se reporta à análise de Héctor Bruit:

Héctor Hernan Bruit, na obra *Bartolomé de Las Casas e a Simulação dos Vencidos*, afirma – trabalhando o imaginário e o mundo simbólico dos vencidos – que, uma vez cientes que não teriam forças materiais para enfrentar os ibéricos naquele momento [da conquista], os índios fingiram-se conformados, guardando dentro de si a revolta e a esperança de liberação futura, num simulacro de conformismo. (grifo do autor)

---

<sup>9</sup> Como destaca Grosfoguel (2010, p. 115-147) é importante diferenciar colonialismo de colonialidade. Colonialismo se dá na instituição de uma relação hierárquica de poder político que se estabelece entre a metrópole e a colônia, findando com a independência da nação colonizada. Já a colonialidade são os efeitos históricos do colonialismo, ou seja, são as diferentes construções/idealizações da imagem do colonizador que o ovo colonizado elabora em detrimento da sua própria.

O arcabouço normativo latino-americano foi construído com base na colonialidade do pensamento e da produção do conhecimento, resultando daí um direito monista e hierarquizado, que enxerga a normatividade indígena como primitiva e secundária, deslegitimando sua aplicação ao validar apenas a legislação de fonte estatal.

A superação da eurocentralidade passando à valorização dos saberes locais, ainda que careça de estratégias para sua efetiva implementação no plano social, tem se consolidado com o fortalecimento e expansão dos movimentos sociais, em especial os indígenas, que recentemente promoveram um grande avanço no direito constitucional latino-americano ao conquistar o reconhecimento da plurinacionalidade e da autonomia dos povos originários nas atuais constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), tendo como princípio basilar do Estado a descolonização, numa onda que se propaga por todo o continente.

### **3. Pluralismo jurídico**

Ainda que o projeto de civilização na América Latina tenha se desenvolvido baseado na “violência contra o homem no processo produtivo e exclusão total do autóctone no aspecto antropológico” (PIRES, 1998, p. 55-56) a partir do qual a metrópole objetivava impor um Direito único, homogêneo, padronizado nos moldes luso-hispânicos, não houve como impedir certa adequação ou modificação frente à diversidade cultural e jurídica encontrada pelos colonizadores ao aportarem no continente americano.

Nesse contexto e utilizando as palavras de Wolkmer (1997, p. 157) é possível definir pluralismo jurídico como uma “formulação teórica e doutrinária” que “designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria”, coexistindo diversas fontes do direito para além da legislação estatal, onde os diferentes grupos estruturam e regulam suas próprias jurisdições. Nesse mesmo sentido Santamaría (2015, p. 166), considerando assumir uma postura progressista, define pluralismo jurídico como “a capacidade de compreensão sem pretensão de fusão entre sistemas jurídicos, práticas jurídicas e formas

regulamentadas de convivência, sem ordem hierárquica nem submissão racional de uns aos outros”<sup>10</sup> (tradução livre da autora).

Ainda que subjugados, essa sempre foi uma realidade dos povos originários latino-americanos, em especial das populações andinas e amazônicas, que resistiram à colonização e mantiveram vivos seu modo de vida, sua cultura e, dentro do possível, suas instituições.

Examinando a obra de John Griffiths, Wolkmer (1997, p.185) destaca a crítica feita em relação à dificuldade que algumas formulações pluralistas apresentam de romper com a ideologia do centralismo jurídico, que “concebe o Direito como ordem exclusiva e unificada numa hierarquia de proposições normativas”. Nesse ponto faz-se importante diferenciar o pluralismo legal - ou conservador - quando o Estado eventualmente reconhece e incorpora em seu ordenamento determinadas manifestações plurais da sociedade, ainda que com o objetivo de manter o monopólio da produção normativa, deslegitimando toda e qualquer prática pluralista de origem não estatal; daquele pluralismo realmente autêntico - ou progressista - que possui uma matriz horizontal, de produção normativa não hierárquica, fruto das relações existentes entre os diferentes campos e atores sociais (WOLKMER, 1997, p.185).

Nessa esteira o pluralismo jurídico vem ganhando reconhecimento no meio acadêmico e institucional como maneira eficaz de resolução de conflitos por meio do reconhecimento de normas próprias de determinadas comunidades, não com a intenção de se sobrepor ou negar o direito de matriz estatal, mas sim de legitimar diferentes fontes jurídicas que sempre existiram na sociedade.

Duas das principais causas determinantes que estimulam a aceitação do pluralismo jurídico, de acordo com Vanderlinden (apud WOLKMER, 2015, p. 260) são: a) a ineficácia do paradigma hegemônico e monista do direito estatal, que não consegue atender as especificidades de interesses e características dos diferentes grupos sociais; e b) o caráter injusto do modelo monista e hegemônico de

---

<sup>10</sup> la capacidad de comprensión sin pretensión de fusión entre sistemas jurídicos, practicas jurídicas y formas de convivencia regladas, sin ordem jerárquico ni sometimiento racional de unos a otros.

produção normativa, o qual se mostra incapaz de perceber a relatividade da ideia de justiça criada por “diferenças naturais, físicas, culturais, sociais e econômicas que somente o pluralismo, sem incorrer num nivelamento centralizador, saberá adequar com grau de justiça e equidade”.

Ainda de acordo com Wolkmer (2015), a característica emancipatória do pluralismo jurídico, que propõe um projeto político que derive dos processos de lutas dos grupos oprimidos, pressupõe como requisitos a legitimidade de novos sujeitos sociais, além da democratização e descentralização da participação política, buscando legitimar as diferentes juridicidades existentes nos espaços não estatais.

Herrera Flores (2009, p. 25) observa que a conquista de direitos, e sua posterior positivação – seja no plano internacional, ou no plano interno de cada Estado - surge do fortalecimento de indivíduos, grupos e organizações, para servir de processo no qual a finalidade principal é o acesso aos bens materiais e imateriais, que trazem dignidade à vida humana. Nesse aspecto, a afirmação e consolidação do pluralismo jurídico é o caminho para o fortalecimento dos processos de lutas desses povos e conseqüente conquista de maior dignidade, focalizando principalmente no respeito a sua autodeterminação.

Esse é um dos princípios fundamentais do Estado, expresso no texto constitucional de uma série de países latino-americanos, mais recentemente nas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), compreendendo a coexistência entre as jurisdições indígenas e a jurisdição estatal em igualdade hierárquica.

Essas constituições representaram grandes conquistas, demonstrando com clareza a força dos movimentos populares e a intenção de consolidação de um novo modelo de Estado, muito mais democrático, inclusivo e participativo.

No direito brasileiro, o reconhecimento da pluralidade jurídica pode ser encontrado no Estatuto do Índio (1973), na Constituição Federal (1988) e em tratados e convenções internacionais ratificados pelo legislador pátrio, com destaque para a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007).

Tanto a legislação nacional quanto a internacional citada reconhecem a legitimidade da organização social, tradições e costumes

indígenas, prevendo regras para coexistência do direito estatal com o direito consuetudinário dessas comunidades. Um de seus principais preceitos é que se devem considerar os costumes e práticas normativas desses grupos na aplicação da legislação estatal, possibilitando inclusive a prevalência das leis e costumes indígenas em detrimento das normas estatais, desde que estejam de acordo com os direitos humanos e fundamentais internacionalmente reconhecidos, deixando claro o respeito à autonomia das comunidades ou nações indígenas.

A América Latina sempre foi reconhecidamente plural e complexa, daí a dificuldade em aplicar o modelo normativo eurocêntrico, abstrato e homogeneizador. Não obstante, a tarefa de vencer a colonialidade e reconhecer a pluralidade cultural e jurídica da sociedade é difícil e lenta, devendo envolver todos os atores sociais – sociedade, juristas, estudiosos, entre outros. (FAGUNDES; WOLKMER, 2011, p. 398-399).

Nesse contexto de reconhecimento da pluralidade étnica e jurídica como possibilidade concreta, surge o precedente inédito <sup>11</sup> na jurisprudência brasileira, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, em fevereiro de 2016, que reconheceu a aplicabilidade da jurisdição indígena em detrimento da estatal.

#### **4. Em busca da efetividade da jurisdição indígena**

Em que pese serem considerados inferiores e por vezes menosprezados, os costumes são fonte legítima e importante do direito, uma vez que a norma deriva das relações sociais e tem como fundamento primeiro as necessidades, aspirações e reivindicações de seus membros.

Essa inferiorização, principalmente em relação às comunidades indígenas, muito se dá em razão da visão eurocêntrica de que as populações originárias são primitivas, selvagens ou não civilizadas sendo, portanto, incapazes de produzir e aplicar normas de maneira justa e adequada (CURI, 2012, p. 230-234).

---

<sup>11</sup> Conforme notícia veiculada no site do TJ/RR em 21 de março de 2016. Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/index.php/11-noticias/86-decisao-inedita-tjrr-afasta-condenacao-de-indio-ja-punido-pela-tribo>. Acesso em 17 mar. 2021.



O direito indígena se baseia na oralidade e na aplicação dos usos e costumes presentes nas suas sociedades. Trata-se de uma normatividade tradicional, criada espontaneamente pelos membros da comunidade (CURI, 2012, p. 234). Muito embora não seja escrito, o direito costumeiro indígena é transmitido de geração em geração, se adequando às mudanças sociais e culturais de maneira muito mais dinâmica que o direito estatal.

Desse modo, ainda que alguns juristas mais conservadores entendam que as relações sociais das populações originárias não se encaixam na concepção de direito, é necessário entender que o direito pode ser tanto aquele proveniente do Estado quanto o de produção comunitária, numa relação de interação que tanto pode ser conflitante quanto consensual, convivendo e se relacionando de maneira não hierarquizada ou subordinada (CURI, 2012, p. 235).

Nesse sentido o Tribunal do Estado de Roraima, em sede de julgamento de recurso de apelação criminal decidiu em fevereiro de 2016, de forma inédita no Brasil, afastar a aplicação da jurisdição estatal, reconhecendo a legitimidade do julgamento e consequente aplicação de sanção, realizado pela comunidade indígena.

O caso, resumidamente, tratava-se de homicídio praticado por um indígena, membro da comunidade Manoá, contra seu irmão. O indígena foi julgado pelo conselho da sua comunidade, que decidiu pela aplicação de algumas sanções, como por exemplo, a construção de uma casa para a esposa da vítima e a proibição de se ausentar da comunidade sem permissão dos Tuxauas da tribo.

Em seguida, o acusado foi também julgado por um novo conselho formado por lideranças de várias comunidades da região, que decidiram pela aplicação de outras sanções, conforme seus usos e costumes.

Conforme se extrai da decisão, as penalidades aplicadas pelo conselho indígena foram as seguintes:

1. O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região do Wai Wai por mais 5 (cinco) anos com possibilidade de redução conforme seu comportamento;
2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a Convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai;
3. Participar de trabalho comunitário;

4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvido pela comunidade;
5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com o tuxaua;
6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua;
7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua;
8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai;
9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar (sic) outra decisão. (fls.224).

Cabe acentuar que todo o procedimento supramencionado foi realizado sem mencionar um (sic) momento algum a legislação estatal, tendo apenas como norte a autoridade que seus usos e costumes lhe confere. (TRIBUNAL..., 2016)

No voto, o Desembargador relator assevera que a possibilidade de aplicação da jurisdição indígena é possível por estar prevista na legislação ordinária nacional e internacional, quais sejam: no artigo 57 do Estatuto do Índio<sup>12</sup>, no artigo 9º da Convenção 169 da OIT – Sobre Povos Indígenas e Tribais<sup>13</sup> e no artigo 231 da Constituição Federal<sup>14</sup>. Em seu texto, cita ainda alguns precedentes internacionais similares de países como Estados Unidos e Austrália.

---

<sup>12</sup> Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

<sup>13</sup> Artigo 9º: 1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

<sup>14</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Nesse ponto chama-se atenção para alguns aspectos. Ainda que a decisão tenha se mostrado como um grande passo inicial no reconhecimento do pluralismo jurídico é importante destacar que tanto o magistrado de primeiro grau, quanto o Desembargador em grau de recurso, mantiveram a decisão do conselho indígena, apontando que tal fato estava autorizado pela legislação estatal vigente no país, o que se pode interpretar como o entendimento de que há uma hierarquia entre a jurisdição indígena (inferior) e a jurisdição estatal (superior), onde esta “autoriza” o reconhecimento daquela.

Outro ponto a se destacar está no fato de que, em que pese alguns países da América Latina terem ampliado sobremaneira a valorização das comunidades originárias – especialmente nos textos constitucionais da Bolívia e Equador – elevando ao patamar de igualdade as jurisdições indígenas e a estatal, os precedentes utilizados como fundamentos da decisão foram buscados em julgamentos realizados nos Estados Unidos e na Austrália.

Como observa Santamaría (2015, p. 174), atualmente Europa e América do Norte conformam a referência hegemônica do direito global, que operam conjuntamente a colonialidade do pensamento no continente Latino-Americano, que após séculos de colonialismo reconhece alguns direitos específicos às comunidades indígenas e afrodescendentes. Dessa forma, pode-se atentar ao fato de que ainda é incipiente o progresso que algumas autoridades estão fazendo no sentido de legitimar o pluralismo que sempre existiu no continente.

Ainda de acordo com o autor, salvo algumas exceções, a maioria dos países latino-americanos ainda não evoluiu nesse sentido, pois não instituíram um verdadeiro pluralismo jurídico que se desprenda do modelo positivista de direito.

Nessa esteira é necessário refletir sobre como se dará a verdadeira efetivação da pluralidade jurídica que sempre existiu nas Américas. Uma efetivação que vá além de seu mero reconhecimento, mas que implique na concretização e aplicabilidade prática, envolvendo nesse processo todos os sujeitos interessados – comunidades, juristas, pensadores do direito, governantes.

## 5. Conclusão

O projeto de expansão ultramarina realizado pelos europeus na América Latina foi marcado por um conjunto de estratégias violentas de apropriação e exploração tanto do território quanto das populações aqui encontradas.

Nesse processo o acultramento e colonização do pensamento tiveram papel determinante para o sucesso e perpetuação do colonialismo, classificando e hierarquizando as diferenças étnicas, culturais e jurídicas.

Dessa forma se estruturou o direito das colônias, tendo como resultado um sistema monista, hierarquizado e eurocêntrico, que menospreza e criminaliza qualquer expressão comunitária de produção jurídica, ainda que tivesse que encontrar maneiras de se adaptar a um cenário de grande pluralidade étnica e cultural existente no continente.

Nesse contexto, ainda que as normas próprias dos povos indígenas sigam sendo consideradas inferiores ou primitivas, a discussão a respeito do “verdadeiro” pluralismo jurídico – de característica emancipadora, intercultural e progressista – vem crescendo no meio acadêmico e jurídico, ganhando novas possibilidades de reconhecimento.

A positivação, no plano constitucional e internacional, dos direitos das nações indígenas é fruto das lutas dos movimentos sociais protagonizados por essas populações, de sua resistência e busca histórica pelo reconhecimento e valorização de sua autonomia e garantia de proteção de seu modo de vida, sua cultura, suas especificidades e seus direitos.

Contudo, o simples reconhecimento não é suficiente para uma real descolonização do pensamento jurídico, sendo necessário um passo adiante no sentido da legitimação e aplicação do direito consuetudinário das comunidades originárias. Passo inicial que parece ter sido dado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, ao possibilitar a aplicação da jurisdição indígena em detrimento da jurisdição estatal, no julgamento de um crime cometido por um indígena da comunidade indígena Manoá, produzindo um precedente inédito no país podendo inspirar a fundamentação de outros julgamentos.

Muito embora seja possível considerar a decisão proferida como um avanço no reconhecimento da pluralidade, os fundamentos utilizados

foram baseados num pluralismo estatal, que apenas reconhece como legítima a possibilidade normativa prevista no direito positivado. Nesse sentido reflete Melissa Volpato Curi (2012, p. 245), “se por um lado o ordenamento jurídico internacional identifica a existência de normas legais dentro das sociedades indígenas, por outro, não as legitima se não estiverem em consonância com o que o direito ocidental preceitua como correto e justo”.

Desse modo, ainda que consagrado pelas novas Constituições Latino-Americanas e por Tratados e Convenções internacionais, no plano concreto parece haver um grande desafio no que diz respeito à efetividade de um Estado verdadeiramente plural, pautado no respeito às suas diferenças culturais, na justiça social e na sustentabilidade ambiental.

A proposta do pluralismo jurídico é desconstruir o monismo e a hierarquização do sistema jurídico estatal, buscando uma interpretação horizontal e fraterna do direito, procurando refletir se realmente a sociedade está a caminho de uma verdadeira descolonização do pensamento jurídico brasileiro, ao identificar que embora de maneira inicial esteja-se no caminho do reconhecimento e legitimação da pluralidade que é característica marcante da América Latina, parece que ainda não foi possível se desprender das amarras do direito positivo estatal, de base eurocêntrica e que não reconhece a sua potencialidade.

## Referências

BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. ACr 0090.10.0003020. Apelante: Ministério Público do Estado De Roraima, Apelado: Denilson Trindade Douglas. Rel. Des. Mauro Campello, Câmara Única, julg.: 18/12/2015, DJe 17/02/2016.

CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. In: **Espaço Ameríndio**. Porto Alegre, v.6, n.2, 2012. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216>>. Acesso em: 12/03/2018.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antônio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. In: **Pensar**. Fortaleza, v.16, n.2, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158>>. Acesso em: 25/04/2018.

FERRAZZO, Débora; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. In: **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 08 n. 04, 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662017000402629&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662017000402629&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 19/02/2018.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

GROSFUGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra - Portugal, 80/2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/697#quotation>. Acesso em: 05 mar 2018.

PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas. In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Antônio Carlos Wolkmer (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber – Eurocentrismo e ciências sociais perspectivas latino-americanas**. Edgardo Lander (Org.). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Quijano.rtf>>. Acesso em: 20/01/2018.

SANTAMARÍA, Rosemberth Ariza. El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. In: **Revista InSURgência**. Brasília, ano1, vol. 1, n.1, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/16771/11909>>. Acesso em: 28/04/2018.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Pluralidade jurídica na América Luso-Hispânica. In: **Direito e Justiça na América Indígena**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 2 ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos; KYRILLOS, Gabriela de Moraes. Redefinindo os Paradigmas do Direito na América Latina: Interculturalidade e Buen Vivir. In: **Revista dos Tribunais/Revista de Direito Ambiental**, vol. 78, 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001624040faf3111949d6&docguid=I87042d50165411e59aa2010000000000&hitguid=I87042d50165411e59aa2010000000000&spos=2&epos=2&td=146&context=30&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24/11/2017.

# A CONTRIBUIÇÃO DA LGPD PARA A EFETIVA TUTELA DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

ALETEIA HUMMES THAINES<sup>15</sup>  
PÂMELA RODRIGUES FRANÇA<sup>16</sup>

## 1 Introdução

Os direitos de personalidade ganham novos contornos diante das perspectivas da sociedade da informação, por esse motivo, fazendo-se necessário a construção de regulamentos normativos com base na necessidade de proteção das liberdades individuais e o reconhecimento de novos direitos que surgem a partir da transformação dessa sociedade.

Nesse novo delineamento da sociedade da informação os ambientes virtuais são cada vez mais comuns e a conexão com a rede mundial de computadores vem invadindo os espaços individuais, sendo imprescindível debater os direitos e limites nesses novos espaços. Por isso que, a revolução digital não pode ser ignorada pelas diretrizes que balizam as relações interpessoais, pois deve se achar um ponto de

---

<sup>15</sup> Doutora em Direito com estágio Pós-doutoral em Direito. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Desenvolvimento Regional, das Faculdade Integradas de Taquara (FACCAT). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq/FACCAT “Instituições, Ordenamento Territorial e Políticas Públicas para o Desenvolvimento Regional”. E-mail: aleteiathaines@faccat.br.

<sup>16</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do grupo de Pesquisa CNPq/FURB “Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça”. Bolsista FURB. E-mail: pfranca@furb.br



equilíbrio entre as liberdades fundamentais dos indivíduos e o interesse econômico da sociedade. Nessa questão, o direito possui um papel fundamental, ou seja, o papel de regular essas relações jurídicas complexas.

Ainda mais, quando se tem notícias de escândalos advindos de vazamento de dados, impactando no cenário mundial, e inaugurando debates sobre a necessidade de se proteger os dados pessoais de forma mais segura. Ademais, soma-se a isso a ideia de que o direito deve primar pela valorização do ser humano, resguardando os aspectos inerentes à sua dignidade, bem como, garantir uma ordem justa para o convívio em sociedade.

Diante destes compromissos, faz-se necessário o reconhecimento em todas as esferas<sup>17</sup>, a iniciar pela personalidade, o que fundamenta identificar os dados pessoais como um direito humano fundamental autônomo, carecedor de proteção especial. Proteção esta dada pela promulgação da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, que disciplina a Proteção de Dados Pessoais no âmbito interno.

A partir dessas considerações a presente pesquisa tem como temática o direito de proteção de dados pessoais, delimitando-se na contribuição da Lei Geral de Proteção de Dados para a efetiva proteção de dados. Para discutir tal tema apresenta-se o presente problema de pesquisa: Quais as contribuições da Lei Geral de Proteção de Dados para a efetiva proteção dos dados pessoais e o seu reconhecimento como um direito de personalidade autônomo?

Para responder ao problema de pesquisa proposto, elencou-se, como objetivo geral, analisar as contribuições da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para a efetiva proteção dos dados pessoais e o seu reconhecimento como um direito de personalidade autônomo. E, como objetivo específico: a) estudar o direito à proteção de dados como um direito autônomo e fundamental; b) compreender a importância da Lei Geral de Dados Pessoais e a sua relação a efetiva proteção dos dados pessoais.

---

<sup>17</sup> Desde Hegel, passando atualmente por Axel Honneth, Nancy Fraser e Paul Ricoeur, observa-se que o reconhecimento e suas esferas, impacta diretamente no combate a situações injustas. (HONNETH; FRASER, 2006). Aliás, para Ricoeur (2006, p. 153), “[...] as formas de identidade que são o conteúdo da instauração do vínculo social [...]”.

A tal debate é atual e relevante, uma vez que a revolução tecnológica que a humanidade tem presenciado trouxe inúmeras transformações à sociedade, em especial nas relações interpessoais, dando assim novos contornos aos direitos de personalidade. Essas circunstâncias, representado por essa avalanche de evoluções tecnológicas, vêm exigir do direito o acompanhamento dessa evolução e de sua adequação, especialmente, no que tange a garantia e proteção dos direitos fundamentais frente as novas tecnologias.

Assim, para o desenvolvimento deste trabalho utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, sendo que a coleta dos dados se deu por meio de livros, periódicos e outros materiais, além da análise de legislações nacionais e internacionais. Ainda, a pesquisa fundou-se no método hipotético dedutivo.

A pesquisa está dividida em três partes. Na primeira, discutir-se-á os direitos humanos e a sua relação com o direito à proteção de dados pessoais. Em um segundo momento, analisar-se-á o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito de personalidade autônomo, desvinculado do direito à privacidade. Por fim, analisar-se-á a Lei Geral de Proteção de Dados e a sua contribuição para a efetivação dos direitos dos titulares dos dados, garantindo, assim, a proteção desse direito humano fundamental.

## **2 Os Direitos Humanos e a sua relação com o direito à proteção de dados pessoais**

Ainda hoje, não se tem um consenso sobre a gênese dos direitos humanos. No entanto, pode-se referir que eles constituem uma categoria histórica que para muitos remontam das instituições e do pensamento do mundo clássico. Para outros, surgem da afirmação cristã da dignidade moral do homem enquanto pessoa. Ainda, se concebe os direitos humanos como frutos da ideia jusnaturalista. Também se sustenta que os direitos humanos são produtos da própria individualidade protagonizando a dissolução da afirmação jusnaturalista enquanto ordem universal, a-histórico e heterônomo, incompatível com a autonomia e o subjetivismo ético do mundo moderno em que se solidifica dos direitos humanos. Contudo, contrapondo essa justificativa, alguns autores entendem que foi o

jusnaturalismo o fundamento para a propagação das ideias iluministas que culminaram com as revoluções liberais, no séc. XVIII, e o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem. (LUÑO, 2010).

Contudo, a evolução dos direitos humanos não se constitui uma trajetória fácil tendo que ultrapassar vários obstáculos, inclusive alimentando grandes perdas para esses direitos. Por isso, ao se estudar a teoria dos direitos humanos, o primeiro aspecto que deve ser é a categoria de direitos que estuda todo o conjunto normativo, seja ele nacional ou internacional, a fim de garantir os direitos da pessoa humana. (BARRETO, 2004).

Observa-se que a terminologia “direitos humanos” é ambígua e vaga e isso se atribui a grande desorientação teórica e prática que envolve o significado desse termo.<sup>18</sup> Muitos trazem a expressão “direitos humanos” como sinônimo para várias categorias de direitos, em especial, para os direitos fundamentais. Contudo, tais conceitos não podem ser tratados como sinônimos, conforme disciplina Luño (2010).

Para o autor, os direitos fundamentais não são sinônimo de direitos humanos, mas está diretamente relacionado com eles<sup>19</sup>. Os direitos fundamentais aparecem na França, em 1770, juntamente com o movimento que conduz a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Porém, tal expressão ganha relevo com a Declaração da Filadélfia, em 1944 (SUPLOT, 2014), e com a Declaração dos Direitos Humanos, em 1948. Pode-se entender os direitos fundamentais como os direitos humanos positivados, tanto pelas convenções e tratados internacionais, como nas constituições dos Estados. Contudo, alguns autores ainda concebe os direitos fundamentais como princípios que resumem a concepção do mundo, sendo a essência dos ordenamentos jurídicos. (LUÑO, 2010).

---

<sup>18</sup> Para Luño (2010, p. 28) “[...] a pergunta sobre o que são os direitos humanos não é clara, pois as respostas podem perpassar sobre o significado da expressão, de seus caracteres, de seu fundamento ou dos fenômenos que o designa ou, ainda, dos que se entendem que com ela se deve designar. Por esse motivo, essa pergunta tem propiciado várias respostas tanta de cunho real, como com significado intrínseco que responde a essência do objeto definido.

<sup>19</sup> Para Luño (2010), os “direitos fundamentais” representam espécie do gênero “direitos humanos”.

Apesar de toda essa discussão sobre a origem e a terminologia, pode-se afirmar que os Direitos humanos são todos aqueles direitos inerentes ao ser humano. Este conceito fornece guarida à ideia de que deve, à toda e qualquer pessoa, ser garantido o direito de usufruir destes sem distinção de qualquer natureza. Ainda, eles são garantidos legalmente no direito internacional, por meio de tratados e convenções, visando proteger os indivíduos ou seus grupos sociais contra investidas que impeçam o livre exercício de suas liberdades fundamentais e/ou violem a dignidade humana (ONU, 2000).

A dignidade humana consiste no fundamento para a proteção dos direitos humanos e fundamentais e, conseqüentemente, para os direitos de personalidade, uma vez que estes englobam os direitos de estado, os direitos sobre a própria pessoa, os direitos distintivos da sua personalidade, os direitos de liberdade, entre outros. (CANOTILHO, 1941). Esses direitos de personalidade são definidos como valores do ser humano como pessoal (BRAVO, 1959) e serão aqui tratados em um próximo momento.

Para melhor definir a dignidade humana, Kant parte de uma autonomia ética do ser humano, uma vez que ela é a capacidade de determinar a si mesmo ou de agir conforme certas leis. (KANT, 1964). Nesse aspecto, Kant (1964) diferencia o ser humano, ou seja, a sua dignidade de uma coisa qualquer. Na visão kantiana, as coisas sempre irão possuir um preço, podendo esta ser substituída por outra equivalente, agora quando não se pode quantificar o valor, tem-se a dignidade, uma vez que esta não poderá ser substituída, pois ela é única.

Nesse sentido, a dignidade é algo singular da pessoa humana, ou seja, as coisas possuem preço, as pessoas dignidade. Assim, a partir dessa concepção, o homem é considerado um fim em si mesmo. Por esse motivo, não se pode conceber os direitos de personalidade de uma pessoa, pois faz parte do seu ser, sejam considerados como coisas e assim, possam ser comercializados livremente, pois, estaríamos ferindo a sua dignidade.

Por isso, se trava o debate a respeito da proteção dos dados pessoais como um direito de personalidade e que devem ser considerados como um direito humano, carecendo de tutela estatal que garantam a sua proteção. Inclusive, tais direitos já se encontram positivados seja pela

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)<sup>20</sup>, ou pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Carta que foi declarada em 2000 e entrou em vigor em dezembro de 2009, que reúne, em um único documento juridicamente vinculativo, que garante liberdade e direitos pessoais a todos os cidadãos da União Europeia. Em seu art. 8º, ainda, disciplina, como direito humano fundamental, a proteção dos dados pessoais, sendo que eles “[...] devem ser processados de forma justa e para fins específicos e com base no consentimento ou em alguma outra base legal”. (UNIÃO EUROPEIA, 2019). Ademais, ainda se tem essa temática disciplinada em outros instrumentos internacionais e nacionais.

### **3 A proteção de dados pessoais como um direito de personalidade**

Os direitos de personalidade, se constituem em uma categoria a ser resgatada no âmbito do direito, se partir de uma concepção humanista<sup>21</sup>, ou protegidos a partir de uma nova reconfiguração, se filiados ao campo normativo inerente à propriedade, uma vez que era desconhecida nos ordenamentos jurídicos antigos e ganha ênfase a partir do séc. XX. (BRAVO, 1959).

A era digital acelera e multiplica os riscos de violação dos direitos pessoais, especialmente porque caracterizada “[...] pela preeminência da identidade como seu princípio organizacional [...]” (CASTELLS, 2018, p. 78). Diante do avanço das sociedades informacionais, a identidade, entendida aqui, como um “[...] processo pelo qual um ator social se reconhece e constrói significado principalmente com base em determinado atributo cultural ou conjunto de atributos[...]

---

<sup>20</sup> Art. 12 “[...] ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”. (ONU, 1948).

<sup>21</sup> Entendendo que “[...] a pessoa é uma noção essencialmente filosófica[...]

(NOGARE, 1994, p. 212). Aliás, “[...] é de Protágoras a célebre proposição, com que começa uma de suas obras: *O homem é a medida de todas as coisas, das que são enquanto são e das que não são enquanto não são*”. (NOGARE, 1994, p. 31).

(CASTELLS, 2018, p. 78), portanto, bens a serem salvaguardados. Nessa perspectiva, se faz necessário estabelecer parâmetros e/ou pressupostos que evitem a degradação dos direitos de personalidade.

Com base na análise sobre a gênese normativa, a afirmação dos direitos de personalidade nasce após a 2ª Guerra Mundial decorrente da preocupação com a condição humana<sup>22</sup> e conseqüentemente, com a personalidade. A Constituição Alemã, em 1949, reconhece a dignidade humana como um direito inviolável<sup>23</sup>, além de garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem o direito de outrem<sup>24</sup>, caracterizando o direito de personalidade como um direito subjetivo.

Esse reconhecimento transforma o direito, especialmente a concepção patrimonialista deste, visto que passa a conceber como cerne do direito a pessoa humana, sendo que qualquer proteção só se justifica se for para garantir os direitos da pessoa. Essa inversão de valores entre o ser e o ter consolida o surgimento da categoria de direitos de personalidade como uma categoria distinta e protegida de forma autônoma. (PINO, 2003).

Esses direitos se referem as qualidades e dimensões de caráter psíquico, espiritual e moral que formam a identidade das pessoas, seus sentimentos mais íntimos, ou seja, são componentes da

22 Como definiu Arendt (2007, p. 17), “[...] a condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de existência. O mundo no qual transcorre a *vita activa* consiste em coisas produzidas pelas atividades humanas; mas, constantemente, as coisas que devem sua existência exclusivamente aos homens também condicionam os seus atores humanos.”

23 ART. 1º - CONSTITUIÇÃO ALEMÃ (1949) – (1) A dignidade humana é inviolável. é dever de todas as autoridades estaduais respeitá-los e protegê-los. (2) O povo alemão está, portanto, comprometido com os direitos humanos invioláveis e inalienáveis como a base de cada comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) os seguintes direitos básicos vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisprudência como lei diretamente aplicável. (tradução nossa).

24 ART. 2º - CONSTITUIÇÃO ALEMÃ (1949) - (1) Toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não viole os direitos dos outros e não viole a ordem constitucional ou a lei moral. (2) Toda pessoa tem direito à vida e à integridade física. a liberdade de uma pessoa é inviolável. esses direitos só podem sofrer interferência com base em uma lei.

plenitude pessoal e da dignidade humana. (JACOISTE, 1986). Ela é vista como um bem jurídico, pois se trata do primeiro bem pertencente a pessoa, nele está compreendido a vida, a liberdade, a honra (SZANIAWSKI, 2002), a privacidade, entre outros, englobando também, a proteção de seus dados pessoais.

Quanto a proteção dos dados pessoais, muitos autores entendem que o direito à esta proteção encontra guarida no direito à privacidade, não necessitando, assim, do seu reconhecimento como um direito de personalidade autônomo. No entanto, cabe ressaltar que, inicialmente, o direito à privacidade se originou do individualismo liberal e da noção de separação entre Estado e sociedade, reforçando o individualismo. (BENETT, 2011).

Nesse aspecto, as primeiras discussões sobre a proteção à privacidade surgiram com os estudos de Samuel Warren e Louis Brandeis, em 1890. Em seu artigo “The Right to Privacy”, os autores enfatizaram a necessidade de um sistema normativo de proteção à privacidade em uma esfera individual (WARREN; BRANDEIS, 1890) e trataram essa tutela como o “direito de ser deixado só”, pois cada pessoa possui o direito de determinar em que medida seus pensamentos, sentimentos, entre outros, devem ser comunicados a outras pessoas.

Nessa perspectiva, o direito à privacidade é concebido como uma condição de isolamento visando garantir a liberdade sem a interferência de qualquer ente, inclusive, do Estado, na esfera privada do indivíduo (LAZARO, MÉTAYER, 2015), reforçando, a ideia de que a privacidade perfeita se dá quando o indivíduo consegue estar completamente inacessível aos outros. (BENETT, 2011).

No entanto, essa concepção proposta, em um primeiro momento, por Warren e Brandeis (1890), é tida como equivocada, pois, ela confundiria privacidade com liberdade, sugerindo, no entendimento de Lazaro e Métayer (2015), uma falsa percepção da existência de uma “redoma”, aqui compreendida como a esfera privada que envolve o indivíduo e que na qual outros indivíduos e organizações não podem invadir.

Por esse motivo, hoje, o conceito de privacidade não está mais relacionado à proteção do espaço de uma pessoa ou a intromissão de outros indivíduos na esfera pessoal, mas é determinado pela capacidade de se controlar informações pessoais. (LAZARO, MÉTAYER, 2015).

Assim, no cenário atual, ele se torna mais abrangente, sendo, inclusive, consagrado como um direito fundamental, tutelado por convenções internacionais e inseridas nas legislações internas. Ademais, Pino (2003, p. 247) vai além e define a privacidade como “[...] diritto della persona a controllare la raccolta e l’uso che terzi possono fare delle informazioni personali attinenti a quella persona, ovvero il diritto (in determinate condizioni) ad inibirne la raccolta e l’uso.”<sup>25</sup>

No entanto, quando se discute a proteção de dados pessoais, tem-se que dissociar esse direito do direito à privacidade, uma vez que o direito à privacidade se restringe a proibição de intervenção, por qualquer ente, na esfera individual, salvo em decorrência de lei ou de legítimo interesse público. Já, o direito à proteção de dados pessoais deve ser compreendido como um novo direito de personalidade, que garante a proteção do indivíduo sempre que os seus dados pessoais são tratados, especialmente por se viver em uma sociedade da informação<sup>26</sup>.

Diante desse novo cenário, os dados<sup>27</sup> pessoais se constituem em um dos principais recursos econômicos do século XXI, necessitando assim, de uma proteção mais efetiva. (FRAZÃO, 2019) (. Eles vêm sendo considerados como o “novo petróleo” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 19), pois são essenciais a quase todas as atividades. Essa comparação pretende “[...] ilustrar a importância dos dados para a economia e a sociedade” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 19), mas, também tem o objetivo de discorrer sobre as inúmeras possibilidades de utilizado dos dados pessoais, como como o petróleo. Esses dados “[...] são utilizados como produtos ou fatores de produção, de tal forma

---

25 [...] direito que a pessoa possui de controlar a coleta e o uso que terceiros podem fazer de suas informações ou dados pessoais ou o seu direito de inibir (sob certas condições) a coleta e o uso desses dados pessoais. Tradução livre. (PINO, 2003, p. 247).

26 Para Castells (2018), a sociedade da informação está caracterizada pela revolução tecnológica, geradas pelas tecnologias digitais de informação e de comunicação que provém de uma estrutura social em rede, envolvendo as atividades humanas e os interesses de cada Estado e organização.

27 “[...] os dados são entendidos como sinais ou símbolos de mensagens que podem ser formalizados e (arbitrariamente) reproduzidos e facilmente transportados com a ajuda de meios técnicos adequados.” (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, 2021, p. 13).



que criam oportunidades para a economia e para a sociedade que antes não existiam.” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 19).

Com a era da sociedade da informação vê-se uma grande circulação dos dados pessoais, tal situação atinge a esfera pessoal do indivíduo e torna essa intromissão perigosa, pois, ao contrário do petróleo, os dados digitais são imateriais e o seu fluxo e utilização se dá por meio de processos tecnológicos. Além disso, assim, como o petróleo, eles possuem um grande valor econômico, pois “o valor agregado a ser ganho com o processamento e uso pode ser igualmente invisível. Isso facilita que as empresas escondam esse valor agregado e quaisquer lucros que dele possam advir”. (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 21). Essa condição aumenta o risco de utilização indevida dos dados pessoais, por parte de quem trata esses dados, colocando em perigo os direitos de personalidade do indivíduo, por esse motivo, existe a necessidade de se limitar e proteger a circulação desses dados, a fim de valorizar a figura humana e garantir a sua dignidade.

A urgência dessa tutela se justifica pela angústia que a sociedade tem de perder o controle das informações pessoais devido ao grande risco de ameaças que circundam os dados pessoais, em especial, no que tange a segurança nesse ecossistema digital (CHORNET, 2021), com as ameaças cibernéticas e violação de dados, em decorrência da vulnerabilidade destes, uma vez que, muitos desses dados ficam armazenados no espaço digital e este novo *locus* ganha relevância, devida a sua rápida capacidade de propagação quando ocorre um vazamento de dados. Na rede virtual não há limites espaciais, pois uma informação, mesmo que confidencial, pode ser transferida de um local para outro em questão de segundos, o que dificulta o combate aos crimes cibernéticos. (PINHEIRO; LOTUFO, 2021).

Ademais, as pessoas, muitas vezes, não têm outra escolha se não informar os seus dados pessoais para as grandes corporações, especialmente, as prestadoras de serviços básicos, pois, caso não forneçam os dados podem ser excluídas e não acessarem esses serviços. Em contrapartida, se revelarem seus dados pessoais estarão expostos, o que gerará “[...] a dependências de longo alcance ou condições contratuais impositivas [...]” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 46), acarretando, dessa forma, um profundo comprometimento do desenvolvimento da sua personalidade.

Em virtude dessa preocupação, os países começaram a buscar mecanismos para tutelar, de forma adequada, esse direito. Assim, tal discussão se acentuou a partir da segunda metade da década de 60, levando a Alemanha, a promulgar, em 1970, a Lei de Proteção de Dados do Estado Alemão de Hesse, sendo está considerada a primeira legislação que trata especificamente dessa matéria (DONEDA, 2021), ou seja, trata esse direito como um direito de personalidade autônomo, dissociado do direito à privacidade, como era reconhecido até então.

A Lei alemã levou outros países a protegerem seus dados e várias legislações surgiram a partir nesse período, como por exemplo, a lei sueca, *Datagen*, em 1973, “[...] a lei francesa de proteção de dados pessoais de 1978, intitulada *Informatique et Libertés*, e outras legislações análogas em países como Espanha, entre outros”. (DONEDA, 2021, p. 28). Essa tutela estatal não parou por aí, pois, em 1983, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu, como um direito fundamental autônomo a proteção dos dados pessoais, garantindo a autodeterminação informativa dos indivíduos<sup>28</sup>, reconhecimento este que foi “[...] formulado a partir do direito geral de personalidade e voltado a garantir ao cidadão o direito de controlar a amplitude da divulgação ou utilização de qualquer aspecto relacionado a sua personalidade por meio de seus dados pessoais.” (DONEDA, 2021, p. 28).

Contudo, a cada dia que passa tem-se novos avanços tecnológicos, especialmente no ciberespaço<sup>29</sup>, o que gera uma apreensão maior com

---

<sup>28</sup> O direito à autodeterminação informativa descreve o direito do indivíduo de decidir por si mesmo como seus dados pessoais são divulgados e usados. Esse direito foi reconhecido na Alemanha, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no ano de 1983, como um direito humano fundamental, ligado diretamente com o direito de personalidade. Nesse sentido, “Nas condições modernas de processamento de dados, o livre desenvolvimento da personalidade requer a proteção do indivíduo contra a coleta, armazenamento, uso e divulgação ilimitados de seus dados pessoais. Esta proteção é, portanto, abrangida pelo direito fundamental do artigo 2.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 1, da Lei Básica. A este respeito, o direito fundamental garante o direito do indivíduo de decidir sobre a divulgação e utilização de seus dados pessoais. (*BVerfGE 65, 1*, sentença de 15 de dezembro de 1983)”. (Tradução livre). (DANTENSCHÜTZ PRAXIX, 2019).

<sup>29</sup> Termo proposto em 1984, por Willian Gibson, em 1984, na obra *Neuromancer*, para designar um espaço que não existe concretamente, somente de forma virtual e

relação a proteção dos dados pessoais, tal situação leva ao questionamento se hoje, “[...] os instrumentos legais existentes são suficientes para lidar com as tecnologias digitais [...]” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 41) e, conseqüentemente, garantir o direito à proteção dos dados pessoais dos indivíduos, “[...] ou se é necessário mudar o sistema jurídico para novas soluções visando à proteção dos interesses em questão”. (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 41). Diante de uma resposta negativa a nesse questionamento e levando em consideração as novas situações apresentadas pelo espaço digital, muitos países passaram a criar legislações específicas para proteção de dados, especialmente a partir de 1995, com a Diretiva 95/46/CE, da União Europeia, visando estabelecer regras claras para o tratamento dos dados pessoais, aplicando, inclusive, sanções caso ocorra algum incidente com os dados pessoais sob sua responsabilidade. Uma legislação decorrente dessas diretrizes europeia é a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2019, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

#### **4 A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) brasileira e a sua contribuição para efetivação do direito à proteção dos dados pessoais**

Em âmbito nacional a tutela específica referente ao tratamento de dados pessoais é recente, pois, até pouco tempo atrás essa proteção estava diretamente ligada ao direito à privacidade,

---

que é composto por todos os computadores e usuários conectados, simultaneamente, na internet. (GIBSON, 2016). Contudo, Borges Fortes e Boff (2014), trazem o estudo do professor de Stanford University, Lawrence Lessing, que entende que “[...] o conceito de ciberespaço varia rapidamente, sobretudo em razão da identidade evidenciada no tempo e no espaço de acordo com os objetos de uso da rede pelos usuários. Para exemplificar tal afirmação, o referido professor utiliza como exemplo o discurso intitulado “Declaração de Independência para o Ciberespaço” proclamado logo após o rompimento da cultura bipolar com o fim da Guerra Fria pelo compositor do Grateful Dead, banda de rock dos anos de 1960, [...] no qual pronuncia: ‘*Governos da Era Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do ciberespaço, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm soberania onde nos reunimos.*’” (BORGES FORTES; BOFF, 2014, p. 110).

disciplinada tanto na Constituição Federal<sup>30</sup>, como no Código Civil Brasileiro<sup>31</sup>. Não que o direito à privacidade não proporcionasse uma resolução efetiva aos problemas envolvendo o tratamento de dados pessoais, mas de “[...] certa maneira restou entrincheirado em seu caráter individualista e subjetivo”. (DONEDA, 2021, p. 30). Porém, “[...] Apesar de o direito à privacidade ter introduzido no ordenamento uma série de valores que estão fortemente presentes também na proteção de dados, a dinâmica do desenvolvimento desta última acaba dialogando relativamente pouco com o direito à privacidade [...]”. (DONEDA, 2021, p. 31).

No entanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe outro procedimento que busca, de certa maneira, assegurar o direito dos indivíduos a terem acesso aos seus dados pessoais constantes em bases de dados governamentais, além de requerer a sua retificação, caso eles estejam incorretos. Tal instituto é o *habeas data*, um remédio constitucional, disciplinado no art. 5º, LXXII<sup>32</sup>. No entanto, tal dispositivo, também não logrou êxito com os avanços da área tecnológica na sociedade da informação, pois está diretamente relacionado com as bases de dados na esfera pública.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, outras legislações internas buscaram tutelar, mesmo que de forma fragmentada, a proteção no tratamento dos dados pessoais, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, da Lei n. 12.404/2011, denominada de Lei do Cadastro Positivo, sendo esta a “[...] primeira normativa brasileira concebida a partir de conceitos e de uma sistemática comum à tradição de proteção de dados, que já estava

---

30 Art. 5º [...] - 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. (BRASIL, 1988).

31 Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (BRASIL, 2002).

32 Art. 5º - [...] - LXXII - conceder-se-á "*habeas data*": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. (BRASIL, 1988).

consolidada em outros países” (DONEDA, 2021, p. 33), bem como, da Lei n. 12.527/2011, chamada de Lei de Acesso à Informação e do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.527/2014).

Apesar dessas leis terem sido importantes, ainda se carecia de uma normativa que regulasse, de maneira específica, o tratamento de dados pessoais dentro do território nacional. Pois, existia a necessidade de se reconhecer e interpretar o direito à proteção de dados como um direito autônomo.<sup>33</sup> Assim, em 2018, o Brasil promulga a sua primeira legislação específica que disciplina a matéria acerca da proteção dos dados pessoais, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Autores como Pinheiro (2021) entendem que a elaboração da LGPD foi inspirada no Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais (GDPR). No entanto, apesar de nossa legislação guardar grande semelhança e até reprisar vários dispositivos inseridos no GDPR, Doneda (2021), sustenta que a nossa Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais teve origem nas discussões internas do Mercosul com a submissão, em 2004, de uma proposta, pela Argentina, para uniformizar as legislações dos países-membros referentes a proteção dos dados pessoais. Essa apresentação e discussão resultou na realização do “I Seminário Internacional sobre Proteção de Dados Pessoais”, promovido pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, em 2005, do qual participaram os presidentes das autoridades italiana, espanhola e argentina de proteção de dados, além de inúmeros juristas. Nesse seminário foi aprovado um documento normativo disciplinado a matéria que foi, posteriormente, submetido ao Grupo Mercado Comum, para ser deliberado e votado, fato esse que nunca ocorreu. (DONEDA, 2021).

Após esse momento, inúmeras discussões permearam essa matéria em âmbito interno, resultando em vários projetos de lei

---

<sup>33</sup> Tramita, no Congresso Federal brasileiro, um Projeto de Emenda Constitucional, PEC n. 17/2019, que busca alterar a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Nesse sentido, consultar: (BRASIL, 2019).

apresentados ao Congresso Nacional, culminando na promulgação da Lei n. 13.709, em 14 de agosto de 2018, conhecida como LGPD, pelo então presidente do Brasil, Michel Temer. Nesse período, o Brasil, ainda era “[...] um dos poucos países entre as principais economias globais a não ter um marco regulatório de proteção de dados pessoais [...]” (SOMBRA, 2019, p. 112).

A Lei Geral de Proteção de Dados é uma legislação técnica e principiológica que se constitui em um microsistema jurídico, pois reúne diversos conceitos, princípios e itens de controle que visam assegurar a proteção do indivíduo que tem seus dados tratados, em âmbito interno e externo – quando há tratamento de dados fora do país -, buscando efetivar a proteção dos direitos de personalidade, assim, pode-se afirmar que a essência da LGPD é a proteção dos direitos humanos. (PINHEIRO, 2021).

No entanto, a implementação dessa nova legislação gerou inúmeras incertezas, a começar pelo prazo inicial para a sua adequação às novas regras pelos agentes que tratam dados. Esse prazo foi de dezoito meses, porém, ele foi alterado mais de uma vez, inclusive em decorrência da sindemia<sup>34</sup> causada pela SARS-CoV-2. Atualmente, a LGPD está vigente, sendo que as sanções previstas em seu texto, passaram a vigorar no mês de agosto deste ano (2021).

Apesar das inúmeras pressões sofridas para limitar a sua abrangência, ela é aplicada a qualquer pessoa que trate dados pessoais, seja ela pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, de pequeno, médio ou grande porte e de qualquer segmento. A sua adequação e cumprimento impõe uma mudança na cultura das organizações, pois sua implementação trará um grande impacto para os agentes que tratam dados pessoais, seja de cunho econômico ou organizacional.

---

<sup>34</sup> O termo “sindemia” foi conceituado por Merrill Singer como um conjunto de fatores ligados à saúde e as condições sociais que estão diretamente relacionados e que afetam, de forma geral, a saúde de uma população. Por isso, se faz necessário abordar e enfrentar a COVID-19, não mais como uma pandemia, mas sim, como uma sindemia, em decorrência dos reflexos gerados, não somente na saúde pública, mas nas áreas econômica, social e política. (SINGER, 1996).

A LGPD tem por objetivo “[...] proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”, por esse motivo, tal legislação excluiu de sua proteção dos dados das pessoas jurídicas. A fim de garantir e assegurar os direitos dos titulares dos dados, o seu tratamento se dará, geralmente, com o seu consentimento livre e informado, uma vez que cabe ao titular decidir se quer ou não que os seus dados sejam tratados, concretizando, dessa forma, o direito a autodeterminação informacional “[...] integrando, de tal sorte, o próprio conteúdo essencial do direito fundamental [...]” (SARLET, 2021, p. 51). Contudo, assim como no caso alemão, o direito a autodeterminação informacional não é absoluto, podendo ser flexibilizado quando houver necessidade de cumprir uma obrigação legal ou regulatória, bem como, para proteger a vida do titular ou de terceiro e para a tutela da saúde, além de outros casos disciplinados ao longo do art. 7º<sup>35</sup>, da referida lei.

Ademais, a LGDP, empodera o titular dos dados pessoais, pois estabelece uma série de direitos que devem ser cumpridos e respeitados pelo controlador<sup>36</sup>, entre esses direitos está o acesso aos

---

<sup>35</sup> Art. 7º, Lei n. 13.709/18 - Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da [Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 \(Lei de Arbitragem\)](#);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

<sup>36</sup> Conforme o art. 5º, VI, da LGDP o controlador é pessoa natural ou jurídica, de

dados pessoais tratados, a correção de dados que estão incompletos, incorretos ou desatualizados, a eliminação dos dados desnecessários, a portabilidade de seus dados, além da revogação do consentimento, dada ao controlador para tratar os seus dados, a qualquer tempo e sem nenhum empecilho.

A inobservância desses direitos e princípios acarretará a aplicação de pesadas sanções que se encontram disciplinadas pela Lei n. 13.709/18. Ainda, a legislação inova ao estabelecer a responsabilidade objetiva<sup>37</sup> dos controladores, em razão de algum dano causado ao titular, em razão do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais. Além disso, o legislador decidiu pela possibilidade de se inverter o ônus da prova<sup>38</sup> a favor do titular dos dados, quando constar a hipossuficiência técnica do titular ou quando essa prova restar excessivamente onerosa. Tais situações visam reestabelecer o equilíbrio nestas relações jurídicas, uma vez que a parte vulnerável no tratamento de dados é o titular.

Por esse motivo, os agentes de tratamento devem primar pela segurança dos dados armazenados e agir com diligência, empregando as boas práticas, uma vez que necessitam adotar medidas para garantir a proteção dos dados pessoais “[...] de acesso não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.”<sup>39</sup> Para isso, é necessário que os gestores invistam em Sistemas de Gestão e Segurança da Informação<sup>40</sup>,

---

direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

<sup>37</sup> Art. 42, LGDP - Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

<sup>38</sup> Art. 42 [...] §2º, LGPD - O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

<sup>39</sup> Art. 46, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

<sup>40</sup> “Os Sistemas de Gestão de Segurança e Informação (SGSI) são sistemas corporativos que abrangem todos os processos organizacionais ou parte deles e



visando prevenir e combater os riscos de incidentes com os dados armazenados, uma vez que esses dados são armazenados na nuvem.

Como mencionado anteriormente, a LGPD trouxe uma mudança cultural, tanto na cultura das organizações quanto na dos titulares dos dados. No entanto, para que essa normativa surta os efeitos desejados, isto é, garanta, de forma concreta, o direito humano fundamental à proteção dos dados pessoais é necessário que os agentes que tratam os dados se comprometam em respeitar os direitos dos titulares, além de investir em mecanismos preventivos de proteção e formulação de boas práticas e de governança para a segurança no ciberespaço. Outrossim, é necessário fortalecer a Autoridade Nacional para que ela possa fiscalizar, de forma eficaz, o cumprimento da legislação, aplicando, se assim for necessário, as sanções previstas na lei. Dessa forma, se entende que a Lei Geral de Proteção de Dados poderá contribuir para a efetivação e garantia do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

## 5 Conclusão

O presente trabalho, a partir da análise sob a perspectiva do direito de personalidade, buscou responder se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais contribuirá, de forma efetiva, para a proteção dos dados pessoais e para o reconhecimento daquele direito, desde uma categoria autônoma. A defesa de um direito de personalidade autônomo se faz necessária diante da expansão da designada sociedade da informação, cuja base está pautada em uma economia alimentada pelos dados pessoais, ou seja, o atual contexto demonstra que se vivencia um capitalismo de dados, onde esse produto é tão ou mais valioso que o petróleo bruto.

Os dados pessoais estão armazenados em ambientes virtuais, sendo

---

buscam proteger as informações da empresa dentro dos critérios de confidencialidade, integridade e disponibilidade (CID) da organização. Nesse sentido, os SGSI traduzem-se em planos, estratégias, políticas, medidas e controles voltados para a segurança da informação que têm o intuito de implementar, monitorar, analisar, manter e melhorar a segurança da informação corporativa.” LOTUFO; BISSOLI; SIQUEIRA, 2021, p. 41).

que o ciberespaço não reconhece fronteiras geográficas, o que os torna cada vez mais vulneráveis, uma vez que, eles podem se transmitir de um lugar para outro, em questão de milésimos de segundos. Além disso, essas transferências, muitas vezes, ocorrem de forma ilícita, o que dificulta o seu rastreamento e facilita o vazamento deles. Por esse motivo, discute-se sobre a aceitação e elevação do direito à proteção de dados pessoais como um direito humano fundamental, pois é urgente garantir esse direito e assegurar a proteção da dignidade humana.

Os dados pessoais fazem parte do patrimônio inerente a personalidade humana, por isso, se afirma que eles são direitos de personalidade, no entanto, os problemas gerados pela sociedade de informação, no que tange aos dados pessoais, transcendem uma mera violação ao direito à privacidade do indivíduo, visto que são mais extensos que estes, principalmente, quando se entende a privacidade em seu sentido clássico, aquela definida por Warren e Brandeis, onde o direito à privacidade se referia ao direito de ser deixado só, decorrente do direito à intimidade.

Hoje, a violação dos dados pessoais enseja na violação de um direito de personalidade autônomo, porque, caso isso ocorra, está se atingindo a dignidade humana, pois os dados pessoais são dados que identificam o indivíduo, neles estão inseridos, inclusive os dados sensíveis que estão ligados com a nossa saúde, nossas crenças, nossa sexualidade, entre outros, podendo, inclusive, serem utilizados com finalidade discriminatória. Por esse motivo, esses dados são utilizados por diversos agentes, pessoais físicas e jurídicas, que os utilizam para monitorar o nosso comportamento e nossas ações, além de auferir lucros consideráveis com eles. Diante do oferecimento gratuito de produtos e serviços, nas plataformas digitais, observa-se que o produto, na verdade, é cada um de nós. Essa situação restringe a autonomia da vontade das pessoas e, como mencionado, influencia em seus processos de escolha, nas mais diversas áreas.

Em razão disso, se faz necessário a regulação, não só a nível internacional, mas também a nível interno, sobre o tratamento de dados pessoais, porquanto ela é fundamental para a proteção do próprio ser humano e de sua dignidade. Nesse sentido, o advento da Lei n. 13.709/2018, vem ao encontro desses anseios, particularmente, por tem como objetivo principal a proteção dos direitos fundamentais de liberdade,

privacidade e do livre desenvolvimento da pessoa natural, concretizando o seu direito a autodeterminação informacional.

A Lei Geral de Proteção de Dados, disciplina diversos direitos dos titulares dos dados e diversos deveres dos agentes que realizam o tratamento desses dados, impondo a esses agentes, uma mudança de cultura, em especial, na cultura organizacional. Uma dessas imposições diz respeito à utilização de Sistema de Segurança que garanta a proteção dos dados tratados e armazenados, bem como o emprego de boas práticas e de uma governança de dados que proteja os indivíduos de qualquer tipo de violação de dados pessoais, pois caso ocorra qualquer incidente com os dados tratados por estes, eles serão responsabilizados. Com essas atitudes e com uma fiscalização efetiva, por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), será possível assegurar o direito fundamental à proteção de dados a todos os titulares. Diante dessas considerações, entende-se que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei n. 13.709/2018, veio contribuir para a efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais e, consequentemente, para reconhecer esse direito como um direito de personalidade autônomo, visando assegurar ao indivíduo um sistema protetivo cobrindo o tratamento indevido dos dados pessoais.

## Referências

ALEMANHA. **Grundgesetz Für Die Bundesrepublik**

**Deutschland**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/bjnr000010949.html>. Acesso em: 27 jul. 2021.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In.: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BENNETT, Colin J. In defence of privacy: The concept and the regime. **Surveillance & Society** 8(4). 2011, p. 485-496. Disponível

em: <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/4184/4186>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BORGES FORTES, Vinícius; BOFF, Salete Oro. A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. **Sequência** (Florianópolis), n. 68, p. 109-107, jun. 2014, p. 110. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/LqY93YW8FMSNPgkVBg75nbH/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 03 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 03 ago. 2021.

BRAVO, Federico de Castro y. Los llamados derechos de la personalidad. **Anuário de Derecho Civil**. vol. 12. n. 4, 1959, p. 1237-1276. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2774474>. Acesso em: 24 jul. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da**

**Constituição.** 7 ed. 18 reimp. Coimbra/Portugal: Almedina, 1941.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Tradução: Roneide Venancio Majer. 19 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Paz&Terra, 2018.

CHORNET, Vicent Giménez. Derechos digitales del ciudadano en la gestión de la información. **Ibersid: Revista De Sistemas De Información Y Documentación**, n. 1. vol. 15. p. 13-26. Disponível em: <https://ibersid.eu/ojs/index.php/ibersid/article/view/4719>. Acesso em: 30 jul. 2021, p. 20.

DANTENSCHUTZ PRAXIX. **Informationelles Selbstbestimmungsrecht: Was ist das?** de 01 agosto de 2019. Disponível em: <https://www.datenschutz-praxis.de/grundlagen/informationelles-selbstbestimmungsrecht/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. *In.*: DONEDA, Danilo *et. al.* **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais. Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. *In.*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

GIBSON, Willian. **Neuromancer.** 5 ed. São Paulo: Editora Aleph, 2016.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital – desafios para o direito.** Tradução: Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. **Redistribución o reconocimiento?** Trad. Pablo Manzano. Madrid: Paideia; Ediciones

Morata, 2006.

JACOISTE, José Javier López. Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad. **Anuário de Derecho Civil**. vol. 39. n. 4, 1986, p. 1059-1120. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46665>. Acesso em: 28 jul. 2021.

KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos costumes. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

LAZARO, Christophe; MÉTAYER, Daniel Le. Control Over Personal Data: True Remedy or Fairy Tale? SCRIPTed - **Journal of Law, Technology & Society**. **Edinburgh**: University of Edinburgh School of Law. v. 12, n. 01, p. 03-34, June. 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2689223](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2689223). Acesso em: 03 ago. 2021.

LOTUFO, Larissa; BISSOLI, Leandro; SIQUEIRA, Rafael. Como implementar uma cibersegurança corporativa? *In.*: PINHEIRO, Patrícia Peck. (Coor.). **Segurança digital**: proteção de dados nas empresas. São Paulo: Atlas, 2021, p. 41.

LUÑO, Antonio E. Prez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 10 ed. Madri/Espanha. Editorial Tecnos. 2010.

NOGARE, Pedro Dalle. **Humanismos e Anti-Humanismos**: introdução à antropologia filosófica. 13 ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)**. Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html). Acesso em: 10 jun. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais:** comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck; LOTUFO, Larissa. Proteção de Dados Pessoais. *In.*: PINHEIRO, Patrícia Peck. (Coor.). **Segurança digital:** proteção de dados nas empresas. São Paulo: Atlas, 2021.

PINO, Giorgio. Teorie e dottrine dei diritti dela personalità: un studio di meta-giurisprudenza analítica. **Rivista Materiali per una storia dela cultura giuridica.** n. 1, 2003. p. 237-274. Disponível em: <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1436/8771>. Acesso em: 28 jul. 2021.

RICOEUR, Paul. **Percorso do reconhecimento.** Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In.*: DONEDA, Danilo *et. al.* **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SINGER, Merrill. A dose of drugs, a touch of violence, a case of AIDS: conceptualizing the SAVA syndemic. *Free Inquiry - Special Issue: Gangs, Drug & Violence.* v. 24. n. 2. November 1996, p. 99-110, 1996. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/292474731\\_A\\_dose\\_of\\_drugs\\_a\\_touch\\_of\\_violence\\_a\\_case\\_of\\_AIDS\\_Conceptualizing\\_the\\_SAVA\\_syndemic](https://www.researchgate.net/publication/292474731_A_dose_of_drugs_a_touch_of_violence_a_case_of_AIDS_Conceptualizing_the_SAVA_syndemic). Acesso em: 09 abr. 2021.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Direito à privacidade e proteção de dados no ciberespaço:** a *accountability* como fundamento da *Lex Privacy*. 2019. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019, p. 112. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35752>. Acesso em: 05 jun. 2021.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia:** a justiça social diante do

mercado total. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

UNIÃO EUROPEIA. **Charter of Fundamental Rights of the European Union**. (2019). Disponível em: [https://www.citizensinformation.ie/en/government\\_in\\_ireland/european\\_government/eu\\_law/charter\\_of\\_fundamental\\_rights.html#](https://www.citizensinformation.ie/en/government_in_ireland/european_government/eu_law/charter_of_fundamental_rights.html#). Acesso em: 27 jul. 2021.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. v. 4, n. 5, 1890, pp. 193–220. Disponível em: < [www.jstor.org/stable/1321160](http://www.jstor.org/stable/1321160) >. Acesso: 26 jul. 2021.



# DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO TECNOLÓGICA: OS BANCOS DE PATENTES E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E SÓCIOECONÔMICO

ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL<sup>41</sup>  
FERNANDA ANALU MARCOLLA<sup>42</sup>

## 1 Introdução

O sistema de direitos de propriedade intelectual é uma instância jurídica coadjuvante ao desenvolvimento tecnológico e econômico nacional. No contexto das criações industriais, destacam-se os direitos de exclusiva obtidos por meio da reivindicação/concessão de patentes. Trata-se da constituição de privilégio temporário sobre invenções ou modelos de utilidade, o qual implica impedir que terceiros, sem consentimento prévio, produzam, usem, coloquem à venda, vendam

---

<sup>41</sup> Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPQ-FURB). Membro dos grupos de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB) e Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas (CNPq-FURB), com estudos em direito de propriedade intelectual, desenvolvimento tecnológico e inovação. Membro da AGIT - Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau – (FURB). E-mail: arrabal@furb.br

<sup>42</sup> Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra/PT. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). Advogada. Endereço eletrônico: f.marcolla@furb.br.

ou importem o produto objeto de patente ou o processo ou produto obtido diretamente de processo patentado. (BRASIL, Lei 9.279/1996, art. 42)

Em geral, leituras apressadas que se somam a exigência legal da novidade frente ao estado da técnica a fim de obter o privilégio (BRASIL, Lei 9.279/1996, art. 11), levam facilmente a ideia que o sistema de patentes é prioritariamente orientado pelo segredo e restrição de informações.

Ocorre que, como o próprio termo indica, “patente” é atributo do que se conhece, do que está disponível na qualidade de *informação tecnológica*. A par de conferir o privilégio industrial temporário, a patente necessariamente torna o conhecimento sobre a técnica acessível ao público.

Assim, esse estudo procura avaliar a importância dos bancos de patentes como instrumentos de concreção do direito fundamental de acesso à informação. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, análise legislativa e de atos administrativos, o trabalho está estruturado em três unidades. A primeira estabelece o recorte conceitual do acesso à informação como direito fundamental. A segunda descreve a relação entre desenvolvimento tecnológico e informação. A terceira parte trata dos bancos de patentes, especialmente em relação ao contexto do INPI, sua emergência no cenário das tecnologias de informação e comunicação e sua importância no quadro geral do fomento à inovação.

## **2 Direito Fundamental de Acesso à Informação**

No âmbito constitucional, os direitos fundamentais compreendem a expressão de garantias de condições necessárias à existência digna em uma sociedade democrática. Tamanha a importância dos direitos fundamentais para o contexto jurídico moderno que sua materialidade é “gravada intencionalmente em uma constituição, com o intuito de transformar os direitos humanos em direito positivo – a intenção, em outras palavras, é de positivizar os direitos humanos”. (ALEXY, 2015, p. 168)

Segundo Canotilho (2010) as garantias fundamentais assumem função democrática, na medida que o exercício democrático do poder:

(1) significa a contribuição de todos os cidadãos (arts. 48.º e 109.º) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenrola a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural.

Os direitos fundamentais emergem historicamente das supressões Estatais. Por este motivo, Bobbio (2020, p. 6) afirma que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando há o aumento do poder do homem sobre o homem [...] ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências”.

Entre as várias garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, destaca-se a importância do direito de acesso à informação, haja vista sua relação direta com a existência humana. Do étimo latino, informação compreende a ação de “atribuir forma”<sup>43</sup> (LOGAN, 2012, p. 26). Assim como muitos outros verbos, essa palavra assume também o cariz substantivo, ou seja, o nome da “ação que atribui forma” também designa a própria “forma atribuída”. Nesse contexto, a informação corresponde a uma categoria integrada aos conceitos de linguagem, comunicação e conhecimento.

Semidão (2014, p. 114) considera que “[...] o ‘conhecimento’ constitui insumo para a ‘informação’, de forma que ambos os termos são descritos como pertencendo à mesma natureza (‘informação’ é ‘conhecimento’ com grau suficiente de inteligibilidade)”. Sob o prisma Constitucional, Steinmetz (2013, p. 301) reconhece como informação “qualquer juízo de fato ou de valor sobre pessoas, coisas, fatos, relações, ideias, conceitos, representações, opiniões, crenças, etc.”.

As identidades dos agentes sociais e seus respectivos processos de interação pressupõe informação. Ter ciência de quem se é, do lugar que

---

<sup>43</sup>“Tudo que se considera existir é dotado de forma. Ela compreende os limites e as condicionantes distintivas de qualquer ser.” (ARRABAL; ROSA; SILVA, 2021, p. 11)

se está, do que se faz e do que é possível fazer, implica informação. No campo da gestão pública e privada, é costumeiro afirmar que informações são determinantes para a tomada de decisões. Nesse sentido, pode-se afirmar que toda norma é também informação.

Barreto (2005, p. 70) entende que o fenômeno da informação está diretamente associado à “adequação de um processo de transferência de um conteúdo, que se efetiva entre o emissor e o receptor e pode gerar conhecimento”.

Preliminarmente, a cautela constitucional do direito de acesso à informação diz respeito as condições de exercício do poder, por parte do Estado, frente ao cidadão. Nesse contexto, o direito à informação aponta para duas direções, uma relacionada a própria pessoa e outra direcionada ao coletivo:

Em primeiro lugar, cada indivíduo tem o direito de ter acesso a informações acerca de si próprio, mas que estejam sob poder do Estado. Esse primeiro aspecto do tema se vincula a interesses como a privacidade, o poder do indivíduo de controlar suas informações pessoais e, eventualmente, a proteção contra discriminações. Em segundo lugar, o acesso à informação diz respeito ao direito de todos, e de cada um, de ter acesso em caráter permanente a informações sobre os atos públicos de interesse geral [...] (BARCELLOS, 2018, p. 444).

Em regra, cumpre ao Estado agir de forma transparente, oferecendo condições para que os cidadãos possam conhecer da atuação do poder público, assim como fiscalizar sua execução. Desse modo, o direito à informação integra-se ao princípio da publicidade exigido ao Estado, conforme observam Mendes e Branco (2018, p. 1456-1457):

O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático, e pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da

Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, caput, e artigos seguintes da CF/88).

Cumprir considerar que as garantias constitucionais de cariz fundamental não se colocam exclusivamente diante da atuação do Estado, elas dizem respeito a todos os agentes institucionais públicos e privados que, dotados de meios para determinar as condições de existência coletiva, empreguem esses meios de modo a subjugar e violar liberdades civis.

Observa Steinmetz (2013, p. 301) que:

O direito fundamental de acesso à informação é um dos direitos constitucionais relativos à informação. É o direito de se informar. Os outros são o direito de informar - decorrente da liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e da liberdade de comunicação (art. 5º, IX) e também do que prescreve o art. 220, caput e § 1º - e o direito de ser informado (art. 5º, XXIII).

As garantias constitucionais à informação compreendem um escopo fundamental para que todos sejam capazes de integrar uma determinada realidade sócio-cultural-econômica de forma ativa, contribuindo para o coletivo, ao mesmo tempo possam realizar suas expectativas individuais. Estar informado pressupõe a apropriação de códigos comunicativos, participação comunitária por meio de trocas informacionais operadas por esses códigos, modelando valores e estruturando hábitos que se incorporam a cultura.

### **3 Informação e Desenvolvimento Tecnológico**

A realidade informacional sempre foi tecnológica. A linguagem corresponde a uma das primeiras instâncias da realidade técnica, visceralmente integrada a própria condição humana. Embora no plano instrumental da linguagem, a informação seja reconhecida como objeto, ela figura também como condição de possibilidade da própria realidade percebida. A realidade é aquilo que a linguagem permite que ela seja (POSTMAN, 1993), de modo que todo processo de comunicação implica na articulação de signos que *representam* eventos e entidades

concretas e abstratas.

São essas representações – estruturas simbólicas codificadas em linguagem – que constituem a *informação* para as relações sociais, caracterizada como objeto de troca e valoração. Informações que procuram representar fatos assumem o valor da “verdade” sempre que correspondam aos respectivos fatos. Por sua vez, informações tecnológicas assumem o valor da “utilidade”, sempre que correspondam a efeitos objetivos no plano concreto.

Embora a informação sobre um fato – por trata-se de uma representação – não contém o valor da verdade “em si”, assim como a informação tecnológica não contém o valor da utilidade “em si”, como produto de linguagem, toda informação tende a se tornar objeto e, como tal, passa a ser percebida como instância de valor autônomo. É o que explicam Berger e Luckmann ao tratar dos processos de objetivação que a linguagem engendra:

A linguagem é capaz de ‘tornar presente’ uma grande variedade de objetos que estão espacial, temporal e socialmente ausentes [...] Qualquer tema significativo que abrange assim esferas da realidade pode ser definido como um símbolo e a maneira linguística pela qual se realiza esta transcendência pode ser chamada de linguagem simbólica [...] A linguagem é capaz não somente de construir símbolos altamente abstraídos da experiência diária mas também de ‘fazer retornar’ estes símbolos, apresentando-os como elementos objetivamente reais na vida cotidiana. Desta maneira, o simbolismo e a linguagem simbólica tornam-se componentes essenciais da realidade (BERGER; LUCKMANN, 2014, p. 58-59)

A produção e o acesso à informação passam atualmente por instâncias computacionais mediadoras conhecidas como Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs). Werthein (2020) observa que o termo “[...] ‘sociedade da informação’ passou a ser utilizada, nos últimos anos [do século XX], como substituto para o conceito complexo de ‘sociedade pós-industrial’ e como forma de transmitir o conteúdo específico do ‘novo paradigma técnico-econômico’”.

A busca por informações se tornou mais ampla e eficiente, dado os recursos implementados e oportunizados pela rede global de computadores. Contudo, nesse contexto é preciso reconhecer que o

“acesso” compreende não apenas a viabilidade “da infraestrutura e das condições econômicas da acessibilidade, mas a disponibilização de instrumentos que permitam o desenvolvimento da capacidade dos sujeitos para o uso das funcionalidades e para a solução de problemas relacionados às TICs” (SALDANHA; BRUM; MELLO, 2016, p. 468).

Castells (2017, p. 70) considera que “uma sociedade em rede é uma sociedade cuja estrutura social é construída em torno de redes ativadas por tecnologias de comunicação e de informação processadas digitalmente e baseadas na microeletrônica”. Para Lisboa (2006, p. 12), “a era da informação não é apenas um slogan, mas sim um fato”, o que implica uma ordem econômica cujos pilares compreendem, entre outros fatores: a presença indelével do conhecimento em todas as atividades produtivas; a importância da caracterização do conhecimento como “ativo intangível”; e o incremento sistemático de novas formas de gestão, novos processos e produtos.

Neste sentido, a tecnologia é focada na melhoria do processamento da informação como fonte de produtividade e desenvolvimento social e econômico. Castells (2002, p. 54) observa ainda que, afrente do industrialismo, “o informacionalismo visa o desenvolvimento tecnológico” a partir da “acumulação de conhecimentos e maiores níveis de complexidades do processamento da informação”.

Ao caminhar para o incremento sistemático de processamento e acesso à informação, essa nova perspectiva de desenvolvimento tecnológico e econômico deve considerar os pressupostos constitucionalmente instituídos, dentre os quais encontra-se aqueles que estruturam o sistema de direitos de propriedade intelectual.

#### **4 Bancos de patentes como instrumento de acesso à informação tecnológica**

Direitos de propriedade intelectual compreendem garantias relacionadas a valorização da *pessoa* como sujeito criativo, do *trabalho humano* como fator de dignidade existencial, e da *livre iniciativa* como vetor estruturante e sustentável da ordem econômica.

Nesse contexto, o sistema de patentes figura como uma espécie de mecanismo de recompensa no qual, aquele que se dedica a desenvolver, e oferece à sociedade, um novo recurso tecnológico (produto ou

processo), apto a solucionar um problema técnico, seja recompensado com a garantia de exclusividade sobre a produção e exploração desse recurso por determinado tempo – 20 anos para invenções e 15 anos para modelos de utilidade (BRASIL, Lei n. 9.279/1996, art. 40)

Para a obtenção desse privilégio, há que se reivindicar o título (a Carta Patente) junto a instância governamental<sup>44</sup> própria de cada país, bem como instruir o pedido com as informações necessárias e suficientes que revele tratar-se de criação: a) dotada de novidade; b) resultante de atividade/ato inventivo; e c) passível de aplicação industrial.

Por previsão legal, o pedido de patente será publicado pelo INPI após 18 meses da data do depósito<sup>45</sup>, período esse em que se mantém a informação tecnológica em sigilo (BRASIL, Lei n. 9.279/1996, art. 30).

Sobre o assunto, Barbosa e Barbosa (2017, p. 420-421) observam que:

Não se trata de “publicação” no sentido de ciência a interessados de um passo do procedimento administrativo, mas a revelação do objeto do pedido, ou seja, do invento, tal como contido no depósito. [...] O conteúdo da patente não é publicado no órgão oficial [que compreende a RPI – Revista de Propriedade Industrial, que fará apenas a publicação de dados identificadores], mas torna-se disponível ao público, que poderá inspecioná-lo no INPI [...] Em considerável parte, tal conteúdo será também tornado disponível pela Internet. [...] Conforme a lei brasileira e de muitos países, com a publicação do pedido de patente, o conteúdo do invento ingressa como escopo do conhecimento público: a tecnologia, ainda que restrita pela proteção jurídica, passa a ser cognitivamente acessível a todos, satisfazendo um dos requisitos da função social da propriedade intelectual.

Além dos dados relacionados aos autores, titulares, país de

---

<sup>44</sup>No Brasil, corresponde ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

<sup>45</sup>“Durante o prazo homogêneo de 18 meses, todo requerente tem direito ao sigilo do objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade. [...] Assim, durante tal prazo, pode aperfeiçoar seu invento, aprestar-se à sua fabricação, desenvolver adições, tudo sem expor-se ao conhecimento de sua tecnologia, nem fazê-la integrar ao estado da técnica.” (BARBOSA; BARBOSA, 2017, p. 419)



procedência e data de depósito, um documento de patente contém informações a respeito:

[...] do estado da arte, uma descrição detalhada da invenção, que permita a um técnico no assunto realizá-la, destacando as diferenças existentes entre a tecnologia anterior e o avanço trazido pela mesma, um ou mais desenhos (quando necessário) e as reivindicações, que definem o escopo da invenção e o que será protegido. (OLIVEIRA e outros, 2005, p. 37)

Na década de 90, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial inaugurou o seu sítio na Internet, bem como foi o primeiro país a disponibilizar na web, um banco de patentes e marcas de acesso gratuito (INPI, 2019).

Ferreira, Guimarães e Contador (2009, p. 212) observam que:

Desde 2004, com a nova estrutura regimental implementada no INPI, o órgão administrador do Banco de Patentes, Centro de Divulgação, Documentação e Informação Tecnológica - CEDIN, passou a fazer parte da Diretoria de Articulação e Informação Tecnológica do INPI e se compôs em três divisões operacionais: de Informação Tecnológica, de Documentação e de Estudos e Programas. Esse poderoso banco de dados gerido pelo CEDIN, abrangendo as informações industriais sobre o desenvolvimento de tecnologias para as quais se requer patente, fica então disponível para acesso público [...]

Embora o site do INPI<sup>46</sup> esteja disponível somente após a década de 90, destaca-se que a patente mais antiga cujo cadastro encontra-se no banco de dados on-line foi depositada em 13/03/1970 e concedida em 29/05/1979, a qual versa sobre um “processo para preparar uma formulação granular para agricultura e horticultura, formulação assim obtida e processo para combater ferrugem de arroz aplicando a mesma”. (KUMIAI CHEMICAL INDUSTRY, 1979).

O banco de dados disponível na plataforma on-line do Instituto

---

<sup>46</sup>Atualmente integrado ao projeto de unificação dos canais digitais do governo federal “.gov” e disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br>

Nacional da Propriedade Industrial apresenta 858.944<sup>47</sup> (oitocentos e cinquenta e oito mil, novecentos e quarenta e quatro) registros cadastrais de patentes. Contudo, é necessário destacar que os cadastros mais antigos não apresentam o inteiro teor das respectivas patentes, o que depende de um processo de digitalização ainda em curso.

Medeiros (2013, p. 35) destaca que “o Brasil pode contribuir bastante para uma reflexão sobre o real papel da patente na sociedade contemporânea, sobretudo” com ações, a exemplo da prospecção e monitoramento tecnológico desenvolvido em parceria com Instituto de Tecnologia em Fármacos de Manguinhos da Fundação Oswaldo Cruz, o que implicou em resultados concretos no desenvolvimento de tecnologias orientadas a políticas públicas de combate à AIDS. Destaca ainda que “todo o esforço do INPI em divulgar o seu acervo de patentes repousa na convicção de que essas informações são fundamentais para o desenvolvimento da humanidade.”

Considerada como a mais relevante fonte primária de informação tecnológica, o documento de patente permite o conhecimento de inovações para a indústria após a descrição original do invento (FRANÇA, 2000, p. 168).

Nos documentos de patentes está a informação mais recente em relação ao estado da técnica de diversas áreas do desenvolvimento humano. A patente é não só uma proteção legal, um bem econômico, mas uma fonte de informação tecnológica que deve ser utilizada para solucionar problemas técnicos e na realização de pesquisas. A pesquisa em bancos de dados de patentes evita que esforços sejam colocados no desenvolvimento de tecnologias já existentes. Além disso, o uso de informações de patentes permite identificar tecnologias emergentes ou alternativas; fornece embasamento para aplicações comerciais, indicando, por ex., melhores alternativas para compra de tecnologia; permite a verificação da disponibilidade da tecnologia no Brasil, evitando litígios e, permite também o monitoramento de tecnologias concorrentes. (OLIVEIRA e outros, 2005, p. 37-38).

---

<sup>47</sup>Essa totalidade representa o número de registros identificados no banco de dados on-line do período correspondente à década de 70 (ano de criação do INPI) até o dia 12 de junho de 2021.

Tudo que se tem conhecimento a respeito do agir humano orientado ao enfrentamento de desafios diante da realidade material chama-se “estado da técnica” (não raro considerada como sinônimo de “estado da arte”). Ir para além do que já se sabe fazer é inaugurar uma nova condição existencial que, em maior ou menor grau, transformam a vida cotidiana.

A atividade de pesquisa, seja no ambiente acadêmico ou industrial, tem o compromisso de aperfeiçoar as bases epistêmicas já existentes. Nesse sentido, ter ciência do estado da técnica é uma providência fundamental. O emprego estratégico de recursos públicos e privados em P&D implica em escolhas assertivas, aptas a oferecer meios mais qualificados ao incremento de fatores relevantes para o desenvolvimento sustentável de atividades econômicas e formulação de políticas públicas.

A observação do estado da técnica é uma dimensão que se aproxima, sob a ótica da gestão da inovação, a diversas ações e metodologias voltadas a percepção da realidade de mercado. Cumpre observar que a Lei nº 10.973/2004, a qual dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, estabelece como uma das competências dos Núcleos de Inovação Tecnológica das Instituições Científicas e Tecnológicas “desenvolver estudos de *prospecção tecnológica* e de *inteligência competitiva* no campo da propriedade intelectual, de forma a orientar as ações de inovação da ICT” (art. 16, VII)

A prospecção tecnológica implica avaliar o caráter evolutivo do estado da técnica, a fim de reconhecer suas possíveis tendências. Kupfer e Tigre (2004, p. 17) a consideram como “meio sistemático de mapear desenvolvimentos científicos e tecnológicos futuros capazes de influenciar de forma significativa uma indústria, a economia ou a sociedade”.

Estudos de prospecção tecnológica são relevantes para as *instituições de pesquisa*, na medida que possibilitam avaliar e promover o efetivo aperfeiçoamento científico-tecnológico, evitando replicação de saberes; para a *indústria e o mercado*, oportunizando informações que contribuem na tomada de decisão; igualmente para o Estado, instrumentalizando a gestão de políticas públicas relacionadas direta e indiretamente a pesquisa e desenvolvimento. Para tanto, Barroso, Quoniam e Pacheco

(2009) destacam a necessidade de observar um significativo número de documentos de patentes, o que demanda ferramentas de TI adequadas para coleta e análise de dados.

Em 2000, o então Ministério da Ciência e Tecnologia lançou o programa Sociedade da Informação (TAKAHASHI, 2000), no qual afirma-se que o governo “é o principal indutor de ações estratégicas rumo à sociedade da Informação”, seja por seu papel em definir o quadro regulatório, seja por ser um dos maiores adquirentes de serviços de tecnologia de informação e comunicação do país e, no contexto do objeto deste estudo, principalmente na condição de usuário de “tecnologias de informação e comunicação em suas atividades, [o governo] pode acelerar grandemente o uso dessas tecnologias em toda a economia, em função da maior eficiência e transparência de suas próprias ações.”

Entre outros aspectos, o novo paradigma técnico-econômico que emergiu do incremento das Tecnologias de Informação e Comunicação apresenta importante dimensão social, “em virtude de seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação” (TAKAHASHI, 2000, p. 5), bem como representa um grande desafio para as instâncias administrativas governamentais. Na qualidade de Autarquia Federal vinculada <sup>48</sup> ao Ministério da Economia (BRASIL, Decreto nº 9.660/2019), o INPI integra as diretrizes nacionais relacionadas a implantação e gestão de TI.

Consta do atual Regimento Interno do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Portaria MDIC nº 11, de 27 de janeiro de 2017, art. 101, III, IV; art. Art. 102, IV) que compete à Coordenação-Geral de Estudos, Projetos e Disseminação de Informação Tecnológica - CEPIT “*coordenar a difusão da informação tecnológica contida no banco de patentes com vistas ao desenvolvimento tecnológico nacional*” bem

---

<sup>48</sup> De 1999 a 2016, o INPI era vinculado ao então Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (BRASIL, Decretos nº 3.280/1999, nº 4.566/2003 e nº 6.129/2007); de 2016 a 2019, o referido ministério para a se chamar Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (BRASIL, Decreto nº 8.872/2016). A reforma gerencial 2019 o extinguiu, incorporando suas atribuições ao Ministério da Economia (BRASIL, Lei nº 13.844/2019).

como “manter controle e disponibilizar o acesso aos provedores de informação tecnológica patentária e às ferramentas de buscas desses sistemas”. Por sua vez, compete à respectiva Divisão de Estudos e Projetos - DIESP “*promover a difusão da informação tecnológica contida no banco de patentes com vistas ao desenvolvimento tecnológico nacional*”.

Para o quadriênio 2016-2019, o INPI desenvolveu o Planejamento Estratégico de Tecnologia da Informação, no qual constou como objetivo estratégico, entre outros, “1. Promover transparência e acessibilidade por meio das soluções de TI”, a fim de “Garantir a disponibilização e o acesso à informação para promover a transparência ao cidadão, compatível com os modelos de acessibilidade e interoperabilidade padronizados pelo Governo Federal.”

Em 2018 o INPI instituiu o Comitê de Tecnologia de Informação cuja atribuição, entre outras, é “analisar e aprovar as revisões do Plano Diretor de Tecnologia da Informação – PDTI [também referido como PDTIC], elaborado pela Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação – CGTI” (Resolução INPI/PR 221, 2018). Na qualidade de importante instrumento de diagnóstico, planejamento e gestão dos recursos e processos de TIC, o Plano Diretor de Informática e Comunicação – PDTIC 2018-2011, aprovado pelo CGTI em 3 de dezembro de 2018, estabelece como um dos objetivos estratégicos “2. Expandir e aperfeiçoar a disponibilização de dados e informações sobre propriedade industrial” e como estratégias (entre outras) de implementação desse objetivo “2.1 Expandir e aperfeiçoar os meios de acesso aos dados, informações e conhecimento em propriedade industrial produzidos e disponibilizados pelo INPI para os diferentes públicos de interesse” e “2.2 Estabelecer parcerias para ampliar o acesso dos setores público, empresarial e acadêmico aos dados, informações e conhecimento em propriedade industrial”.

Considerando o exposto, observa-se a indissociável integração de recursos de TICs ao contexto do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, de modo que o aperfeiçoamento do acesso a Informações Tecnológicas a partir do banco de patentes é um fator estratégico. O aprimoramento tecnológico de bancos de patentes e respectivo acesso público representam aspectos fundamentais para a compreensão do estado da técnica, coadjuvante aos conhecimentos científico e

tecnológico disponíveis em outras fontes, a fim de possibilitar condições efetivas para desenvolvimento econômico e social.

## 5 Conclusão

A partir de Castells (2010) é possível considerar que a informação tecnológica assume uma condição *circular*, na medida que oferece condições para o aprimoramento das plataformas que tornam a ela mesma ainda mais disponível.

Nesse contexto, o aperfeiçoamento do acesso à informação tecnológica pressupõe sua disponibilidade, de modo a permitir que ICTs nacionais e a iniciativa privada possam contribuir com o desenvolvimento de tecnologias de acesso e tratamento de dados eficientes, qualificando e viabilizando um maior número de projetos de monitoramento e prospecção tecnológica. Observa-se que o quadro normativo-regulatório relacionado ao INPI está direção a essa realidade.

O cenário atual de tecnologias voltadas a gestão de informação é muito promissor. Aplicações de reconhecimento óptico de texto e imagem, combinadas com algoritmos de inteligência artificial, sugerem um potencial incremento para as condições de acesso aos bancos de patentes.

Como observado nesse estudo, do ponto de vista constitucional, o acesso à informação tecnológica corresponde a um desdobramento do direito de acesso à informação, fundamental para o desenvolvimento tecnológico e socioeconômico do país.

## Referências

ALEXY, Robert. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**: direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. Tradução de Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

ARRABAL, Alejandro Knaesel; ROSA, Valéria Ilsa; SILVA, Leila Mara da. Design e direito em interação: reflexões teóricas para ações transdisciplinares. In: COSTA, Humberto. (Org.) **As múltiplas faces**

**do design contemporâneo.** Curitiba: Bagai, 2021. Disponível em: <https://editorabagai.com.br/product/as-multiplas-faces-do-design-contemporaneo/> Acesso em: 3 jun. 2021.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes; BARVOSA, Denis Borges. **O código da propriedade industrial conforme os tribunais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v1 - patentes.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARRETO, Aldo de Albuquerque. A condição da informação. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 67-74, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392002000300010> Acesso em: 2 jul. 2021.

BARROSO, Wanise; QUONIAM, Luc; PACHECO, Eduardo. Patents as technological information in Latin America. **World Patent Information**, v. 31, n. 3, p. 207-215, set. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.wpi.2008.11.006> Acesso em: 2 jul. 2021.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade.** 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: LTC, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.280, de 8 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre a vinculação de entidades integrantes da Administração Pública Federal indireta e revoga o Decreto nº 3.131, de 9 de agosto de 1999. [atualmente revogado]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3280.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3280.htm) Acesso

em: 12 jun. 2021.

**BRASIL. Decreto nº 4.566, de 1º janeiro de 2003.** Dispõe sobre a vinculação de entidades integrantes da Administração Pública Federal indireta, e dá outras providências. [atualmente revogado]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4566.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4566.htm) Acesso em: 12 jun. 2021.

**BRASIL. Decreto nº 6.129, de 20 de junho de 2007.** Dispõe sobre a vinculação das entidades da administração pública federal indireta [atualmente revogado]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6129.htm) Acesso em: 12 jun. 2021.

**BRASIL. Decreto nº 8.872, de 10 de outubro de 2016.** Dispõe sobre a vinculação das entidades da administração pública federal indireta [atualmente revogado]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8872.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8872.htm) Acesso em: 12 jun. 2021.

**BRASIL. Decreto nº 9.660, de 1º de janeiro de 2019.** Dispõe sobre a vinculação das entidades da administração pública federal indireta. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9660.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9660.htm) Acesso em: 12 jun. 2021.

**BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.** Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/L10.973compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L10.973compilado.htm) Acesso em: 7 mar. 2021.

**BRASIL. Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nos 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de



13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nos 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm) Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Acesso em: 7 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **Portaria MDIC nº 11, de 27 de janeiro de 2017**. Aprova o Regimento Interno do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20599368/do1-2017-01-30-portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2017-20599110](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20599368/do1-2017-01-30-portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2017-20599110) Acesso em: 3 jul. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. Vol. I. Tradução: Roneide Venancio Majer. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

CORRÊA, Fátima Carvalho; GOMES, Sandra Lúcia Rebel. **A patente na universidade: sigilo, transparência e direito à informação**. sigilo, transparência e direito à informação. 2007. Disponível em: <http://repositorios.questoesemrede.uff.br/repositorios/bitstream/handle/123456789/1250/A%20patente.pdf?sequence=1> Acesso em: 3 jul. 2021.

FERREIRA, Ademir Antônio; GUIMARÃES, Edílson Rodrigues; CONTADOR, José Celso. Patente como instrumento competitivo e como fonte de informação tecnológica. **Gestão & Produção**, n. 16, v. 2, jun. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-530X2009000200005> Acesso em: 10 maio 2021.

FRANÇA, Ricardo Orlandi; CAMPELLO, Bernadete S.; CÉNDON, Beatriz V.; KREMER, Jeannette M. **Fontes de informação para pesquisadores e profissionais**. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p. 153-181.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

INPI. INPI chega aos 45 anos: conheça a história do Instituto. Nov. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/noticias/inpi-chega-aos-45-anos-conheca-a-historia-do-instituto> Acesso em: 10 abr. 2021.

INPI. **PETI Planejamento Estratégico de Tecnologia de Informação 2016-2019**. Rio de Janeiro, INPI, 2018. Disponível em: [https://www.gov.br/inpi/pt-br/aceso-a-informacao/tecnologia-da-informacao/arquivos/documentos/peti\\_20162019.pdf](https://www.gov.br/inpi/pt-br/aceso-a-informacao/tecnologia-da-informacao/arquivos/documentos/peti_20162019.pdf) Acesso em: 3 jul. 2021.

INPI. **Plano Diretor de Informática e Comunicação INPI 2018-2021**. Rio de Janeiro, INPI, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/aceso-a-informacao/tecnologia-da-informacao/arquivos/documentos/planodiretordeticinpi2018202120181203.pdf> Acesso em: 3 jul. 2021.

INPI. **Resolução INPI/PR 221, de 4 de junho de 2018**. Institui o Comitê de Tecnologia da Informação, do Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: [https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/centrais-de-conteudo/legislacao/copy2\\_of\\_Resolucao2212018.pdf](https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/centrais-de-conteudo/legislacao/copy2_of_Resolucao2212018.pdf) Acesso em: 3 jul. 2021.

KUMIAI CHEMICAL INDUSTRY. **Processo para preparar uma formulação granular para agricultura e horticultura, formulação assim obtida e processo para combater ferrugem de arroz aplicando a mesma.** Depositante: Kumiai Chemical Industry CO LTD. PI 7017455-5. Depósito: 13/03/1970. Concessão: 29/05/1979.

KUPFER, David; TIGRE, Paulo Bastos. Prospecção tecnológica. In: CARUSO, Luis Antonio Cruz; TIGRE, Paulo Bastos. (Coord.) **Modelo Senai de prospecção:** documento metodológico. Montevideo: CINTERFOR/OIT, 2004. Disponível em: [https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file\\_publicacion/pa-peles\\_14.pdf](https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/pa-peles_14.pdf) Acesso em: 7 jul. 2021.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 847, p. 78–95, maio, 2006.

MEDEIROS, Alexandre. **Patentes:** história e futuro. Espaço de Comunicação, 2013. Disponível em: [https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/patente\\_historia\\_e\\_futuro.pdf](https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/patente_historia_e_futuro.pdf) Acesso em: 3 jul. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Luciana Goulart de e outros. Informação de patentes: ferramenta indispensável para a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico. **Química Nova**, n. 28, dez. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-40422005000700007> Acesso em: 3 jun. 2021.

POSTMAN, Neil. **Technopoly:** the surrender of culture to technology. New York: Vintage Books, 1993.

SALDANHA, Jânia Maria Lopez; BRUM, Márcio Morais; MELLO, Rafaela da Cruz. As novas tecnologias da informação e comunicação entre a promessa de liberdade e o risco de controle total: estudo da jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XVI, p. 461-498,

2016. Disponível em:

<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v16/1870-4654-amdi-16-00461.pdf> Acesso em: 8 abr. 2021.

SEMIDÃO, Rafael Aparecido Moron. **Dados, informação e conhecimento enquanto elementos de compreensão do universo conceitual da ciência da informação:** contribuições teóricas. 2014. Disponível em:

[https://www.marilia.unesp.br/Home/Pos-Graduacao/CienciadaInformacao/Dissertacoes/semidao\\_ram\\_me\\_mar.pdf](https://www.marilia.unesp.br/Home/Pos-Graduacao/CienciadaInformacao/Dissertacoes/semidao_ram_me_mar.pdf) Acesso em: 3 jul. 2021.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil:** livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Disponível em: <http://livroaberto.ibict.br/handle/1/434> Acesso em: 14 abr. 2021.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios.

**Ciência da Informação**, n. 29, v. 2, ago. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-19652000000200009> Acesso em: 3 jul. 2021.

# A MEDIAÇÃO E O SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A REVISITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA *ONLINE DISPUTE RESOLUTION* (ODR)

FELICIANO ALCIDES DIAS<sup>49</sup>  
GUILHERME AUGUSTO VOLLES<sup>50</sup>

## 1 Introdução

No descompasso das respostas promovidas pela jurisdição estatal às demandas que lhe são atribuídas, ganham destaque no ordenamento jurídico os chamados meios adequados de solução de conflitos, que inserem na realidade adversarial brasileira uma perspectiva multiportas com vistas à composição das disputas e de acesso à justiça. O instituto da mediação, notadamente, é posto em evidência, na medida em que busca compreender as origens dos problemas surgidos e os reais

---

<sup>49</sup> Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor Efetivo da Universidade Regional de Blumenau/SC (FURB), atuando na graduação e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito como membro do corpo permanente. Professor e Coordenador da Escola de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa ‘Sociedade, Instituições e Justiça – SINJUS’ certificado junto ao CNPq pela FURB. Integrante dos Grupos de Pesquisa ‘Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça’ e ‘Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn’, certificados junto ao CNPq-FURB, além do grupo de pesquisa ‘Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias’ (CNPq/UNOESC). Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da FURB. Advogado. Árbitro. E-mail: feliciano@furb.br

<sup>50</sup> Pós-graduando em Direito Aplicado e em Gestão do Conhecimento na Magistratura pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pesquisador e Integrante dos Grupos de Pesquisa ‘Sociedade, Instituições e Justiça – SINJUS’ e ‘DTIn-FURB - Direito, Tecnologia e Inovação’, certificados junto ao CNPq pela FURB. Residente Judicial. E-mail: guilherme.a.volles@gmail.com

interesses em disputa, com vistas ao restabelecimento do vínculo rompido e a criação de soluções pelos próprios envolvidos.

A sociedade contemporânea e globalizada, entretanto, vem acompanhando o surgimento de novas formas de conflitos, para os quais os mecanismos tradicionais de resolução de disputas não respondem adequadamente. Surge a necessidade de adaptar os instrumentos disponíveis às demandas da era digital, num contexto que estimula a ascensão das ferramentas de *Online Dispute Resolution* (ODR).

Na sequência, sem o propósito de esgotar a temática, se abordará o contexto de insuficiência da jurisdição estatal, para compreender o atual cenário de incentivo aos meios adequados de tratamento de conflitos, sobretudo a mediação. Em seguida, após a exposição dos dispositivos legais pertinentes, se discutirá o surgimento de novas tendências no âmbito de resolução de controvérsias na era digital, em especial as práticas de ODR. Por fim, serão trazidas algumas perspectivas contemporâneas que unem os meios consensuais às tecnologias de resolução de disputas *online* e, em especial, seu papel na revisitação do conceito de acesso à justiça.

## **2 O Poder Judiciário Contemporâneo: crise e ascensão de um modelo consensual**

Em meio à necessidade humana de buscar a pacificação social, a cultura jurídica brasileira acostumou-se a levar a imensa gama de conflitos diretamente ao Poder Judiciário. Historicamente, a jurisdição estatal foi vista como o único caminho possível para a solução de todas as controvérsias, independentemente das particularidades e da origem de cada disputa. Trata-se de uma perspectiva arriscada, eis que a figura do Estado-juiz surge como uma panaceia ao se propor a resolver todos os problemas única e exclusivamente através da prolação de uma sentença judicial (CALMON, 2015).

Nesse ponto, muito se discutiu sobre a existência de uma “crise do Poder Judiciário”, determinada especialmente pela explosão de uma cultura de litigiosidade e pela facilitação do acesso à justiça (MEIRELLES; NETTO, 2014). Quando não administrados de maneira satisfatória, tais fatores prolongam o trâmite processual,

tornam a prestação jurisdicional ineficiente e ensejam o acirramento dos ânimos das partes e a permanência do problema instaurado.

Conforme dados do último relatório do programa Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no final de 2019 havia aproximadamente, 77,1 milhões de processos em tramitação em todas as esferas jurisdicionais estatais, num passivo numérico que chama a atenção de qualquer operador do direito. As estatísticas indicam que em relação ao relatório anterior, o número de demandas novas saltou de 28,3 milhões para 30,2 milhões, o que representa um acréscimo de 6,7% entre ambas as pesquisas (BRASIL, 2020).

Apesar do aumento da produtividade dos órgãos da justiça estatal, os números consolidados retratam um panorama alarmante. Em meio a tal cenário, o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e a própria noção de jurisdição precisam ser compreendidos a partir de uma nova perspectiva.

A clássica ideia de que o acesso à justiça se resume a não excluir do Poder Judiciário a possibilidade de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito não é suficiente para garantir a pacificação social. A sociedade complexa, dinâmica e globalizada hodierna exige mais do que a mera dicção do direito pelo juiz para que os conflitos sejam efetivamente resolvidos. É preciso que além o sistema ser acessível a todos, “ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”, pois “a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 08).

Conhecidos os problemas e dificuldades enfrentadas pelo Judiciário, a adoção de outros métodos de resolução de conflitos surge como alternativa no ordenamento jurídico brasileiro. Institutos como a arbitragem, a conciliação e, especialmente, a mediação, são elevados a um novo patamar, sobretudo a partir das iniciativas normativas dos recentes anos, como a edição da Resolução nº 125 do CNJ, de 2010, do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) e o estabelecimento do Marco Legal da Mediação (Lei nº 13.140/2015).

Os chamados meios adequados de solução de conflitos (MASCs) existem deste antes do fortalecimento de um poder central estatal, quando foram preteridos como método pelas decisões impositivas dos sistemas jurisdicionais vinculados ao Estado (CALMON, 2015). O espaço perdido pelos mecanismos consensuais só viria a ser

reconquistado nas últimas décadas, porque a introdução de métodos não precipuamente ligados à estrutura pública “permite um alargamento da definição de jurisdição, de modo a contemplar, por exemplo, a construção de processos voltados à obtenção de uma de solução consensual para o conflito” (LAUX, 2018, p. 51).

Elemento fundamental nessa retomada foi a idealização do sistema de Tribunal Multiportas (*Multi-door Courthouse*, no original), atribuído a Frank Sander no ano de 1976. Defendeu-se, à época, a existência de outros procedimentos aptos a resolver a controvérsia instaurada, para além da via judicial, a serem reunidos em um “centro abrangente de justiça” (ALMEIDA, R.; ALMEIDA, T.; CRESPO, 2012).

Em outros termos, ocorreu um fenômeno de ressignificação do acesso à justiça, que perpassa o fortalecimento de um sistema de integração de meios adequados de solução de conflitos, no qual o jurisdicionado tem condições de escolher o método mais apropriado para sua demanda (QUINTELA, 2019). Não se trata, no entanto, de ideia corrente apenas no Brasil, mas de uma tendência mundial de valorização da autonomia dos indivíduos na resolução de suas próprias controvérsias e de reconhecimento de práticas colaborativas em todo o processo civil (MITIDIERO, 2019).

Os meios autocompositivos, neste viés, são considerados equivalentes jurisdicionais, e têm como principal característica o fato de possuírem natureza cooperativa: os envolvidos são chamados a decidir de maneira autônoma para resolver a controvérsia, acompanhados ou não por um terceiro facilitador (CALMON, 2015). Ainda que no ordenamento jurídico nacional predomine um meio heretocompositivo de solução de demandas – a jurisdição estatal –, as recentes transformações legislativas têm estimulado o surgimento de um novo paradigma em termos de tratamento de conflitos. No cenário de sobrecarga, o próprio Estado passou a incentivar a adoção de outros procedimentos de pacificação social em um movimento de descentralização, dentro e fora da estrutura judicial.

### **3 A mediação no ordenamento jurídico brasileiro: distinções conceituais e regulamentação legislativa**



A mediação é “um mecanismo não adversarial em que um terceiro imparcial que não tem poder sobre as partes as ajuda, para que, em forma cooperativa, encontrem o ponto de harmonia no conflito” (CALMON, 2015, p. 112). Este facilitador auxilia os envolvidos na identificação de pontos comuns da controvérsia, de modo a contribuir para a obtenção do consenso. Difere-se, portanto, da conciliação, pois sua metodologia não permite a apresentação de proposições, mas tão somente a direção do procedimento.

Devido ao papel atribuído ao terceiro imparcial, a mediação possui um plano muito mais profundo que a conciliação. Enquanto o conciliador encara um problema pontual, que exige uma resposta rápida em uma relação momentânea, o mediador está preocupado especialmente com o relacionamento dos conflitantes e em fazer com que eles descubram os seus reais interesses. A composição de interesses costuma ser a justamente a consequência do restabelecimento do vínculo rompido pelo problema surgido. Em outros termos, objetiva-se não o acordo em si, mas a mudança das pessoas e de seus sentimentos (WARAT, 2001).

A atenção dispendida pelo mediador na reconstrução do relacionamento entre os envolvidos é essencial. Sabe-se que os conflitos judicializados frequentemente são diferentes dos problemas não aparentes que, de fato, causam desconforto e a insatisfação às partes. O aprofundamento da discussão e a retomada do diálogo, em especial nas situações em que existe um vínculo duradouro ou sentimental, é medida necessária para possibilitar a solução do conflito real e não apenas daquele exposto nos autos de um processo judicial. Por outro lado, a falta de dimensionamento dos reais interesses e dos dissabores subjacentes ensejará o agravamento da desavença, que poderá retornar recrudescida ao Poder Judiciário.

No tocante à disciplina normativa sobre o tema, cumpre introduzir a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ. Trata-se da primeira regulamentação de nível nacional que instituiu uma política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo de disseminar uma nova cultura de pacificação e de solução negociada de controvérsias (WATANABE, 2011). Houve uma inequívoca inspiração na perspectiva múltiplas, com vistas a reconhecer que outros mecanismos, que não a jurisdição estatal, são

aptos a resolver os problemas cotidianos (ALMEIDA, R.; ALMEIDA, T.; CRESPO, 2012)

Com a normativa nacional, buscou-se uniformizar nos tribunais a adoção da mediação e da conciliação, de modo a criar “um filtro da litigiosidade, não para restringir o acesso à justiça, mas sim para assegurar aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 2011, p. 385). A iniciativa construiu bases que foram aproveitadas por legislações posteriores, como é o caso do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

Dentre os avanços constantes do diploma processual, destaca-se o incentivo aos mecanismos consensuais pelo Estado, inclusive mediante o estímulo por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público no curso do processo judicial (art. 3º, §§ 2º e 3º). Pode-se afirmar também que o CPC/2015 adotou um modelo cooperativo de processo, que exige de todos os sujeitos uma postura ética e leal, voltada aos deveres mútuos de esclarecimento e transparência (MITIDIERO, 2019). Nesse sentido, a previsão do art. 6º: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

Ao adotar este modelo, que se encontra entre as estruturas adversariais e inquisitoriais clássicas, passa a ser necessário compreender o processo como “uma comunidade de trabalho em que todos os sujeitos atuam da melhor maneira possível para a construção do resultado final da atividade processual” (CÂMARA, 2019, p. 10). Tal objetivo é a efetiva resolução do conflito levado ao Judiciário, não a prolação de uma sentença de mérito.

Os mediadores, no contexto renovado da legislação, são inseridos como auxiliares da justiça (art. 149) e têm sua atividade e propósito definidos (art. 166, § 3º). Consoante previsto no Código de 2015, sua atuação será preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, para auxiliar os interessados a compreender as questões e interesses subjacentes ao conflito, “de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (BRASIL, 2015).

A codificação processual também estabelece os princípios norteadores comuns à conciliação e à mediação (art. 166), diretrizes cujo respeito é fundamental para condução adequada e eficaz dos procedimentos. São eles: a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada, todos os quais interdependentes entre si.

O CPC/2015 ainda avançou ao profissionalizar a atividade do mediador ao permitir a realização de concurso público para o cargo nos tribunais (art. 167, § 6º), devidamente remunerados (art. 169), e abrir espaço para a criação de câmaras privadas de mediação no âmbito extrajudicial (art. 175). A autonomia dos envolvidos foi mais uma vez estimulada, tendo em vista que as partes podem escolher, de comum acordo, a câmara privada ou o mediador, que poderá ou não estar cadastrado no respectivo Tribunal de Justiça (art. 168 e § 1º).

No processo de conhecimento, uma das significativas transformações trazidas pela legislação processual foi a designação da audiência de conciliação ou sessão de mediação quando houver o preenchimento dos requisitos da petição inicial e não for o caso de improcedência liminar do pedido (art. 334). O Código torna obrigatória a realização do ato, que não será realizado somente se ambas as partes manifestarem desinteresse expresso ou quando não for possível a autocomposição. Apesar do potencial que a iniciativa legislativa representa, parcela da doutrina jurídica vem tecendo contundentes críticas sobre a imposição da medida, tida como paradoxal por violar a consensualidade do procedimento e distorcer um instituto de caráter essencialmente voluntário (GAJARDONI; PAGNANO, 2019).

Evidente que, por se tratar de norma geral, o CPC/2015 estabeleceu diretrizes e não esgotou a regulamentação das práticas autocompositivas. Questões procedimentais mais aprofundadas, judiciais e extrajudiciais, ficaram sujeitas à legislação específica. Nesse contexto, insere-se a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que representou “divisor de águas no tratamento adequado de conflitos no Brasil em geral e para a mediação especificamente” (TARTUCE, 2016, p. 498).

Conhecido por Marco Legal da Mediação, o referido instrumento legislativo inseriu normativas relevantes à prática forense. Destaca-se a possibilidade de emprego deste método tanto nos conflitos que versam sobre direitos disponíveis como sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º). Além disso, foram fixadas diretrizes técnicas e procedimentais para a realização da mediação extrajudicial e estabelecidos os requisitos mínimos para a previsão contratual da mediação (arts. 21 e 23). De igual modo, foram reiterados dispositivos já previstos no CPC/2015, como a possibilidade de o mediador ser designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes (art. 4º), os requisitos de formação e capacitação (art. 11) e a possibilidade de serem realizadas sessões de mediação ainda que exista processo judicial ou arbitral em curso, que poderá ser suspenso para a continuidade das tratativas consensuais (art. 16).

Por último, é de destacar que o art. 46 da Lei nº 13.140/2015 previu que “a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo” (BRASIL, 2015). Em suma, preocupou-se o legislador em aliar a utilização de recursos tecnológicos aos mecanismos de tratamento de conflitos, com vistas a alcançar melhores resultados (WAMBIER, 2019). Ainda que não exista previsão nacional unificada sobre a realização de sessões de mediação de maneira virtual, é evidente que uma interpretação sistemática do Marco Legal abre espaço para este proceder, especialmente diante da expressa autorização legislativa.

#### **4 *Online Dispute Resolution*: novas tendências de tratamento de conflitos na era digital**

Não há dúvida que a sociedade das últimas décadas passou a incorporar em suas práticas e atividades cotidianas um número cada vez maior de técnicas eletrônicas e influências digitais. Grande exemplo deste fenômeno é a economia globalizada, marcada pelo crescimento das ferramentas de *e-commerce*, das negociações empresariais internacionais e da intensa e veloz troca de informações a nível mundial, que faz surgir uma nova espécie de conflito, para os quais os mecanismos tradicionais de resolução de disputas não respondem

adequadamente. Surge, portanto, a necessidade de adaptar os instrumentos disponíveis às novas demandas da era digital (PORTO; NOGUEIRA; QUIRINO, 2017).

O cenário pandêmico vivenciado mundialmente a partir do ano de 2020 intensificou este processo de digitalização. Devido às medidas de distanciamento social implementadas para evitar a propagação do novo coronavírus, os indivíduos precisaram adequar seus hábitos e comportamentos a uma nova realidade social, nunca antes vista. Se em momentos passados a jornada de trabalho somente poderia ser cumprida nas dependências físicas do estabelecimento do empregador, hoje, mais do que nunca, a prática do *home office* e das *calls* diárias com supervisores e clientes se tornou parte da rotina profissional de muitos.

A realidade não foi outra no meio forense. A imensa maioria dos atos processuais passou a ser praticada de maneira virtual com o auxílio de plataformas de transmissão ao vivo de som e imagem ou de processo eletrônico. Sejam as videoconferências realizadas em programas desenvolvidos por empresas privadas ou em sistemas organizados pelos próprios tribunais, importa reconhecer que tal proceder cumpriu – e vem cumprindo – papel de notável importância para a continuidade dos trabalhos do Poder Judiciário. Não por outro motivo, a possibilidade realização de audiências pela via eletrônica foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, consoante Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020.

O resultado das transformações culturais e comportamentais já é conhecido no Direito: a necessidade de adequar os institutos consolidados aos desafios do presente, sob pena de se perpetuar a insegurança jurídica.

Por tal motivo, Luiz Rodrigues Wambier (2019, p. 303) ressalta a importância de serem introduzidos “novos tratamentos legislativos, mais modernos e coerentes com a realidade atual”. Na perspectiva apresentada, o implemento de novas tecnologias pode fornecer grande auxílio para o redimensionamento destas demandas surgidas. Em outros termos, “as facilidades tecnológicas que propiciaram esse crescimento também se apresentam nas soluções alternativas” (ANDRADE; MARCACINI, 2017, p. 599), de forma que pode haver intenso diálogo entre a temática do efetivo acesso à justiça e a utilização de meios informáticos e eletrônicos para proporcioná-lo.

Neste contexto, surgem os mecanismos de resolução de conflitos *online*, usualmente referidos pela nomenclatura original, *Online Dispute Resolution* (ODR), situados entre as práticas adotadas nos MASCs e a tecnologia da informação. Como uma espécie de atualização tecnológica dos meios adequados já conhecidos, a ODR propõe a utilização das ferramentas eletrônicas, em especial a *internet*, para a realização de procedimentos de arbitragem, negociação, conciliação e mediação de forma mais simples, célere e com os menores custos (ANDRADE; MARCACINI, 2017). Não se trata de um software específico, “mas do uso intencional da tecnologia para facilitar a resolução de problemas” (NUNES; PASSOS, 2020).

As técnicas da ODR já são amplamente conhecidas e difundidas nos países da União Europeia e da América do Norte, ao passo em que o Brasil ainda conta com iniciativas promissoras, porém incipientes. A doutrina estrangeira, entretanto, já reconhece o potencial brasileiro para modernizar seu sistema de resolução de conflitos por meio da adoção de novas tecnologias, notadamente a partir da edição do CPC/2015 e do Marco Legal da Mediação (FERNANDES, 2018). Estas propostas, em geral no âmbito da negociação e conciliação *online* em relações consumeristas, poderiam ser expandidas para abarcar apresentações de pedidos iniciais de forma eletrônica e sessões mais complexas de mediação em tempo real, por meio de teleconferências, por exemplo.

As ODRs são as ADRs que utilizam as ferramentas da tecnologia de comunicação para realizar diversos atos no processo alternativo de resolução de conflito, desde a apresentação do pedido inicial, a nomeação da parte neutra e a produção de provas até as audiências orais, quando necessário, tornando a RDO um meio diferente e ágil de pacificação social, com respeito ao devido processo legal. (ANDRADE; MARCACINI, 2017, p. 600)

A *Online Dispute Resolution* (ODR) surge como uma abordagem especialmente útil para auxiliar o processo de solução de controvérsias entre indivíduos separados fisicamente, inclusive situados em países distintos. Além disto, quando não se limitam a intermediar a comunicação instantânea entre os envolvidos, podem envolver

ferramentas de base de dados, criação de filtro de demandas e, até mesmo, utilização de *softwares* de inteligência artificial para categorizar conflitos visando sua prevenção e tratamento (GARCIA; BRITO, 2019).

Dentre as ferramentas existentes e atuantes no Brasil, destaca-se a plataforma de negociação “Consumidor.gov”, idealizada pelo governo federal para promover o diálogo direto entre clientes e empresas na resolução de problemas oriundos de relações consumeristas. No tocante à mediação, já há iniciativas promissoras que desde antes da pandemia do novo coronavírus promoviam o contato virtual entre os envolvidos, como a FGV Mediação e a Câmara Latino Americana de Mediação e Arbitragem (WAMBIER, 2019).

## **5 A Revisitação do Acesso à Justiça: o instituto da mediação a partir dos mecanismos de *online dispute resolution***

Como visto, vivencia-se uma tendência de valorização da autonomia dos indivíduos e de estímulo à formulação de soluções cooperativas e negociadas de conflitos. Segundo a proposta multiportas, os cidadãos deixam “de ser somente espectadores para se tornarem protagonistas do seu próprio destino em outras áreas” (ALMEIDA, R.; ALMEIDA, T.; CRESPO, 2012, p. 18). Não por outro motivo, as práticas autocompositivas nunca estiveram tão incorporadas à realidade forense como nos dias atuais, ainda que um longo caminho ainda precise ser trilhado para que se transformem em método primeiro de tratamento de conflitos.

Dentre os meios disponíveis, a mediação pode ser tomada como a alternativa mais completa, porque procura transformar ou desconstruir o conflito e restaurar a convivência pacífica entre as pessoas (VASCONCELOS, 2018). O mediador, profissional especializado, se valerá de técnicas e habilidades para escutar os envolvidos, compreender seus reais interesses e, por meio de uma análise multidisciplinar, criará espaço para que as opções sejam desenvolvidas conjuntamente pelas partes (CALMON, 2015). Há uma diferença notória para a conciliação, procedimento voltado para oportunizar a transação e a celebração de acordos, na maioria das vezes com fins unicamente econômicos.

Reitera-se que o Código de 2015 é fundado em um modelo cooperativo, no qual o incentivo à solução consensual é uma das máximas (art. 2º, §§ 2º e 3º). Como destaca Wambier (2019), o implemento de um sistema multiportas demanda uma revisitação do conceito de acesso à justiça, que precisa ser compreendido como o direito de acesso a uma ordem jurídica justa, à qual podem os interessados recorrer na busca do método mais adequado e efetivo ao caso concreto. Esta compreensão não diferente da concebida durante as ondas renovatórias, já na década de 1970:

[...] esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 70)

A utilização de novas tecnologias e recursos informáticos, nesse aspecto, surge como importante avanço para conferir contornos mais modernos e dinâmicos ao Direito e aos métodos de solução de conflitos. Em uma sociedade globalizada, marcada pelas múltiplas transações comerciais e pela intensa troca de informações, os mecanismos tradicionais devem ser adaptados às plataformas digitais para que se mantenham efetivos (PORTO; NOGUEIRA; QUIRINO, 2017).

No tocante à mediação, em especial, a previsão do art. 46 da Lei 13.140/2015 possibilita sua realização por meio da *internet* ou outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que mediante acordo dos envolvidos. Este dispositivo, por si só, é de grande potencial, pois oportuniza que pessoas separadas fisicamente, até mesmo estabelecidas em países diversos, tenham acesso a um procedimento sigiloso, rápido e eficaz de tratamento de controvérsias.

Nas relações societárias, por exemplo, a realização de teleconferências permitirá o intercâmbio de informações e a participação de todos aqueles que dela necessitem, evitando empecilhos territoriais ou logísticos (ANDRADE; MARCACINI, 2017). Em controvérsias empresariais, a manutenção de contato contínuo em sessões de mediação por videochamada não atrapalhará o



corrente fluxo de negócios, pois é mais flexível e menos dispendiosa que os mecanismos tradicionais.

Apesar da ênfase da sua utilização para conflitos gerados *on-line*, as ODRs se aplicam também a litígios ocorridos fora desse “mundo virtual” e aos conflitos *off-line*, e não se resumem apenas às ADRs, podendo incluir também outros processos, como a negociação automatizada e o *blind-bidding*. [...]

Nas soluções alternativas há margem maior, a partir do acordo entre as partes, para a aplicação das NTICs [novas tecnologias da informação e comunicação] a essas soluções. Além disso, há também tratamento legal, a exemplo da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que cuida da mediação entre particulares, mas que também permite a autocomposição para a administração pública. (ANDRADE; MARCACINI, 2017, p. 600-601)

As ferramentas da ODR, ao proporem uma abordagem dos MASCs a partir das novas tecnologias da informação e comunicação, fazem surgir oportunidades ainda não exploradas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além de promoverem a desjudicialização, estimulam o uso de softwares especializados, inclusive recursos de inteligência artificial, que podem fortalecer as técnicas de tratamento de controvérsias ou fornecer instrumentos preventivos para evitar a sua eclosão.

Nota-se que o implemento de novas plataformas e sistemas, sobretudo com o uso dos recentes avanços da ciência da computação, tem potencial para promover transformações estruturais e conferir maior racionalidade aos métodos de solução de conflitos. A interdisciplinaridade pode ser benéfica, pois amplia o olhar do jurista e estimula a formulação de ações voltadas para a efetividade e satisfatoriedade dos MASCs (QUINTELA, 2019). Considerando que as ODRs funcionam como uma espécie de atualização dos mecanismos já conhecidos, possibilita-se o tratamento das controvérsias de forma mais célere, adequada e com redução de custos.

Portanto, a despeito da existência de vozes contrárias, ainda receosas quanto à relação cada vez mais próxima entre o tratamento de conflitos e as ferramentas tecnológicas, os métodos de ODR representam inequívoco efeito transformador na noção de acesso à justiça (MARQUES, 2019). Na medida em que a resposta tradicional

do Poder Judiciário não é o bastante para resolver disputas, os agentes sociais têm na prevenção e contenção das controvérsias o grande trunfo, a ser potencializado pelo emprego de novas práticas adequadas para cada caso concreto.

Este processo de transformação, acelerado pelo cenário pandêmico presente, alcança tanto os sistemas extrajudiciais como a própria jurisdição estatal. Frente a tal panorama, já alertou Pérez Ragoné (2020) que a questão mais importante não é saber se as tecnologias irão modificar a forma em que atua a justiça pública, mas descobrir quando e em que medida isso ocorrerá. A modernização de procedimentos e técnicas representa o presente, e a adaptação dos métodos consensuais a esta realidade faz parte do processo de valorização da autonomia dos envolvidos na resolução de suas disputas.

Tendo em vista que a maioria destas inovações tecnológicas demanda a concordância dos envolvidos, nada mais propício que o instituto da mediação para que a autonomia das partes seja reconhecida e valorizada. A introdução de novos tratamentos legislativos, aliada ao estímulo das práticas autocompositivas, pode fornecer subsídio para a superação da insuficiência jurisdicional estatal e a construção de um efetivo sistema multiportas, revisitando o acesso à justiça.

## 6 Conclusão

Não há dúvida que a mediação é um mecanismo adequado e eficaz de solução de conflitos. Por meio dela, os envolvidos podem, com o intermédio de um terceiro imparcial, restabelecer a comunicação prejudicada e construir de maneira consensual a melhor saída para o problema que vivenciam.

Por sua vez, é perceptível que a sociedade passou a incorporar em suas práticas cotidianas um número cada vez maior de influências digitais. Ao mesmo tempo, a economia globalizada, marcada pela consolidação das ferramentas de *e-commerce* e por relações negociais a nível global, faz surgir uma nova espécie de conflito, para os quais os mecanismos tradicionais de resolução de disputas não respondem de maneira adequada.

Neste cenário, é importante que sejam introduzidos no ordenamento jurídico novos tratamentos legislativos, coerentes e

adaptados à realidade contemporânea, capazes de permitir e estimular o implemento de novas tecnologias na prática forense. Destarte, a ascensão das ferramentas de *Online Dispute Resolution*, situadas no ponto de convergência dos MASCs e da tecnologia da informação, possui notável potencial para permitir a realização de procedimentos consensuais de forma mais simples, célere e com menores custos.

Ganha corpo, portanto, a compreensão de que o objetivo maior a ser buscado é a pacificação social, pois, se efetiva, torna-se irrelevante que decorra da intervenção do Poder Judiciário ou de outros mecanismos legítimos escolhidos pelos próprios envolvidos. Trata-se de uma perspectiva aliada à construção de um sistema multiportas, que exige a revisitação do conceito de acesso à justiça, a ser concebido como o direito de acesso a uma ordem jurídica justa, à qual podem recorrer os interessados na busca do método mais adequado e efetivo ao caso concreto.

## Referências

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (orgs.). ***Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil***. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ANDRADE, Henrique dos Santos; MARCACINI, Augusto. **Os novos meios alternativos ao judiciário para a solução de conflito, apoiados pelas tecnologias da informação e comunicação**. In: *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 268, p. 587-612, jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. ***Justiça em números 2020: ano-base 2019***. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. ***Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010***. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em:

[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf). Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. *Código de processo civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 15 mar. 2020.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da conciliação e da mediação**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-book.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho *et al.* **The expansion of online dispute resolution in Brazil**. In: *Internacional Journal for Court Administration*. IACA, v. 9, n. 8, p. 20-30, jul. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; PAGNANO, Paula Lovato. **Notas comparativas sobre a institucionalização da conciliação/mediação nos processos civis brasileiro e italiano**. In: *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, n. 287, p. 509-530, jan. 2019.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação e resolução alternativa de conflitos: ADRs, mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARCIA, Jéssica Queiroz; BRITO, Caio Junqueira de. **As ODRs como solução para o paradoxo de Jevons no judiciário brasileiro.** *In: Revista de Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 97, p. 217-236, jan./fev. 2019.

LAUX, Francisco de Mesquita. **Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. **A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça.** *In: Revista de Direito e as Novas Tecnologias: RD'Tec.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, out./dez. 2019.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NETTO, Fernando Gama de Miranda. **Reflexões sobre a conciliação e a mediação civil no âmbito judicial e extrajudicial.** *In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). Arbitragem e mediação: temas controvertidos.* Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 287-313.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUNES, Dierle; PASSOS, Hugo Malone. **Os tribunais online avançam durante a pandemia da Covid-19.** *In: Revista Consultor Jurídico*, 11 maio 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/nunes-passos-tribunais-online-pandemia#\\_ftnref9](https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/nunes-passos-tribunais-online-pandemia#_ftnref9). Acesso em: 01 jul. 2021.

PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. **Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção.** *In: Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 26, n. 114, p. 295-318, nov./dez. 2017.

QUINTELA, Ana Carolina de Oliveira. **A ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça: a autocomposição como pressuposto de mudança do paradigma na tutela dos direitos fundamentais das partes no novo processo civil.** *In: Revista de Arbitragem e Mediação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p. 243-261, abr./jun. 2019.

RAGONE, Álvaro Javier Pérez. **Justicia artificial: oportunidades y desafíos.** *In: Revista de Processo: RePro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, n. 301, p. 401-419, mar. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **O novo marco legal da mediação no direito brasileiro.** *In: Revista de Processo: RePro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, n. 258, p. 495-516, ago. 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. E-book.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Inteligência artificial e sistema multiportas: uma nova perspectiva de acesso à justiça.** *In: Revista de Processo: RePro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1000, p. 301-307, fev. 2019.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001. v.1.

WATANABE, Kazuo. **Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** *In: Revista de Processo: RePro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, n. 195, p. 381-389, maio 2011.

# ENSINO JURÍDICO, COMPLEXIDADE SOCIAL E CULTURA DIGITAL: POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS FRENTE À NOVA PERSPECTIVA DE OPERACIONALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

GISELLE MARIE KREPSKY<sup>51</sup>

## 1 Introdução

Do ponto de vista da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, o sistema social global (sociedade) é composto de vários outros subsistemas como Direito, Educação, Ciência, Economia, Política, entre outros, chamados neste texto apenas de sistemas. Eles são autopoieticos, ou seja, fechados do ponto de vista das suas operações, mas abertos cognitivamente porque observam os demais sistemas sociais como forma de evoluir e aprimorar suas estruturas. Suas operações se dão com base em códigos e programas.

O código é uma referência binária com a qual se aplicam os programas norteadores de cada sistema. Para o Direito, o código é “conforme ou não conforme” as leis, regulamentos e as normas em geral são os programas com base nos quais ele irá aplicar o código ao decidir. Já a Educação, de acordo com Luhmann e Schorr (1990), opera com o código cuja distinção é melhor/pior, que reflete e é a seleção social futura do estudante. Mas o código “classifica” por meio de

---

<sup>51</sup> Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Educação (FURB). Professora do Programa de Mestrado em Direito da FURB. Líder do Grupo de Pesquisas CNPq/FURB: JUSTEC (Justiça, Educação e Ciência) e membro do Grupo de Pesquisas CNPq/FURB: Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça e Estado e Justiça e Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização – CONSTINTER. Blumenau, Santa Catarina, Brasil. E-mail: gkrepsky@furb.br.

programas que orientam as ações e decisões do sistema. Os programas podem alterar, mas o código de classificação não. Dessa forma, a função da educação está relacionada à seleção social. Ou seja, a inclusão social do sujeito no sentido de carreira.<sup>52</sup>

Tomando-se a Educação Jurídica como subsistema da Educação e cujos programas se executam nos Cursos de graduação em Direito, o que se observa é uma crise mais que secular. Nesse contexto, é preciso considerar que a formação do profissional docente é reflexo da base epistemológica da própria Ciência jurídica e que, geralmente, ele exerce sua atividade profissional dentro do subsistema jurídico. Assim, é notável a instrumentalidade com a qual lida com os desafios.

Para cada necessidade cria-se um meio apropriado de satisfazê-la. Portanto, conforme destaca Duran (2005, p. 203-204), “para um novo Direito exige-se um novo profissional do Direito. E para o surgimento deste profissional, se faz necessário um novo modelo de formação”. O novo conhecimento para atender aos novos e emergentes direitos em um meio sabidamente em processo de acelerada complexificação e virtualização fomentada pelo avanço tecnológico e a sofisticação dos usos da internet deve ser produzido levando-se em consideração as inter-relações entre os subsistemas envolvidos e seus elementos constitutivos, ou seja, ao menos, entre o Direito e a Educação.

Ademais, é por meio do Sistema da Política que as políticas públicas se tornam orientação para a sociedade. Nesse tocante, Luhmann (2002) salienta que o Sistema Político se baseia em um tripé, ou seja, em uma distinção tridimensional sob a qual operam *Política, Administração e Público*. Em particular é no âmbito da *Administração* que se incorporam hierarquias e mandatos. Por isso, em sentido mais amplo ele utiliza o termo *Administração* para incluir o governo ou o executivo e o legislativo.

Portanto, quando se prospecta uma nova forma de

---

52 “O termo carreira se toma aqui no sentido geral, sem referência a posições e salários dentro de uma organização. Nele se incluem, como elementos, sucessos que fazem variar a posição e ocorrem pela seleção própria do indivíduo ou por seleção vinda do exterior. Carreira não é nunca, portanto, somente o mérito próprio ou somente o destino, senão um produto de ambos” Cf. LUHMANN, SCHORR, 1990. (tradução nossa).



operacionalização do Direito pelo Sistema de Justiça em meio à cultura digital flagrantemente em processo de aceleração, seguirão imbricados vários sistemas que, observando-se uns aos outros, produzirão ressonância capaz de alterá-los.

Por isso, Corsi (2002) destaca que as reformas na educação ocorrem a partir de irritações de outros sistemas (irritações externas) que viabilizam a construção de novas informações e selecionam quais destas se tornarão pontos de intervenção e modificação das estruturas dela mesma. Esta intenção de mudança e inovação, todavia, sempre se concretiza como uma vontade interna, mas que tem efeitos para toda a sociedade.

Esta é uma das grandes vantagens da Educação. A possibilidade de obter resultados que sirvam para outros sistemas. Assim, apesar de existir um subsistema educativo, a educação não possui um fim em si mesma, ela é um pressuposto de cooperação entre os outros sistemas. Justamente porque ela tem se voltado para as carreiras (inclusive as profissionais, mas não somente estas) é que acaba havendo um nexo entre o objeto da educação, a escolha de seus conteúdos (programas) e a possibilidade de transferir os seus resultados (LUHMANN; SCHORR, 1990).

Esses programas são prioritariamente os currículos dos Cursos de Graduação em Direito, balizados pelas Diretrizes Curriculares Nacionais e demais normas estabelecidas pelo Ministério da Educação ou pelo Legislativo brasileiro. Nesse contexto de interferências entre os sistemas do Direito, da Educação (jurídica) e da Política, a prática profissional e o seu processo de ensinar e aprender se implicam mutuamente fomentando a constante revisão e adequação dos programas que orientam o Sistema da Educação. Ou seja, toda inovação ou complexificação que reestrutura o Sistema do Direito afeta os programas da Educação jurídica.

É a partir dessas premissas que a sofisticação do mundo digital impõe à sociedade desafios de múltiplas ordens e contextos, ou *policontextos* (TEUBNER, 2005). Por um lado, as ferramentas e instrumentos disponibilizados pela sociedade virtualizada facilitam a administração do cotidiano pessoal, profissional e acadêmico. Há uma constante complexificação da sociedade imposta pela inserção de novas tecnologias. A tecnologia surge para otimizar processos que, em

contrapartida, implementam mais complexidade aos sistemas sociais na medida que trazem também a necessidade de aquisição de competências, inovação e regulação.

O Sistema da Educação também reorganiza sua estrutura observando os demais Sistemas como a Ciência e a Tecnologia. Os programas educacionais podem ser executados e cumpridos de forma não presencial com a introdução do ensino mediado por tecnologias. As metodologias sofreram alterações quanto à forma, tempo e espaço com o avanço das mídias e da internet.

Todas as ações sujeitas a essa transformação traduzem novas vivências sob as quais se pode atribuir o impacto da cultura digital. Nela, a prática profissional do Direito trouxe várias exigências ao ensino desta mesma prática com repercussão no processo de ensino-aprendizagem, na formação docente e na estrutura dos Núcleos de Prática Jurídica dos Cursos do país que concentram os conteúdos da formação prática do futuro jurista. Aliás, toda transformação ou reforma “é uma descrição temporal da realidade do sistema de educação: esta se baseia na comparação entre o estado atual do sistema e o que se deseja para o futuro” (CORSI, 2002, p. 153, tradução nossa).

Dessa forma, o objetivo da pesquisa que fomentou este texto foi evidenciar a inter-relação entre o Direito, a Educação jurídica e a Política no cenário da cultura digital que modifica e complexifica tanto a operacionalização de suas funções quanto as próprias relações sociais. Para tanto, utilizou-se o método indutivo e as técnicas bibliográfica e documental à luz da teoria sistêmica de Niklas Luhmann e suas releituras contemporâneas.

## **2 Poder judiciário e complexidade social: da digitalização do processo à prática virtual da justiça**

A partir de uma observação sistêmica, o que se evidencia é o homem gerando complexidades para reduzir as complexidades do mundo. Portanto, não se pode dissociar a complexidade científica da complexidade social. Até porque, aquela é oriunda desta. Se o homem chegou a esse nível de complexidade de sua vivência é porque houve condições de possibilidade para que isso fosse assim. Mas é preciso esclarecer que a categoria complexidade tem significado particular para

a teoria dos sistemas. Segundo Luhmann (1983, p. 45):

[...] o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar.

Da mesma forma que existem muitas possibilidades relacionais, muitas também são as expectativas. O sistema há que realizar escolhas que geram riscos (contingência). Todavia, não há garantia de escolha certa ou decisão correta em meio a estas possibilidades inúmeras (dupla contingência). É neste movimento de seleções que a complexidade habita. Assim, a complexidade representa a totalidade de todos os possíveis acontecimentos e as circunstâncias do mundo.

Logo, é complexo algo que, de saída, envolve mais de uma possibilidade ou circunstância. Se as possibilidades aumentam [e isso é notável com o progresso científico e tecnológico] aumenta a complexidade. Então, o conceito de complexidade do mundo inteiro é a última fronteira entre o possível e o não possível. É exatamente esta complexidade do mundo levada ao extremo, que não é compreensível pela consciência humana não sendo possível pelo humano a apreensão de todas as possibilidades, de todos os acontecimentos possíveis. Seria uma super exigência ao ser humano e que não pode ser suportada por ele. Sendo assim, há um espaço entre o mundo e a consciência. É este espaço que é ocupado pelos sistemas da sociedade, reduzindo a complexidade que é a função deles (NEVES; NEVES, 2006).

Esse é o paradigma que se apresenta na quarta revolução industrial cunhada por Schwab (2019) e cujos impactos têm profundas modificações sociais que não podem ser comparadas a uma mera etapa da revolução industrial anterior justamente porque oferece rupturas drásticas quanto à velocidade, profundidade e o impacto sistêmico fomentado pela tecnologia. Com a internet e a revolução digital, modificaram-se a humanidade e as organizações e tudo que desta relação possa se refletir. Nesse contexto, Lévy (1999) explica que a

digitalização é o fundamento técnico da virtualidade, pois digitalizar uma informação trata apenas de traduzi-la em números e códigos.

De acordo com Luhmann (2005), os Tribunais são a principal organização do Sistema do Direito. Dessa forma, eles também se beneficiam do aparato tecnológico. Garantias Constitucionais precisam ser cumpridas e não é possível coadunar com a morosidade dos processos judiciais que, indiretamente, afetam o próprio direito de acesso à justiça, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXV e LXXVIII da Constituição Federal (CF).

Atualmente, a virtualização de atos processuais e do próprio processo se ampliam, tendo o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) incorporado em suas orientações o uso destas modalidades que já eram recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2013 por meio da Resolução nº 185. Neste tocante, o CPC é claro em seu artigo 196.

Sem adentrar-se em todo o histórico de implementações neste âmbito<sup>53</sup>, importante é observar que as vantagens da prática eletrônica de atos ou do processo eletrônico são evidentes tais como a celeridade processual, a sustentabilidade, a economia e a gestão de resultados (CAMBI; NEVES, 2017). A tecnologia a favor do Sistema de Justiça não é, portanto, novidade. Todavia, seu uso tem se aprimorado no país. Um exemplo é a ferramenta de Inteligência Artificial chamada Victor. Entre suas habilidades previstas na fase inicial do projeto realizado em parceria com a Universidade de Brasília, está a de reconhecer se determinada temática contida em recursos extraordinários apresentados ao Supremo Tribunal Federal é vinculada à repercussão geral de todos os processos similares que tramitam no judiciário do país. (BRASIL, 2018). No âmbito internacional, o computador Watson da *International Business Machines* (IBM) tem desempenhos impactantes no cotidiano jurídico desde sua origem em 2011 (GREGO, 2012).

No cenário de desafios apresentados na atualidade, as inovações tecnológicas otimizam resultados e são extremamente necessárias diante da suspensão de atos processuais presenciais e com o

---

<sup>53</sup>Síntese desse histórico pode ser observada em recente pesquisa. Cf. ARRABAL; KREPSKY, 2020.

fechamento dos Fóruns como combate aos efeitos da Pandemia causada pelo COVID-19, por exemplo. O Poder Judiciário teve que lançar mão de todo o aparato tecnológico disponível para dar continuidade aos trabalhos forenses minimizando os impactos para o cidadão.

Todas essas deliberações com intuito de dar continuidade aos processos, bem como a execução de trabalho remoto em estilo *home office* como resposta ao necessário e urgente isolamento social, só foi possível porque já existia um aparato tecnológico capaz de ser utilizado imediatamente ou adaptado para cada situação.

Observa-se, pois, que boa parte do aparato tecno-digital implementado ao longo das últimas décadas não se constitui em si uma virtualidade do Sistema de justiça, mas, sobretudo, em transformar processos e atos físicos em digitalizados ou virtuais. As ações mecânicas executadas pelas pessoas são automatizadas. Até mesmo a inteligência artificial disponível se executa para tal fim.

Ademais, os impactos advindos da quarta revolução industrial apresentam demandas sociojurídicas que vão muito além da mera virtualização de atos e processos. Se por um lado tem-se o avanço da automatização daquilo que o computador poderá realizar, tem-se, ao mesmo tempo, uma nova perspectiva de negócios, prevenção e solução de problemas jurídicos que exigirão expertises muito mais complexas que plataformas e softwares. Mas estes, sem dúvida, precisarão fazer parte do cotidiano do jurista e, por consequência, da formação dele.

### **3 Educação jurídica no Brasil e orientação das políticas públicas**

No sistema da Educação os programas são finalísticos e condicionais. Os primeiros compreendem os currículos, os planos de ensino e de aula, que se caracterizam pela descrição dos estados individuais a que se quer ver que o estudante alcance. Já a programação condicional diz respeito às regras de decisão para verificar determinadas condições representadas normalmente pelas avaliações, provas e certificações. Os programas finalísticos estão sempre mais sujeitos a pressões de reforma uma vez que devem sempre estar atualizados de acordo com as exigências da transformação social e que se altera, mormente, muito mais que os próprios programas

educacionais. De fato, nos currículos, é possível observar uma síntese do que seria o *output* dos cursos. (CORSI, 2002).

E quanto mais complexa se faz a sociedade e mais móvel a participação dos indivíduos em uma pluralidade de sistemas sociais, tanto mais inevitável é também a diferenciação externa de um sistema educativo que prepare os indivíduos para viver fora dele mesmo. (LUHMANN, 1998, p. 251, tradução nossa).

Para Luhmann e Schorr (1990), justamente porque ela tem se voltado para as carreiras (inclusive as profissionais, mas não somente estas) é que acaba havendo um nexos entre o objeto da educação, a escolha de seus conteúdos (programas) e a possibilidade de transferir os seus resultados. Assim, ficaria evidenciada de um lado a função da educação na sociedade complexa, mas de outro, a escolha dos temas a serem exigidos como meta dentro do código melhor/pior no que se refere à educação jurídica, sempre partirá do sistema jurídico posto e observado.

Nesse sentido, a história do currículo tem estreita ligação com o Direito. Para Sacristán (2013), o termo, *curriculum*, que deriva do latim, tem especial significado na Roma Antiga e representava a soma das honras que o cidadão acumulava durante sua vida nela incluídos os cargos eletivos e judiciais. Ou seja, estava relacionado à carreira. Para o idioma português se desdobra em dois vieses: o percurso profissional propriamente dito (*curriculum vitae*) e a construção do percurso do estudante, os conteúdos necessários para a concretização das carreiras profissionais, que, de forma organizada, contempla o que se deve aprender para o exercício da profissão. Compreende a seleção de conteúdos que deverá ser ensinado por meio de estrutura e organização próprios. O currículo também delimita o que o docente deverá ensinar e norteia o processo de ensinar e aprender. E, apesar de as Diretrizes não apresentarem mais a categoria “currículo mínimo”, há sim a indicação de conteúdos e componentes curriculares que são obrigatórios para os Cursos de todas as IES orientados pelo Projeto Pedagógico.

Estes resultados devem atender, inicialmente, o compromisso assumido na Constituição Federal no artigo 205 o qual prevê que: “A

educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” cuja consequência operacional se dá por meio das Diretrizes e bases da educação nacional (BRASIL, 1996) e também pelo Plano Nacional de Educação (PNE) previsto no artigo 214 da CF. Sua regulamentação está prevista na Lei nº 13.005 (BRASIL, 2014) instituindo as estratégias de políticas educacionais em todos os âmbitos por 10 (dez) anos (2014-2024).

A partir disso, a Secretaria de Educação Superior (SESU), principal organização do Ministério da Educação (MEC) que é órgão da administração federal direta e, portanto, orientador na concretização das políticas constitucionais, estabelece Diretrizes para todos os Cursos de Graduação do país.

Sendo o PNE datado de 2014, perduraram durante muito tempo as Diretrizes de 2004 (BRASIL, 2004), que sofreram duas alterações importantes no que se refere aos estágios curriculares obrigatórios e, passados mais de catorze anos é que as Diretrizes foram reformuladas (BRASIL, 2018) registrando sua primeira alteração este ano. (BRASIL, 2021).

O que se percebe é que, já havendo inúmeras experiências do Sistema de Justiça com as tecnologias, as orientações ministeriais para os Cursos de Direito seguiram muito descompassadas. De fato, o ensino jurídico parece sempre vir a reboque do que se pratica, e, assim sendo, depende de aperfeiçoamentos individuais das IES.

Das categorias observadas na ordem cronológica, chama a atenção que nem mesmo em 2018 havia a preocupação com os conteúdos tecnológicos em todos os eixos de formação, pois somente em 2021 o técnico-jurídico contemplou tal tema. Por outro lado, a temática tecnologia e direito digital aparece, geralmente, relacionado à prática em forma de atividades, exercício ou estágio.

No tocante ao que se tornou obrigatório com a alteração de 2021, verifica-se o necessário estudo acerca do letramento digital e as práticas remotas mediadas por tecnologias de informação e comunicação, associados, novamente à prática profissional. A justificativa apresentada foi:

[...] ampliamos o escopo das proposições no artigo 5º da referida DCN, no sentido de fortalecer os esforços referentes ao letramento digital e às práticas de comunicação e informação, **que expressam as tecnologias educacionais e que devem permear a formação**, inclusive presencial, no sentido de adotar as competências vinculadas a essas mediações, **especialmente em práticas e interações remotas relacionadas ao aprendizado**. (BRASIL, 2020, p. 1-2).

Veja-se que, apesar destas competências estarem associadas à prática profissional, porquanto incluídas no artigo referente a esta formação, o fundamento parece estar muito mais associado ao momento de virtualização do ensino e da forma remota implementada durante a pandemia causada pelo coronavírus do que às urgentes habilidades para o exercício das profissões jurídicas propriamente ditas.

Apesar das inúmeras transformações jurídico-sociais e da constante complexificação dos fenômenos a serem observados pelo Direito, os programas balizados pelas Diretrizes não parecem acompanhar a dinâmica social. Esta, antecipa-se e impõe perspectivas da prática jurídica não previstas, ou genericamente pensadas como norte para a elaboração dos programas.

Assim, como a complexificação social impulsiona inovação a todo momento ao próprio sistema de justiça, incluídas as implementações digitais necessárias no Poder Judiciário, aos Cursos de Direito são impostas condições curriculares que coadunam com tal necessidade.

É neste tocante que a cultura digital dantes comentada merece destaque. Bem antes de as Diretrizes curriculares apresentarem sugestivamente estas temáticas aos currículos, a prática do estágio obrigatório já estava imersa no contexto do mundo digital, uma vez que, sem ele, não há como operacionalizar o próprio conteúdo de aprendizagem da prática jurídica. Como boa parte do estágio é realizado a partir de casos reais, em que os professores ou supervisores são também os advogados das causas patrocinadas pelos órgãos nos quais se realizam estas atividades, não há como executá-las sem estar apto para operar as ferramentas eletrônicas e digitais utilizadas pelo Poder Judiciário. Logo, para o Direito, não é uma opção, mas uma habilidade necessária.

Sendo as ferramentas tecnológicas indispensáveis para o exercício



das diversas profissões jurídicas, as competências correlatas ao seu manejo devem ser ofertadas amplamente pelos Cursos jurídicos.

Isso implica na ressignificação do uso da tecnologia. É o que se debate desde o século passado pela área de educação e tecnologia e sua relação com os currículos. Dockstader (1999) sinalizou que, dentre as razões para integrar as Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) aos currículos estão, entre outras, a necessidade intrínseca de aprender tecnologia em meio a era da informatização e a importância deste aprendizado não ser de forma isolada.

Verifica-se assim, implicações que repercutem sobre o processo de ensino-aprendizagem. Se por um lado ele já se inicia imerso em meio às tecnologias de informação, por outro, precisa fomentar competências ao futuro jurista para ser capaz de se reinserir e criar ferramentas necessárias à instrumentalização da vida forense.

Aos tribunais que ainda não se informatizaram ou transformaram todos os processos físicos em digitais, é uma questão de tempo. Já não se pode mais falar em futuro da advocacia e do direito como algo distante, porque tal condição temporal já é agora, presente. Dessa forma, a recomendação do Ministério da Educação de que as IES apenas “poderão” trabalhar conteúdos reais soa ultrapassada. Apesar de que se exige a prática do processo judicial eletrônico, não parece factível a efetiva aprendizagem do processo judicial eletrônico sem a presença de casos reais. Como a formação prática do processo judicial eletrônico só se tornou obrigatória nos Cursos em 2018, ela acaba por acontecer parcialmente nas IES, mas, sobremaneira, apenas no exercício da profissão.

#### **4 Conclusão**

A partir da observação das inter-relações entre os Sistemas do Direito e da Educação (jurídica) ante os desafios apresentados pela complexidade social, é possível concluir que a cultura digital tem influência de duas ordens. A primeira, é o papel da tecnologia como redução da complexidade social e otimizadora tanto das funções do Sistema do Direito quanto da Educação. A segunda, considerada uma consequência da primeira, estabelece uma dinâmica que, quanto maior o incremento de tecnologias tanto pelo homem quanto pelas

organizações para alcançar resultados mais eficientes e respostas mais adequadas às demandas contemporâneas, mais complexidade se reintroduz em cada um desses sistemas e nas suas relações entre si e com os demais sistemas sociais. Eis o paradoxo da pós-modernidade.

Sendo irreversível o impacto da cultura digital no sistema de justiça (incluindo-se neste soluções judiciais e não judiciais de conflitos), não somente as ferramentas tecnológicas já disponíveis precisarão ser utilizadas para operacionalizar as ações, mas, sobretudo, novas precisarão ser implementadas para que o Direito possa se colocar, no mínimo, em posição compatível com o nível de complexidade temporal e espacial das demandas que emergem de forma acelerada. Desafio constante, uma vez que ele é voltado para a tradição muito mais do que para a criação. Nesse tocante, é evidente que o *modus operandi* do jurista será alterado. Será preciso observar o próprio Sistema (auto-observação) com novos elementos. Assim, para um novo Direito, necessário um novo jurista, que, por sua vez, deverá estar habilitado para atuar no *policontexto* jurídico.

Portanto, o Sistema da Educação (jurídica), cuja prestação é habilitar os futuros profissionais em suas carreiras, deve construir programas (currículos) de formação que sejam compatíveis com as exigências da prática jurídica. Ou seja, ele precisa observar o Sistema do Direito (hetero-observação) para reestruturar-se. Essa dinâmica de aprendizagem sistêmica ocorre desde o surgimento dos Cursos de Direito no país, mas precisa ser mais célere e contundente na era digital, sob pena de sucumbir ao seu papel de prestação ao Sistema do Direito.

Ao se analisar as resoluções que orientam a construção dos programas dos Cursos de Direito, constatou-se que há certa limitação no que é exigido da prática profissional dos egressos. Uma delas é a estreita e indispensável relação com a cultura digital. Enquanto as exigências dos problemas apontam para demandas de hipercomplexidade e hiperconectividade, típicas de uma sociedade imersa na quarta revolução industrial, as diretrizes curriculares nacionais exigem, tão somente, a prática do processo eletrônico, sugerem a inclusão de conteúdos relativos ao Direito cibernético e, apenas ante a emergência do momento pandêmico, inclui os temas letramento digital e práticas mediadas por tecnologias. Inclusões estas, muito mais preocupadas com a única forma de aprender e ensinar

diante do isolamento social do que propriamente com a perspectiva tecnologicada do Direito.

Em meio ao processo de automação cada vez maior de atos jurisdicionais, o futuro jurista precisará estar preparado para a redução do campo de trabalho no formato atual; ser partícipe da conexão entre tecnologia e direito como suporte ao novo sistema de justiça, fazendo surgir assim um novo tipo de carreira jurídica; ser capaz de realizar leituras de mundo (observação dos demais sistemas sociais) de maneira ainda mais profunda a fim de antecipar necessidades; ter resiliência tecnológica e, sobretudo, estar amplamente preparado para aliar todos estes elementos nas situações em que somente as habilidades e percepções humanas que são insubstituíveis serão exigidas.

Habilidades comunicacionais e sensoriais diferenciadas serão relevantes, pois se os atos passam a ser virtualizados, a percepção do outro nas telas midiáticas também será diferente. Da atermação automatizada de ações judiciais à sentença elaborada por meio de plataformas digitalmente codificadas, certamente serão encontradas novas dinâmicas que modificarão o perfil do acesso à justiça bem como novos e ainda mais complexos problemas a serem enfrentados surgirão, pois é assim que os sistemas complexos se reestruturam. Ao reduzirem a complexidade, se complexificam.

A cada novo prazo concedido as IES para o cumprimento de novas Diretrizes curriculares, surge uma nova oportunidade de antever o novo. Cabe aos Cursos de Direito irem além do que propõem as suas diretrizes que sempre estão no passado em relação ao que pretendem normatizar: o futuro!

É, portanto, com vistas a este futuro que as políticas constitucionais da Educação normatizadas pelo Sistema da Política precisam ser atualizadas. Para isso, é indispensável que os acoplamentos entre os sistemas sejam eficazes, impondo aos seus partícipes e às organizações o exercício sofisticado e eficaz de leitura das operações de cada um dos sistemas envolvidos.

## **Referências**

ARRABAL, Alejandro Knaesel; KREPSKY, Giselle Marie. Ensinar e aprender direito na cultura digital. In: BIANCHESI, Cleber (Org.).

**Cultura Digital:** Novas relações pedagógicas para aprender e ensinar. p. 89 – 106. Curitiba: Bagai, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jul.2021.

BRASIL, Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. **Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-13005-25-junho-2014-778970-publicacaooriginal-144468-pl.html>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394compilado.htm). Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES n.º 09, de 29 de setembro de 2004. **Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências.** Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 185 de 18 de dezembro de 2013. **Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-)

2018/2015/lei/113105. htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Brasília. 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES n. 05, de 17 de dezembro de 2018. **Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113). Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL, Ministério da Educação. Resolução CNE/CES n° 2, de 19 de abril de 2021. **Altera o art. 5º da Resolução CNE/CES n° 5/2018, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito**. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=181301-rces002-21&category\\_slug=abril-2021-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=181301-rces002-21&category_slug=abril-2021-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. **Parecer CNE/CES n° 757/2020**. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=170191-pces757-20&category\\_slug=janeiro-2021-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=170191-pces757-20&category_slug=janeiro-2021-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 15 jul. 2021

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Processo e Tecnologia: Do processo eletrônico ao plenário virtual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 986/2017, p. 87-110, dez. 2017.

CORSI, Giancarlo. **Sistemas que aprenden**. Estudio sobre la idea de reforma em el sistema de educación. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

DOCKSTADER, Jolene. Teachers of the 21st Century know the what, why, and how of technology integration. **T.H.E. Journal**, Woodland Hills, CA, January, 1999. Disponível em: <https://thejournal.com/Articles/1999/01/01/Teachers-of-the-21st-Century-Know-the-What-Why-and-How-of-Technology-Integration.aspx?Page=1>. Acesso em: 8 jul. 2021.

DURAN, Angela Aparecida da Cruz. Que educação os advogados devem ter? **ANUÁRIO DA ABEDi**, Florianópolis, Fundação Boiteux, Ano 3, n.3, Boiteux, Ano 3, p. 203-204, 2005.

GREGO, Maurício. Watson, o fascinante computador da IBM que venceu os humanos. **Revista Exame**. São Paulo. 17 ago. 2012. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/watson-o-fascinante-computador-da-ibm-que-venceu-os-humanos>. Acesso em: 15 jul. 2021.

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

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas; SCHORR, Karl Eberhard. Presupuestos estructurales de una pedagogía reformista. Análisis sociológicos de la pedagogía moderna. In: **Revista de Educación**. Madrid, n. 29, p. 55-79, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Tores Nafarrate, México: Iberoamericana, 2005.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a teoria dos sistemas sociais. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n° 15, p. 182-207, jan.-jun. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n15/a07v8n15.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

SACRISTÁN, José Gimeno (Org.). **Saberes e incertezas sobre o currículo**. Porto Alegre: Penso, 2013.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2019.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005.

# **A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTES: PARÂMETROS DEFINIDOS PARA AS FAIXAS MARGINAIS DE QUALQUER CURSO DE ÁGUA**

NICOLAU CARDOSO NETO<sup>54</sup>

## **1 Introdução**

O Brasil vem passando por alterações constantes do seu sistema jurídico ambiental, em especial, no ano de 2012, quando foi sancionada a Lei Federal sobre a proteção da vegetação nativa (Lei 12.651/12) que revogou o Código Florestal Brasileiro de 1965 (Lei 4.771/65). Foi um momento de muita turbulência e de diferentes arranjos políticos, mas é importante analisar a evolução da linha conceitual e dos parâmetros conhecidos como Áreas de Preservação Permanente – APP, principal ponto em discussão, desta alteração jurídica.

Estes parâmetros de APP estão historicamente causando conflitos de interesse entre aqueles que querem utilizar e ocupar o solo e a necessidade de proteção das margens dos cursos de água, encostas e topo de morro, segundo critérios definido em lei. Assim, este conflito expõe o interesse da sociedade pelo direito fundamental à moradia, qualidade de vida, alimentação, produção econômica em áreas rurais e a necessidade de proteção das áreas de preservação. O choque destes interesses tem provocado diferentes mazelas para a sociedade e para o meio ambiente, como é possível perceber constantemente nas diferentes cidades brasileiras.

---

<sup>54</sup>Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor da graduação e do Programa de Mestrado em Direito Público e Constitucionalismo da Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecocomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais. Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Sanitárias, Agropecuárias e Ambientais, linha Políticas de Saúde para populações humanas e de animais. Advogado. E-mail: ncardoso@furb.br



Esta exposição do conflito atenta para o conceito de Sociedade de Risco de Ulrich Beck (1998) que determina que as sociedades que se organizam buscando a inovação, a mudança, e a ousadia, pretendendo tornar previsível e controlável o imprevisível, tentando controlar o incontrolável e sujeitando-se aos efeitos negativos destas decisões podem expor a sua sociedade a riscos.

Assim, é objetivo geral deste estudo, demonstrar a evolução do conceito de Área de Preservação Permanente, a partir dos parâmetros definidos para as faixas marginais de qualquer curso de água.

Foi utilizado este parâmetro, em razão dele ter tido definido referências em metros, de forma que é possível perceber como ele vem sendo implementado. A ideia não é determinar este como aquele mais importante ou que tenha mais problemas com sua execução, mas apenas acompanhar como houve sua evolução na medida do tempo com a revogação e criação de novos marcos legais sobre o tema.

Para a composição deste artigo, primeiramente será estudado qual é o conceito de APP e os parâmetros definidos para as faixas marginais de qualquer curso d'água natural, será feita uma comparação da evolução dos parâmetros históricos; como marco conceitual, será citada a Teoria de Sociedade de Risco de Ulrich Beck, para a realização de reflexões sobre a complexidade que envolve as Áreas de Preservação Permanente.

## **2 A evolução do conceito de área de preservação permanente**

Há algum tempo o legislador Brasileiro vem trabalhando o conceito de floresta e a definição de áreas especialmente protegidas. Um dos primeiros instrumentos legais que procurou trabalhar este tema foi o Decreto 23.793/34 que trouxe quatro classificações para o conceito de floresta, sendo elas: “protectoras, remanescentes, modelo e de rendimento” (Artigo 3º, Decreto 23.793/34). Já havia normas que determinavam a proteção de espaços naturais, mas não com a especificidade desta, assim, esta será utilizada como marco inicial para compreender o conceito ora estudado.

Do decreto, é possível extrair, que as florestas protetoras eram aquelas que serviam para os seguintes fins: conservação do regime das águas; impedir a erosão pela ação de agentes naturais; fixar dunas;

auxiliar na defesa das fronteiras; garantir as condições de saúde pública; proteger sítios de beleza ímpar; e asilar espécies raras da fauna nativa (Artigo 4º, Decreto 23.793/34).

As florestas remanescentes eram aquelas que formavam parques nacionais, estaduais ou municipais. As que abundavam e se cultivavam espécies valiosas, ao qual a conservação era considerada importante por interesses biológicos e estéticos, ou aquelas em que o poder público quisesse reservar para pequenos parques e bosques para uso e gozo público (Artigo 5º, Decreto 23.793/34).

As florestas modelo eram as florestas artificiais que eram compostas apenas por uma, ou por limitado número de espécies nativas ou exóticas (Artigo 6º, Decreto 23.793/34). As demais florestas que não foram citadas eram consideradas de rendimento (Artigo 7º, Decreto 23.793/34).

O Código Florestal de 1934 não definia parâmetros numéricos de referência para áreas de proteção no entorno de corpos de águas, encostas, morros e outros. A percepção da época ainda não fazia com que houvesse a necessidade de definir limitações ao direito de propriedade por meio de limites numéricos, fossem elas rurais ou urbanas, trabalhava-se apenas a conceituação dos tipos de florestas conforme seus usos.

Por sua vez, o Código Florestal de 1965, que revogou o decreto de 1934, apresentou inovação ao definir parâmetros numéricos para as faixas marginais de qualquer curso de água que foram alterados posteriormente pelas Leis Federais 7.511/86, 7.803/89, pela Medida Provisória 2.166-67 de 2001 e pela Resolução do CONAMA 303/2002.

Vale destacar, que em 2002, o Conselho Nacional de Meio Ambiente, criou a Resolução 303 com a intenção de consolidar os conceitos de APP, criando referência para sua aplicação, uma vez que apresentou diferentes conceitos, procurando clarear a matéria para aqueles que aplicam ou utilizam os parâmetros determinados pelo Código Florestal. Em especial, quanto aos parâmetros definidos para as faixas marginais de qualquer curso de água. Importante frisar, que a resolução manteve os critérios definidos pela alteração implementada pela Lei 7.803/89.

Em 2012, após grandes discussões e intervenções políticas, foi sancionada a Lei 12.651 que revogou o Código Florestal de 1965. Esta

foi chamada, em sua ementa, de Lei de Proteção da Vegetação Nativa. Contudo, é possível extrair da nova Lei e da revogada, que o conceito de Área de Preservação Permanente – APP foram definidos e são muito semelhantes. Para a Lei atual APP é:

Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (Artigo 3º, II da Lei 12.651/12).

Já para o Código Florestal de 1965 o conceito de APP válido até o dia 27 de maio de 2012 era:

Área de Preservação Permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas (Artigo 1º, §2º, II da Lei 4.771/65).

É possível perceber que o conceito para ambas as leis são praticamente os mesmos, o que difere são pequenas alterações na redação, mas que não alteram o sentido e a compreensão final do que são e qual sejam os objetivos destas áreas, estando elas cobertas ou não por vegetação nativa. As APPs possuem uma função ambiental bem definida do qual tutelam a proteção dos recursos hídricos, paisagem, estabilidade geológica, biodiversidade, fluxo gênico, proteção do solo e por fim a proteção das pessoas humanas.

Em ambos os conceitos é possível perceber que a grande intenção de proteção das áreas de preservação permanente tem a finalidade ambiental, mas, sobretudo, possuem a intenção de proteção da dignidade da vida humana.

Nestes diferentes instrumentos legais distintos foram os parâmetros definidos para a proteção das faixas marginais de qualquer curso de água desde a primeira versão da Lei 4.771/65 até as alterações e a nova Lei. Para facilitar a análise foi organizada uma tabela que

mostra a evolução do parâmetro numérico conforme foram definidas pelas leis e suas alterações. As colunas da Tabela 01 trazem os parâmetros definidos pelas leis levando em consideração o menor para o maior parâmetro de proteção.

<b>Tabela 01 - Evolução Federal dos Parâmetros de APP nas faixas marginais de qualquer curso d'água natural</b>			
<b>Lei 4.771/65 Primeiro Parâmetro</b>	<b>Lei 7.511/86 1º Alteração</b>	<b>Lei 7.803/89 2º Alteração CONAMA 303/2002</b>	<b>Lei 12.651/12</b>
5 m para rios com menos de 10m de largura	de 30 m para os rios de menos de 10 m de largura	de 30 m para os cursos d'água de menos de 10 m de largura	30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura
igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 m a 200 m de distância entre as margens	de 50 m para os cursos d'água que tenham de 10 a 50 m de largura	de 50 m para os cursos d'água que tenham de 10 a 50 m de largura	50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura
de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros	de 100 m para os cursos d'água que meçam entre 50 e 100 m de largura	de 100 m para os cursos d'água que tenham de 50 a 200 m de largura	100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura
	de 150 m para os cursos d'água que possuam	de 200 m para os cursos d'água que	200 (duzentos) metros, para os cursos d'água

	entre 100 e 200 m de largura	tenham de 200 a 600 m de largura	que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura
	igual à distância entre as margens para os cursos d'água com largura superior a 200 m	de 500 m para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 m	500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros
			Exceções Das Áreas Consolidadas em Áreas de Preservação Permanente (Art. 61-A)

Fonte: CARDOSO NETO, 2018.

Esta evolução histórica dos parâmetros exhibe que houveram alterações significativa do parâmetro de 1965 para 1986 e depois para 1989 que foram mantidos pela Resolução do CONAMA 303/2002 e pela Lei de 2012, mas o que mais chama a atenção são as exceções que foram apontadas na Lei 12.651/12 no seu artigo 61-A, Tabela 02, onde a intenção do legislador foi proteger as áreas ditas como consolidadas para os imóveis rurais de forma a oferecer parâmetros numéricos menos restritivos que os apresentados no artigo 4º da Lei de Proteção da Vegetação Nativa.

**Tabela 02 – Exceções Artigo 61-A**

Imóveis rurais com área consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d'água naturais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais em: (independente da largura do curso d'água)	
de até 1 (um) módulo fiscal	5 (cinco) metros

entre 1 (um) e 2 (dois) módulos fiscais		8 (oito) metros
entre 2 (dois) e 4 (quatro) módulos fiscais		15 (quinze) metros
entre 4 (quatro) e 10 (dez) módulos fiscais	20 (vinte) metros	Vetado
	nos demais casos	em extensão correspondente à metade da largura do curso d'água, observado o mínimo de 30 (trinta) e o máximo de 100 (cem) metros

Fonte: CARDOSO NETO, 2018.

Percebe-se a intenção do legislador em resguardar a integridade econômica e financeira das pequenas propriedades, contudo chama-se a intenção para a possibilidade de um tratamento desigual aos iguais. Como este não é o foco principal deste artigo, o tema não será aprofundado, a intenção é mostrar que existem parâmetros que foram definidos historicamente e que por tanto deveriam ter sido respeitados pelos proprietários de terras, sejam elas urbanas ou rurais, quando estivessem utilizando e ocupando o solo próximo a qualquer curso de água natural.

Um outro objetivo de pesquisa que parte do acompanhamento dos parâmetros, ora em análise, seria a verificação do que era entendido, quando dos parâmetros de cada uma das Leis que acompanhou a evolução, quanto aos critérios de área consolidada nos espaços urbanos. Tema este que também não foi objeto desta análise.

### 3 A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck

A questão do risco nas sociedades atuais deve ser vista como resultante das decisões, dos fatos, dos fenômenos, que após serem definidos como soluções para os problemas estruturais das sociedades industriais, acabam apresentando ameaças sociais em razão das consequências futuras inesperadas, imprevistas ou mesmo aceitas como responsabilidades da sociedade por assumirem os riscos de viver em uma determinada conformação social (CARDOSO NETO, 2018).

Douglas (1996) afirma que os indivíduos assumem os riscos a partir

do momento que aceitam conviver com os hábitos de uma determinada forma de sociedade. Os indivíduos assumem as responsabilidades e os riscos ao viverem e usufruírem os resultados da industrialização a partir do momento que aceitam partilhar de uma determinada forma de sociedade contemporânea. Tal forma de estruturação social expõe o indivíduo a determinados riscos, sendo estes muitas vezes conscientes e determinados, mas que em várias situações não podem ser determinados ou medidos.

A partir do momento em que se aceita conviver com esta indeterminação consumindo e dispondo desta emergência do capitalismo industrial, assumem-se as responsabilidades e as consequências de seus atos. Tais riscos acabam sendo absorvidos e aceitos como necessários à manutenção da vida deste modelo de sociedade, passando a fazer parte do convívio e da realidade diária das pessoas e da natureza.

Um exemplo deste comportamento é a ocupação das matas ciliares e zonas úmidas, tendo como consequência enchentes, assoreamento do rio, problemas de abastecimento de água, eutrofização dos rios, problemas sociais, estiagem etc. Estes problemas originados pelo convívio do cidadão com os riscos e vulnerabilidade que a sociedade contemporânea oferece em troca das facilidades, comodidades, benefícios e produtos industrializados, que a emergência do capitalismo industrial oferece, constituem-se no grande dilema da civilização moderna. Este modelo de exploração dos recursos economicamente apreciáveis se organiza em torno das práticas e dos comportamentos potencialmente produtores de riscos. Nossa sociedade e o modelo capitalista de organização acabam submetendo e expondo o meio ambiente e a população ao risco de forma progressiva e constante (DOUGLAS 1996).

O conceito de risco caracteriza as sociedades que se organizam buscando a inovação, a mudança, e a ousadia, pretendendo tornar previsível e controlável o imprevisível, tentando controlar o incontrolável e sujeitando-se aos efeitos negativos destas decisões. A proliferação das ameaças imprevisíveis, invisíveis, para as quais os instrumentos de controle falharam é típica do novo modelo de organização social caracterizado pelo encontro com a fase do desenvolvimento da modernização, onde as transformações produzem

consequências que expõe as instituições de controle e prevenção das indústrias a críticas, fato que constitui para Beck (1998) a Sociedade de Risco.

O conceito de Sociedade de Risco segundo Beck (1998) aborda exatamente a transformação das ameaças civilizatórias da natureza em ameaças sociais, econômicas e políticas do sistema e é este desafio do presente e do futuro que justifica o conceito de Sociedade de Risco. Beck (1998) ainda suscita sobre a contradição de continuar vivendo o risco conhecendo e/ou reconhecendo os perigos, sendo este um ponto em torno do qual surge a importância do debate acerca das medidas e dos valores limitantes das consequências a curto e longo prazo.

A lógica da produção industrial, do progresso técnico e econômico dominam a lógica da produção de riscos e a Sociedade de Risco deveria reverter esta situação. A consequência da modernização se pauta em ameaças irreversíveis à vida das plantas, dos animais e dos próprios seres humanos.

O efeito secundário da socialização da natureza é a socialização das destruições e ameaças sofridas pela natureza com a sociedade; estas por sua vez transformam-se em conflitos econômicos, sociais e políticos impostos pelos efeitos sofridos em função da destruição e uso inadequado do meio ambiente. O resultado não poderia ser outro que não a ameaça à saúde, à vida em sociedade e à economia. Esta cadeia de eventos atinge a todos fazendo nascer um novo desafio, o da globalização dos problemas originados pelas políticas de super industrialização (BECK, 1998).

A incapacidade das políticas de segurança somada às falhas na gestão dos perigos, a quantidade de acidentes de proporções ímpares e a previsão dos riscos das decisões relativas ao desenvolvimento econômico e a frequente inovação tecnológica, antes confiada ao resultado de juízos de valores de probabilidade estatística, expõe ao público a falência dos programas institucionais de cálculo dos efeitos adversos das decisões destes processos, sendo esta a ideia central das sociedades de risco (LEITE, 2004).

Há a necessidade de o homem começar a prestar mais atenção nas atuações em prol do coletivo e desvencilhando-se do pensamento individualista. O momento é de pensarmos em conjunto a favor do meio ambiente de forma sustentável, ou seja, consumindo apenas o



necessário e trabalhando na manutenção da qualidade da vida da Terra em prol da natureza.

A natureza deve ser pensada como fonte de recursos limitados, os diferentes ciclos responsáveis pela manutenção da qualidade de vida devem ser preservados, assim como as Áreas de Preservação Permanentes, que são tão importantes para a vida dos rios, da terra e dos seres vivos. Devemos respeitar estas peculiaridades e devemos trabalhar em prol da dignidade da vida humana.

#### **4 Conclusão**

Este estudo teve como objetivo geral demonstrar a evolução do conceito de Área de Preservação Permanente, a partir dos parâmetros definidos para as faixas marginais de qualquer curso de água. A intenção foi mostrar que existe evolução do conceito e este não fora criado de qualquer forma, mas sim, de demandas e processos legais legislativos e por instituições que possuem finalidade para tanto.

Desta evolução, fica evidente a necessidade de se repensar o planejamento das cidades, levando-se em consideração o interesse social, econômico e a “vontade” do meio ambiente, que, quando possuído do ímpeto de retomar o que é seu, não pede licença, chega na calada da noite e recupera suas áreas a fim de manter o extravasamento da calha, a estabilidade e a dinâmica dos rios e das encostas.

Grande parte das pessoas associa as áreas de preservação tão somente à impossibilidade de uso do solo para o cultivo, criação de animais e construção. Não percebem a necessidade destas para a manutenção da dinâmica ambiental.

Há que se destacar, que as áreas de preservação não são espaços que foram criados para prejudicar o uso econômico do solo, ao contrário, possuem a função de preservação e manutenção do meio ambiente e o objetivo de defender os espaços urbano e rural, bem como o cidadão e a coletividade. Como é possível depreender do conceito de APP previsto na Lei 4.771/65 que foi revogada, mas que teve seu sentido mantido pela Lei 12.651/12 que preveem que as APPs possuem função ambiental e social.

Estamos vivendo um período de transformação, e são de momentos de caos que surgem as grandes possibilidades de mudanças.

Devemos aproveitar a adversidade para repensar o processo de ocupação das áreas urbanas e rurais. O conceito de Área de Preservação Permanente deve ser ampliado em relação ao conceito tradicional que expõe a necessidade de preservação ambiental, pois quando se respeitam estas áreas de preservação definidas pela legislação federal, também estão sendo defendidas as populações e a economia das regiões.

Vivemos a necessidade de repensar as Políticas Públicas de forma que estas sejam articuladas e proporcionem maior comprometimento do Poder Público. Portanto, políticas públicas de desenvolvimento econômico não devem ser pensadas de forma apartada das políticas de uso dos recursos naturais e de ocupação do solo.

## Referências

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Madri: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

BRASIL. Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934, **Aprova o Código Florestal**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d23793.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm)> Acesso em 13 de jul de 2021.

BRASIL. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, **Lei que institui o Código Florestal**, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de setembro de 1965. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm)> Acesso em 13 de jul de 2021.

BRASIL. Lei nº 7.511, de 07 de julho de 1986, **Lei que altera dispositivos do Código Florestal**, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 08 de julho de 1986. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7511.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7511.htm)> Acesso em 13 de jul de 2021.

BRASIL. Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989, **Lei que altera**

**redação do Código Florestal**, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 20 de julho de 1989. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7803.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7803.htm)> Acesso em 13 de jul de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, **Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa**, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de maio de 2012. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)> Acesso em 13 de jul de 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, **Altera redação do Código Florestal**, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 de agosto de 2001. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2166-67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2166-67.htm)> Acesso em 13 de jul de 2021.

BRASIL. Resolução 303, de 20 de março de 2002. **Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente**. Disponível em:<<http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=299>> Acesso em 13 de jul de 2021.

CARDOSO NETO, Nicolau. **Água com Qualidade para Consumo Humano: Normas e Sobreposição de Competências entre o Direito Ambiental e o Direito de Saúde**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

DOUGLAS, Mary. **La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales**. Tradução de Victor Abelardo Martinez. Barcelona: Editorial Paidós, 1996.

LEITE, José Rubes Morato & AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 2ª ed.

# O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA

NÚBIA FRANCO DE OLIVEIRA<sup>55</sup>  
DEILTON RIBEIRO BRASIL<sup>56</sup>

## 1 Introdução

O advento da era digital tem feito com que, cada vez mais, as pessoas tornem-se sujeitas a estruturas tecnológicas. A coleta e o processamento de dados pessoais impactaram profundamente a sociedade, trazendo efeitos no âmbito das relações sociais, culturais, econômicas, políticas e, conseqüentemente, incidindo também nas relações de poder.

A expansão trazida pela revolução tecnológica fez emergir o processo de relativização da proteção de dados pessoais e, também de direitos fundamentais como a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade humana. Neste cenário, o direito à proteção de dados passa a ocupar papel de destaque, visto que as novas demandas trazidas pela sociedade da informação têm exigido formas de regulação jurídica complexas.

O artigo encontra-se dividido em dois tópicos principais, mais esta introdução e um tópico para conclusão. No tópico 2, analisar-se-á os

---

<sup>55</sup> Mestranda do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora-UFJF. Grupo de pesquisa: Governo dos riscos, sustentabilidade global e proteção dos direitos fundamentais. Advogada. E-mail: nubiafrancooliv@gmail.com

<sup>56</sup> Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho-RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT), Faculdades Santo Agostinho (FASASE/TE-AFYA), Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor visitante da Universidade de Caxias do Sul (UCS). Grupo de pesquisa: Governo dos riscos, sustentabilidade global e proteção dos direitos fundamentais. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

principais aspectos acerca das mudanças trazidas pelos avanços tecnológicos, utilizando a ideia do panóptico de Jeremy Bentham como metáfora, cujo escopo é ilustrar como as relações de poder se modificaram, constituindo-se, a partir disso, o modelo da sociedade de vigilância. No tópico seguinte, tratar-se-á sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, assim como considerações doutrinárias que consideram a proteção de dados pessoais um direito fundamental autônomo, concluindo-se que a positivação formal constitucional deste direito é não só um caminho natural, como também, necessário. Por fim, é realizada a conclusão do artigo.

O método utilizado para a confecção do presente artigo foi o hipotético-indutivo, trabalhando conceitos fundamentais para o desenvolvimento do tema. A pesquisa utilizada foi essencialmente bibliográfica, visto que o levantamento bibliográfico é capaz de fornecer bases teóricas e doutrinárias depreendidas de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais quanto estrangeiros. A fonte primária deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica que possibilitou a análise jurisprudencial e legislativa, bem como doutrinária.

Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram essencialmente a pesquisa bibliográfica e documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto; o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é documental e bibliográfica (que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática).

## **2 O panóptico da informação e a sociedade e vigilância**

O panóptico, idealizado por Jeremy Bentham no século XVIII, foi um projeto arquitetônico que propunha um modelo de construção “aplicável a qualquer sorte de estabelecimento, no qual pessoas, de qualquer tipo, necessitem ser mantidas sob inspeção” (BENTHAM, 2008, p. 15). A ideia era que essas construções fossem aplicadas a

instituições como penitenciárias, prisões, hospícios, escolas e casas de trabalho, por exemplo.

O filósofo inglês objetivava com esse projeto que as pessoas que se encontravam naqueles estabelecimentos se sentissem constantemente inspecionadas. Visava-se criar um ambiente em que se sentisse a “aparente onipresença do inspetor, combinadas com a extrema facilidade de sua real presença” (BENTHAM, 2008, p. 29), a partir da construção de celas individuais, convergidas, preferivelmente, em um círculo. A concepção de celas individuais tinha o propósito de impedir a comunicação entre os que se encontravam detidos. No centro da construção se afiguraria uma torre de vigilância que emitiria uma luz que atingiria todas as celas para que os que se encontrassem presos não vissem o guarda/inspetor e nem tivessem ciência se alguém estava, de fato, os vigiando.

O panóptico teria como maior mérito a promoção do sentimento de autovigilância no detento, visto que ele desconheceria quando e quem está o vigiando (ZIMMER, 2009). Para Foucault o seu efeito de maior destaque seria o de induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a torna inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores. (...) Por isso Bentham colocou o princípio de que o poder devia ser visível e inverificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo. (FOUCAULT, 2004, p. 166-167).

O panóptico de Foucault representa uma metáfora, um instrumento que vai além da propagação de formas de vigilância, mas do estabelecimento de práticas de “microfísica de poder”, que se disseminam por tudo e entre todos (ZIMMER, 2009). A vigilância, por sua vez, possibilita a difusão do poder disciplinar indiscreto que se faz presente em toda parte, “pois não deixa nenhuma parte às escuras e controla continuamente os mesmos que estão encarregados de controlar; e absolutamente discreto, pois funciona permanentemente e em grande parte em silêncio” (FOUCAULT, 2004, p.148).

Na sociedade atual, a tecnologia viabiliza a automatização da vigilância. Neste sentido, para Zuboff (2021), os sistemas de informação poderão ser lidos como uma reprodução do panóptico já que estes podem acabar se transformando em panópticos da informação que independem de restrições de tempo e de espaço, não dependem sequer de estruturas físicas que caracterizam as construções. Assim, a torre central dá vez à tela de vídeo, as janelas passam a ser os procedimentos de entrada de dados (ZUBOFF, 2021).

A vigilância é mais uma vez reproduzida nas formas de poder disciplinar já descritos por Foucault (2004b), como a documentação, o registro e o arquivo. A mudança ocorre no fato de que os elementos supracitados se encontram na forma digital. Além disso, a participação ativa e, muitas vezes, voluntária das pessoas na alimentação dos sistemas de dados caracteriza um novo elemento na vigilância (POSTER, 2004).

Desta maneira, o surgimento da internet, o desenvolvimento da computação, de softwares e das novas tecnologias de informação e comunicação, somados aos avanços da organização social em que vivemos, trouxeram o início de uma nova era. O poder passa a ser regido por “máquinas que organizam diretamente o cérebro (em sistemas de comunicação, redes de informação etc.) e os corpos (em sistemas de bem-estar, atividades monitoradas etc.) no objetivo de um estado de alienação independente do sentido da vida” (HARDT e NEGRI, 2005, p. 42).

A sociedade atual que é caracterizada pela informação e pelo conhecimento tem como ponto de partida a tecnologia que tem se tornado onipresente na vida das pessoas. Klaus Schwab em sua obra “a quarta revolução industrial” alertou sobre as transformações trazidas pela revolução tecnológica que “alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos” (SCHWAB, 2016, pos. 147-148).

Desta forma, a tecnologia trazida pela era virtual fez com que a sociedade pós-moderna se tornasse a sociedade de vigilância (RODOTÀ, 2008). Essa vigilância social se fundamenta no princípio de sermos observados de modo imperceptível, assim como no panóptico idealizado por Bentham, o que ocorre “nas novas tecnologias de comunicação e suas redes sociais, nas quais os

controladores de dados nos observam, recolhem e utilizam nossos dados pessoais sem que tenhamos quaisquer tipos de ingerência nesse processo” (COSTA, OLIVEIRA, 2019). Zuboff associa a sociedade de vigilância ao capitalismo de vigilância e, nesse sentido, preceitua que

O capitalismo de vigilância age por meio de assimetrias nunca antes vistas referentes ao conhecimento e ao poder que dele resulta. Ele sabe tudo sobre nós, ao passo que suas operações são programadas para não serem conhecidas por nós. Elas acumulam vastos domínios de um conhecimento novo proveniente de nós, mas que não é para nós. Elas predizem nosso futuro além de gerar ganhos para os outros, não para nós. Enquanto o capitalismo de vigilância e seus mercados futuros comportamentais tiverem permissão de prosperar, a propriedade desses novos meios de modificação comportamental irá ofuscar a propriedade dos meios de produção como o manancial da riqueza e do poder capitalistas no século XXI. (ZUBOFF, 2021, p.26)

Assim, o capitalismo de vigilância utiliza a experiência humana como insumo gratuito para que produtos e serviços sejam otimizados, enquanto a parcela restante dos dados coletados nutre processos de fabricação de “inteligência de máquina” e é transformada “em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde” (ZUBOFF, 2021, p. 22-23). Os capitalistas de vigilância, desta forma, passam a acumular riqueza a partir de tais operações, dado o fato de que muitas empresas visam prever nosso comportamento (ZUBOFF, 2021).

Muito embora grande parte dos casos de vigilância possua fins comerciais, nichos muito mais amplos são afetados. Desta forma, não se pode olvidar de questões sociológicas, ontológicas e políticas que têm sido impactadas pelo acelerado desenvolvimento de tecnologias da informação (PRIOR, 2011). As pessoas se encontram mais expostas e, conseqüentemente, mais vulneráveis. Assim como os entes privados, os Estados passam a manejar dados pessoais de modo irrestrito, trazendo severas violações a direitos como a privacidade, a autodeterminação informativa, a proteção de dados e a liberdade.

Stefano Rodotà alerta que, após o 11 de setembro, a privacidade parece estar condenada, visto que passou a ser vista, frequentemente, como um obstáculo à segurança (RODOTÀ, 2008). O autor explica



que, após a fatídica data, diversos critérios de referência foram mudados e as garantias foram suprimidas mundialmente, “como demonstra, particularmente, o *Patriot Act* nos EUA e as decisões na Europa sobre a transferência para os EUA de dados sobre passageiros de linhas aéreas e sobre a retenção de dados quanto às comunicações eletrônicas” (RODOTÀ, 2008, p. 14).

No Brasil, medidas governamentais tomadas durante a pandemia tornaram o debate sobre a proteção de dados ainda mais intenso. A prefeitura de Recife, por exemplo, rastreou cerca de 700 mil smartphones a fim de monitorar o isolamento social da população (DIÁRIO DE PERNAMBUCO, 2020). Já a Polícia Militar de Pernambuco utilizou drones para identificar aglomerações nas ruas (CASTRO, 2020). No Rio de Janeiro, medidas parecidas foram implementadas, tanto em relação ao monitoramento de localização de aparelhos celulares quanto em relação ao uso de drones para impedir o agrupamento de pessoas (NITAHARA, 2020). Ainda além, o governo do estado de São Paulo apresentou o SIMI (Sistema de Monitoramento Inteligente), que visava coletar informações georreferenciadas de mobilidade urbana como forma de controle e combate ao coronavírus (SÃO PAULO, 2020). A ideia é que um sistema similar fosse implementado na esfera federal, conforme divulgação feita pelo Ministério de Ciência e Tecnologia. No entanto, tal iniciativa foi vetada, pois a presidência da república considerou que a medida traria danos ao direito de privacidade (SOPRANA, 2020).

As mudanças que afetam a esfera pública, naturalmente, sempre afetam a esfera privada. No contexto narrado, as interferências do Estado e das corporações ocasionadas pelo manejo de dados pessoais significam na própria dissolução da distinção entre a vida pública e a vida privada, suprimindo limites antes respeitados (ZIMMER, 2009). A sociedade de vigilância constitui-se como “um processo de exercício de poder dos vigilantes sobre os vigiados, sendo a fonte de poder as informações pessoais contidas em nossos dados” (COSTA, OLIVEIRA, 2019, p.6). Afinal, quem deve vigiar os que nos vigiam? Neste sentido, parece-nos que o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental deve ser encarado como remédio de salvaguarda jurídica indispensável.

### 3 O direito fundamental à proteção de dados pessoais no Brasil

O Supremo Tribunal Federal, aos dias 06 e 07 de maio de 2020, reconheceu o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo. A decisão determinou a suspensão da Medida Provisória 954/2018 que determinava o compartilhamento de dados não anonimizados de telefonia fixa e móvel, assim como o endereço de todos os brasileiros com o IBGE. A partir da decisão, o Tribunal inovou ainda ao vencer o entendimento de que o compartilhamento de dados como nome, endereço e número de telefone possuem caráter público.

A medida provisória derrubada pela decisão tinha o escopo de fornecer dados para o IBGE para que este pudesse produzir estatísticas oficiais durante a pandemia do coronavírus. No entanto, a instauração de medidas de vigilância, mesmo fundamentadas na emergência de saúde pública vivida no Brasil, podem resultar em danos irreparáveis aos direitos e liberdades já alcançados.

Nesse sentido, a Ministra Rosa Weber, em seu voto, reiterou que a história leciona que o estabelecimento da sistemática de vigilância pode gerar consequências irretroativas e que os dados coletados poderiam ser utilizados em contextos diferentes daquele que justificaram sua coleta inicial (BRASIL, 2020). Além disso, a Ministra destacou que, caso os dados fossem cruzados com outras informações e compartilhados com outras entidades ou pessoas, esses poderiam adquirir outro peso, como para formação de perfis virtuais sobre o titular dos dados (BRASIL, 2020).

Na decisão, o Supremo Tribunal Federal ressaltou o conceito de autodeterminação informativa, positivado na Lei nº 13. 709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) com o condão de salientar o indispensável protagonismo do cidadão quando do manejo de seus dados pessoais (MENDES, FONSECA, 2020). Neste sentido, o Ministro Luiz Fux expôs que

A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e

da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 2020)

Dessa forma, sendo o direito à proteção de dados pessoais um direito fundamental, reconhece-se nele uma perspectiva objetiva e outra subjetiva: a primeira trata do direito de o titular dos dados pessoais controlar o fluxo de suas informações, constituindo-se na proteção quanto à autodeterminação informativa; a segunda perspectiva trata da proteção do titular dos dados contra fatores que ameaçam sua personalidade diante do compartilhamento, processamento, utilização ou circulação dos dados pessoais (SILVA, LIMA 2020).

Fato é que o entendimento trazido pelo STF aponta para a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais que não apenas se confunde com o direito à privacidade (DRESCH, STEIN, 2020). Assim, a decisão torna mais efetiva a consolidação da proteção de dados pessoais como merecedor de tutela constitucional, reforçando a sua necessária positivação formal, como veremos mais adiante.

### **3.1 A necessária positivação do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental**

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo. No entanto, no Brasil, não há previsão constitucional neste mesmo sentido. Diante da decisão da Corte, questionou-se se a positivação da PEC 17/19, ou outra de mesma natureza, é realmente necessária e conveniente (SARLET, 2020).

A Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019, apresenta de maneira expressa a inclusão do direito à proteção de dados pessoais no bojo do texto constitucional. A PEC 17/19 objetiva modificar os arts. 5º, XII, e 22, XXX, da Constituição Federal, passando a ter as seguintes redações:

Art. 5º (...) 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, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXX – proteção e tratamento de dados pessoais. (BRASIL, 2019)

No Brasil, a proteção de dados pessoais encontrava-se pulverizada em nosso ordenamento jurídico, disposta de maneira pontual e assimétrica em diplomas legais variados que disciplinavam o tema dentro de contextos específicos (SARLET, 2020). Em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi aprovada e passou a figurar como a primeira lei geral destinada a proteção de dados pessoais. A LGPD disciplina operações e atividades de coleta e tratamento concernentes à matéria e traz como fundamentos a promoção de direitos previstos constitucionalmente, devendo-se citar a cidadania (art. 1º, II), a dignidade (art. 1º, III), a livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 5º, XIII e art. 170, parágrafo único), a liberdade de expressão (art. 3º, I e art. 5º, IX), os direitos humanos (art. 4º, II), a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (art. 5º, X), a privacidade (art. 5º, X), o acesso à informação (art. 5º, XIV), a liberdade de comunicação e opinião (art. 5º, IX e IV), o desenvolvimento econômico e tecnológico (art. 5º, XXIX, 170, caput e art. 218), a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V), a livre concorrência (art. 170, IV) e a inovação (art. 218) (ROCHA, DALESE, 2020).

A LGPD, como vimos, disciplina uma série de atividades que envolvem direitos fundamentais, por essa razão, a proposta da PEC se torna ainda mais relevante. Destaca-se ainda que a inserção expressa da proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais da Constituição da República possui valor simbólico, visto que valoriza todo o esforço recente do legislador na edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (SCHREIBER, 2019).

A extensa gama de atividades de tratamento regulamentadas pela LGPD (art.5º, X) que trata de matérias em que os direitos e garantias fundamentais encontram-se impregnados mostra como a proteção de

dados pessoais se manifesta como um “direito guarda-chuva” (ROCHA, DALESE, 2020). Desta forma, é corroborada a carga valorativa que possui a proteção de dados, destacando não apenas sua importância enquanto direito autônomo e isolado. Atesta-se, portanto, que o tratamento inadequado dos dados pessoais abre oportunidade para que demais direitos sejam alcançados.

A literatura e jurisprudência brasileiras consideram, a partir de uma leitura harmônica e sistemática da Constituição Federal, que o direito à proteção de dados pessoais é um direito implicitamente positivado (SARLET, 2020). Todavia, o fato não exige a imprescindibilidade de sua positivação formal que carrega consigo uma carga valorativa positiva adicional ao atual estado da arte no Brasil (SARLET, 2020). É preciso que o ordenamento jurídico pátrio se adeque a real dimensão trazida pelo tratamento de dados pessoais. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva nos ensina que

[...] a literatura constitucional por muito tempo entendeu que a coleta e o armazenamento de dados, e mesmo o compartilhamento de muitos deles, não seriam em si um problema. O problema surgiria apenas quando os dados estivessem incorretos, caso em que os indivíduos poderiam requisitar sua correção, mas não sua eliminação. Esse entendimento parece decorrer da visão, tão popular quanto equivocada, de que o indivíduo exemplar é aquele que não tem nada a esconder. O fato é, contudo, que todas as pessoas têm muito a esconder. Ter segredos é parte da natureza humana. Por isso, a contraposição entre informação correta (ou verdadeira) e incorreta (ou inverídica) não é relevante neste âmbito. Ou seja, compartilhar informações pessoais de alguém não deixa de ser uma restrição ao direito de privacidade apenas porque essas informações são verdadeiras ou corretas. (SILVA, 2021, p. 206)

A elevação do direito à proteção de dados pessoais ao *status* de direito fundamental positivado “daria maior sustentação ao marco regulatório infraconstitucional, bem como a sua aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário” (SARLET, 2020). Além disso, a condição de direito fundamental trará indispensável reforço ao regime jurídico e dogmático, proporcionando maior eficácia e efetividade, especialmente no âmbito da articulação da proteção de dados com outros direitos,

protegendo e proporcionando o livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade pessoal como autodeterminação (SARLET, 2020).

Por fim, importa destacar a natureza determinante dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, posto que o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental vai além da função declaratória e autogarantidora: trata-se de uma retroalimentação do sistema democrático (BALAGUER CALLEJÓN, 2021). Desta forma, a constitucionalização do direito à proteção de dados pessoais terá o escopo de realizar níveis diferenciados de realização “- vale dizer o nível constitucional e o nível legislativo- são estabelecidos limites ao legislador, que, em sua função precípua, (...) torna possível expressar os objetivos que a comunidade define em relação a tais direitos” (BALAGUER CALLEJÓN, 2021).

#### 4 Conclusão

Não resta dúvidas de que vivemos em um tempo marcado pela revolução tecnológica. A era digital é definida pela sociedade de vigilância, comparável metaforicamente ao panóptico de Bentham. A regulação legal mostra-se como uma linha de fuga, como uma forma de preservar direitos humanos fundamentais tão caros para o livre desenvolvimento da personalidade.

Fato é que, mesmo reconhecido como direito fundamental de maneira implícita, concluiu-se que a positivação formal do direito à proteção de dados como direito autônomo e fundamental se torna imprescindível na atual conjuntura. O reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais no texto constitucional ampliará a salvaguarda desse e de outros direitos que dele dependem, além de tornar adequado o seu tratamento legal no ordenamento jurídico pátrio.

#### Referências

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Direito Público, v. 8, n. 35, abri. 2012. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/vie>

w/1822. Acesso em: 13 jul. 2021.

BENTHAM, Jeremy. O Panóptico. In: Tadeu, Tomaz (Org.). **O Panóptico**. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6837**. Medida Provisória 954/2020. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relatora: Min. Rosa Weber, 24 de abril de 2020. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019**.

Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 15 jun. 2021.

CASTRO, Beatriz. Drones iniciam monitoramento de aglomerações e emitem avisos sonoros para isolamento social no Recife. **TV Globo**. Recife, abr. 2020. Disponível em:

[https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/04/09/drones-iniciam-monitoramento-de-aglomeracoes-e-emitem-avisos-sonoros-para-isolamento-social-no-recife.ghtml?utm\\_source=twitter&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=g1](https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/04/09/drones-iniciam-monitoramento-de-aglomeracoes-e-emitem-avisos-sonoros-para-isolamento-social-no-recife.ghtml?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=g1). Acesso em: 04 jul. 2021.

CORONAVÍRUS: isolamento social em bairros do Recife será monitorado através de ferramenta de localização. **Diário de Pernambuco**. Recife, mar. 2020. Disponível em:

<http://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2020/03/isolamento-social-em-bairros-do-recife-sera-monitorado-atraves-de-ferr.html>. Acesso em: 09 jul. 2021.

COSTA, OLIVEIRA. **Os direitos da personalidade frente à sociedade de vigilância: privacidade, proteção de dados pessoais e consentimento nas redes sociais**. 2019. Disponível em:

[http://www.researchgate.net/profile/Samuel-De-Oliveira-2/publication/339241637\\_OS\\_DIREITOS\\_DA\\_PERSONALIDADE\\_FRENTE\\_A\\_SOCIEDADE\\_DE\\_VIGILANCIA\\_PRIVACIDADE\\_PROTECAO\\_DE\\_DADOS\\_PESSOAIS\\_E\\_CONSENTIMENTO\\_NAS\\_REDES\\_SOCIAIS\\_PERSONALITY\\_RIGHTS\\_IN\\_THE\\_SOCIETY\\_OF\\_SURVEILLANCE\\_PRIVACY\\_PERSONA/links/5e45cff3a6fdccd965a2f82d/OS-DIREITOS-DA-PERSONALIDADE-FRENTE-A-SOCIEDADE-DE-VIGILANCIA-PRIVACIDADE-PROTECAO-DE-DADOS-PESSOAIS-E-CONSENTIMENTO-NAS-REDES-SOCIAIS-PERSONALITY-RIGHTS-IN-THE-SOCIETY-OF-SURVEILLANCE-PRIVACY-PERSONA.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Samuel-De-Oliveira-2/publication/339241637_OS_DIREITOS_DA_PERSONALIDADE_FRENTE_A_SOCIEDADE_DE_VIGILANCIA_PRIVACIDADE_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS_E_CONSENTIMENTO_NAS_REDES_SOCIAIS_PERSONALITY_RIGHTS_IN_THE_SOCIETY_OF_SURVEILLANCE_PRIVACY_PERSONA/links/5e45cff3a6fdccd965a2f82d/OS-DIREITOS-DA-PERSONALIDADE-FRENTE-A-SOCIEDADE-DE-VIGILANCIA-PRIVACIDADE-PROTECAO-DE-DADOS-PESSOAIS-E-CONSENTIMENTO-NAS-REDES-SOCIAIS-PERSONALITY-RIGHTS-IN-THE-SOCIETY-OF-SURVEILLANCE-PRIVACY-PERSONA.pdf). Acesso em: 13 jul. 2021.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. **Isolamento social em bairros do Recife será monitorado através de ferramenta de localização.**

2020. Disponível em:

<http://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2020/03/isolamento-social-em-bairros-do-recife-sera-monitorado-atraves-de-ferr.html>. Acesso em 02 jul. 2021.

DRESCH, STEIN. **Direito fundamental à proteção de dados e responsabilidade civil.** 2020. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/336997/direito-fundamental-a-protecao-de-dados-e-responsabilidade->. Acesso em: 11 jun. 2021.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir.** Petrópolis: Vozes, 2004.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império.** Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos. **STF reconhece direito fundamental à proteção de dados.** 2020.

Acesso em: [http://www.researchgate.net/profile/Gabriel-Campos-Soares-Da-](http://www.researchgate.net/profile/Gabriel-Campos-Soares-Da-Fonseca/publication/344381892_STF_reconhece_direito_fundamental_a_protecao_de_dados/links/5f6e79fe92851c14bc97260e/STF-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados.pdf)

[Fonseca/publication/344381892\\_STF\\_reconhece\\_direito\\_fundamental\\_a\\_protecao\\_de\\_dados/links/5f6e79fe92851c14bc97260e/STF-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Gabriel-Campos-Soares-Da-Fonseca/publication/344381892_STF_reconhece_direito_fundamental_a_protecao_de_dados/links/5f6e79fe92851c14bc97260e/STF-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados.pdf). Acesso em:



09 jul. 2021.

NITAHARA, Akemi. Drones serão usados para evitar aglomerações no Rio de Janeiro. **Agência Brasil**. Rio de Janeiro, abr. 2020. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/drones-com-alto-falantes-serao-usados-para-evitar-aglomeracoes-no-rio>. Acesso em 08 de jul. 2021.

POSTER, Mark. **The Mode of Information: Poststructuralism and Social Context**. Cambridge: Polity Press, 2004.

PRIOR, Helder. Democracia deliberativa e vigilância electrónica: da ROCHA, DALESE. **A proteção de dados pessoais como um direito fundamental**. 2020. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-protecao-de-dados-pessoais-como-um-direito-fundamental-02092020>. Acesso em: 12 jun. 2021.

SÃO PAULO. **Governo de SP apresenta Sistema de Monitoramento Inteligente contra coronavírus**. Portal do Governo. São Paulo, abr. 2020. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/governo-de-sp-apresenta-sistema-de-monitoramento-inteligente-contracoronavirus/>. Acesso em: 07 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição brasileira de 1988**: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. 2020. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875/985>. Acesso em: 10 jul. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **PEC 17/19: uma análise crítica**. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/07/19/analise-critica-pec-17-2019/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro,

2019. (Edição Kindle. pos. 147-148).

SILVA, LIMA. Supremo Tribunal Federal reconhece o direito fundamental à proteção de dados pessoais. 2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/stf-reconhece-o-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.

SOPRANA, Paula. **Governo vai usar dados de operadoras para monitorar aglomeração na pandemia**. Folha de São Paulo. São Paulo, abr. 2020. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/governo-vai-usar-dados-de-operadoras-para-monitorar-deslocamentos-na-pandemia.shtml?origin=folha>. Acesso em: 05 jul. 2021

ZIMMER, Marco Vinício. **O Panóptico está superado? estudo etnográfico sobre a vigilância eletrônica**. 2009. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/15833>. Acesso em: 11 jul. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

# ***HABEAS CORPUS* PARA TUTELA DA LIBERDADE INDIRETA: ANÁLISE DO PANORAMA CONSTITUCIONAL IBERO- AMERICANO**

HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI<sup>57</sup>  
EDUARDO MANHOSO<sup>58</sup>

## **1 Introdução**

Atualmente, muito se discute sobre a possibilidade de limitação do espectro de utilização da garantia constitucional do *habeas corpus*, instrumento tão caro ao Estado Democrático de Direito. Alguns vão dizer que, na sua concepção original, seria válido seu manejo exclusivamente para os casos de violação direta à liberdade de locomoção.

No Brasil, entretanto, por conta do desenvolvimento da doutrina brasileira do *habeas corpus*, admite-se a impetração do instrumento para questionar coações ilegais em desfavor da liberdade indireta, como nulidades processuais, ainda que o réu esteja respondendo solto ao processo crime.

É importante que se verifique a tendência dos países latino-americanos em adesão ao modelo de tutela brasileiro do *writ*. Em outras

---

<sup>57</sup> Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e do Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Líder do Grupo de Pesquisa Segurança Pública e Cidadania (CNPq). Advogado. E-mail: humberto@mackenzie.br.

<sup>58</sup> Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pesquisador dos Grupos de Pesquisa "Segurança Pública e Cidadania" (CNPq) e "Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional" (CNPq), ambos da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogado. E-mail: eduardomh@outlook.com.br.

palavras: os ordenamentos da América Latina admitem a impetração do *habeas corpus* caso não haja prisão do sujeito, como no Brasil?

Daí a necessária pesquisa, utilizando-se por base o ordenamento jurídico brasileiro e dos países ibero-americanos (Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Cuba, Equador, Paraguai, Peru e Venezuela), para análise comparativa do instrumento do *habeas corpus* nas respectivas Constituições e legislações infraconstitucionais.

Para tanto, no primeiro capítulo, será analisada a história brasileira do instrumento, principalmente destinada à questão sobre a doutrina brasileira do *habeas corpus*, para que, no capítulo 2, e seus respectivos subcapítulos, possamos estudar cada um dos ordenamentos jurídicos ibero-americanos, indicados alhures, especialmente no que atine à amplitude de garantia do *habeas corpus*.

Posteriormente, a partir desses diversos ordenamentos analisados, será possível concluir sobre o acerto ou não da construção doutrinária e jurisprudencial brasileira sobre o uso do *habeas corpus* para reparar constrangimento ilegal em desfavor da liberdade indireta.

## **2 O *habeas corpus* na Constituição Brasileira.**

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 alça o *habeas corpus* ao caráter de garantia constitucional, colocando-o no artigo 5º, inciso LXVIII, segundo o qual “*conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.*”.

Portanto, da leitura do dispositivo, tem-se que, sem dúvidas, o instrumento se voltará quando houver privação de liberdade, violação à liberdade de ir e vir direta – e nem poderia ser diferente. Entretanto, há uma peculiaridade no instrumento brasileiro, muito por conta de seu percurso histórico, que é a possibilidade de manejo do *habeas corpus* para tutelar a liberdade indireta.

Para tanto, é importante retomarmos o que foi chamado de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.

Em 1891, com a primeira Constituição brasileira, o *habeas corpus* passou a ter status constitucional, dando conta que poderia o sujeito se valer da garantia quando “*sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder*” (art. 72, § 22º).

Ampliou-se o instituto, de forma que a doutrina se dividia sobre a possibilidade de uso em outras hipóteses, alheias à liberdade de ir e vir (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 2011, p. 270). Ruy Barbosa, de um lado, defendia a absoluta abrangência do *writ*, alcançando qualquer direito individual transgredido (MOSSIN, 1999, p. 39). De outro, Pedro Lessa dizia que era possível o uso em qualquer coação à liberdade individual (LESSA *apud* MIRANDA, 1972, p. 224), enquanto Pontes de Miranda sustentava que a garantia apenas seria cabível na hipótese à estrita violação à liberdade física (MIRANDA, 1972, p. 223).

O Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar sobre o assunto, endossou a corrente guiada por Ruy Barbosa, em hipótese de concessão de *habeas corpus* para assegurar a posse de Nilo Peçanha, Governador do Rio de Janeiro (TOURINHO FILHO, 2012, p. 650), sem que houvesse qualquer tutela da liberdade, portanto.

A reforma constitucional de 1926, contudo, aboliu a interpretação literal mais abrangente ao *habeas corpus*, limitando-o às hipóteses de privação de liberdade conforme artigo 72, § 22: “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 271),

Todavia, fato é que, a partir do momento em que há possibilidade de que o sujeito, ao final da ação, seja preso, é necessário que se permita o manejo do *habeas corpus* para tutela indireta da liberdade, tal como era viável na época da doutrina brasileira do *habeas corpus* – esta corrente sustentada por Pedro Lessa.

Daí porque hoje, com muita tranquilidade, a doutrina e a jurisprudência<sup>59</sup> admitem o uso do *habeas corpus* para questionar, por exemplo, nulidades, mesmo que o sujeito esteja em liberdade. Aury Lopes Júnior, por conta dessa questão, classifica a ação mandamental como “instrumento de *collateral attack*” (2020, p. 1203):

---

<sup>59</sup>Exemplo disso, muito recente, foi a manifestação Plenária do Supremo Tribunal Federal para análise de questões atinentes à competência para processamento da conhecida “Operação Lava-Jato”, em sede de *habeas corpus* (HC 193.726 PR – Primeiro Agravo Regimental, rel. Ministro Luís Edson Fachin, Plenário, 15.04.2021).

O alcance do *writ* não só se limita aos casos de prisão, pois também pode ser utilizado como instrumento para o *collateral attack*, possibilitando que seja uma via alternativa de ataque aos atos judiciais, e inclusive contra a sentença transitada em julgado.

(...)

Sem embargo, existem no processo penal outros atos que, inclusive sem determinar a prisão do acusado, podem ser considerados como coação ilegal.

Trata-se da possibilidade de se utilizar o *habeas corpus* como instrumento de controle do devido processo legal (GOMES FILHO, TORON e BADARÓ, 2018, p. 1245-1246).

Sublinhe-se o acerto da construção da doutrina e jurisprudência brasileira neste ponto, eis que o simples fato de que, ao cabo da ação penal, o sujeito sempre poderá ser privado de sua liberdade, de modo que sempre haverá risco ao *ius libertatis*, sendo importante a possibilidade do *writ* ser manejado para questionar imediatamente o ato ilegal ou constrangimento imposto, como, por exemplo, no caso de uma ação penal sem justa causa, ou do sujeito processado por Juízo incompetente, da nulidade existente na ação penal, dentre outras possibilidades - ainda que o sujeito esteja em liberdade.

### **3 O *habeas corpus* no constitucionalismo ibero-americano.**

Neste tópico, faremos a análise individualizada da previsão e abrangência do *habeas corpus* na Constituição de cada um dos países ibero-americanos, para que ao final possamos compará-los à previsão brasileira.

#### **3.1. Argentina.**

A Constituição Argentina tutela o *habeas corpus* em seu artigo 43, nos seguintes termos:

Quando o direito lesionado, restringido, alterado ou ameaçado for a liberdade física, ou em caso de agravamento ilegítimo nas formas de detenção, ou em caso de desaparecimento forçado de pessoas, a ação do *habeas corpus* poderá ser interposta pelo afetado ou qualquer um em

seu favor e o juiz resolverá de imediato, ainda que durante a vigência do estado de sítio. (tradução livre).

A ação mandamental é regulada, por sua vez, pela Lei 23.098, de 19 de outubro de 1984, a qual, em seu artigo 3º, traz as hipóteses de manejo do *habeas corpus* na Argentina: limitação ou ameaça atual da liberdade ambulatorial sem ordem escrita de autoridade competente ou agravação ilegítima da forma ou condições em que se cumpre a privação de liberdade, sem prejuízo dos poderes próprios do juiz do processo, se houver. Ainda, em se tratando de limitação da liberdade, pode ser analisada possível inconstitucionalidade na via do *habeas corpus*, desde que haja preceito legal contrário à Constituição Argentina (art. 6º).

Logo, de maneira sintética, temos que o instrumento argentino é limitado às hipóteses de violação direta à liberdade de ir e vir.

### 3.2. Bolívia.

A Constituição Boliviana, malgrado não utilize o termo *habeas corpus*, faz referência ao instrumento, nomeando-o como “ação de liberdade” em seu artigo 125, segundo o qual:

Toda pessoa que considere que sua vida está em perigo, que é ilegalmente perseguida, ou que está sendo indevidamente processada ou privada de sua liberdade pessoal, poderá interpor Ação de Liberdade e socorrer, de maneira oral ou escrita, por si ou por qualquer um em seu nome e sem qualquer formalidade processual, em qualquer juiz ou tribunal competente em matéria penal, e solicitará que se proteja a tutela da vida, cesse a persecução indevida, se reestabeleçam as formalidades legais ou se restitua o direito à liberdade. (tradução livre)

Portanto, pelo que se depreende do dispositivo constitucional boliviano, o manejo do *habeas corpus* poderá ocorrer, inclusive, nos casos em que o sujeito não está com a liberdade direta constrita, eis que se permite a ação de liberdade quando estiver sendo indevidamente processada. No mais, algo que aproxima muito da doutrina brasileira do *habeas corpus*, vê-se que a ação de liberdade boliviana permite a tutela

de outras garantias, como a vida, por exemplo.

Nesses termos, a Lei do Tribunal Constitucional, de 01 de abril de 1998, corroborando, em seu artigo 89º, inciso I, é claro em consignar que o uso do *habeas corpus* pode ocorrer, inclusive, no caso em que o sujeito é ilegalmente processado. E, ainda, esclarece que o manejo do *habeas corpus* é válido em violações que tenha relação com a liberdade pessoal, “em qualquer de suas formas”.

Portanto, a Bolívia, de maneira muito parecida com o Brasil, permite que o *habeas corpus* seja utilizado em caso de violação à liberdade indireta, como na hipótese do sujeito que é ilegalmente processado.

### 3.3. Chile.

No Chile, o instrumento é chamado de “recurso de amparo” (ALCALÁ, 1998) e tem sua regulação no artigo 21, da Constituição Chilena, tutelando, de maneira objetiva, aquele indivíduo que estiver preso com infração à Constituição ou às leis; ou, ainda, em favor de toda pessoa que sofra ilegalmente qualquer privação, perturbação ou ameaça ao seu direito de liberdade pessoal e segurança individual.<sup>60</sup>

Embora a doutrina discuta a possível abrangência do *habeas corpus*

---

60“Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija. El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.”



(HENRIQUEZ VIÑAZ, 2013)<sup>61</sup> – amparando-se na jurisprudência da Corte Suprema Chilena –, não se cogita o uso para tutela da liberdade indireta, como ocorre no Brasil.

### 3.4. Colômbia.

A Constituição Política Colombiana de 1991 cuida do *habeas corpus* em seu artigo 30, segundo o qual: “*quem estiver privado de sua liberdade, e crer estar ilegalmente, tem direito a invocar para qualquer autoridade judicial, em todo tempo, por si ou por interposta pessoa, o habeas corpus, o qual deve ser decidido em trinta e seis horas*” (tradução livre).

Por sua vez, a Lei 1.095 de 2006, em seu artigo 1º, aborda a temática do *habeas corpus* na Colômbia e, ao fazê-lo, consigna que o instrumento é garantia fundamental, a qual tutela a liberdade pessoal quando sua privação se der com violação de garantias constitucionais ou legais ou quando a privação se prolonga ilegalmente.

A Corte Constitucional Colombiana, na Sentença nº T-046/93, assentou a necessidade de que haja privação da liberdade para uso do *habeas corpus*. Entretanto, no mesmo ato, entendeu ser possível o “exame jurídico-processual” – desde que vinculado à prisão do paciente - da atuação da Autoridade Coatora, pois “o controle da legalidade da detenção é uma garantia especial da liberdade”.

### 3.5. Cuba.

A Constituição da República de Cuba reconhece o direito ao *habeas corpus* em seu artigo 96 – aliás, pela primeira vez o instrumento é constitucionalizado (MATAMOROS, 2019, p. 31) –, o qual consigna que “quem estiver privado de liberdade ilegalmente, por si ou por meio de terceiro” (tradução livre), pode se valer do instrumento constitucional, na forma da lei.

Da leitura do dispositivo, não se vê similitude com a doutrina

---

<sup>61</sup>Seria o caso de viabilizar o *habeas corpus* para impedir expulsão de um estrangeiro do país; melhorar condições de condenados em penitenciárias e fazer cessar perturbação na liberdade pessoal, causada pela polícia ou Ministério Público (HENRIQUEZ VIÑAZ, 2013, p. 421-437, 2013)

brasileira do *habeas corpus*. Assim, em Cuba, não se admite, o *habeas corpus* como instrumento de resguardo da liberdade indireta, mas tão somente quando o sujeito estiver privado de liberdade.

### 3.6. Equador.

Em território equatoriano, a Constituição traz a “acción de *habeas corpus*” em seu artigo 89, colocando-o na função de recuperar a liberdade de quem estiver privado dela, de maneira ilegal, arbitrária e ilegítima, assim como proteger a vida e integridade física das pessoas privadas de liberdade.

Após o manejo do *habeas corpus*, segundo o dispositivo, o Juiz convocará uma audiência, em vinte e quatro horas, inclusive com o comparecimento da pessoa privada de liberdade. Portanto, no Equador, para se valer do *habeas corpus*, necessariamente, deve estar o paciente privado de liberdade (LOJÁN, 2012, p. 69).

Embora, juntamente com outras Constituições, haja tutela da vida e integridade física das pessoas privadas de liberdade, não se cogita o uso do *habeas corpus* como instrumento de defesa da liberdade indireta, tal como ocorre no Brasil.

### 3.7. Paraguai.

A Constituição Paraguaia, de 20 de junho de 1992, classifica a ação de *habeas corpus* como garantia constitucional (Capítulo XII), dele tratando em seu artigo 133, dispensando maiores formalidades: qualquer pessoa poderá manejar, por si ou interposta pessoa, em qualquer Juiz de primeira instância na circunscrição respectiva.<sup>62</sup>

Dentre as espécies, traz a Constituição Paraguaia, há o *habeas corpus* preventivo; reparador e genérico. O primeiro deverá ser utilizado caso

---

<sup>62</sup>Segundo ao artigo, em sua transcrição: “Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.”

haja risco iminente de que a pessoa seja privada ilegalmente de sua liberdade (art. 29 da Lei 1.500/99); o segundo, reparador, é válido quando houver privação ilegal de liberdade de uma pessoa (art. 19 da Lei 1.500/99).

No que atine à modalidade do *habeas corpus* genérico, poderá este ser manejado quando existir retificação de circunstâncias que, não estando contempladas no *habeas corpus* reparador ou preventivo, restrinjam ilegalmente a liberdade ou ameacem a segurança pessoal; ou, ainda, a cessação da violência física, psíquica ou moral que agrave as condições de pessoas legalmente privadas de liberdade (art. 32 da Lei 1.500/99).

Logo, pela leitura do ordenamento paraguaio, também o *habeas corpus* fica limitado às hipóteses de violação direta à liberdade de locomoção.

### 3.8. Peru.

O Peru teve a sua atual Constituição promulgada em 1993. Ela coloca o *habeas corpus* como garantia constitucional (LEMBO, 2020, p. 38), o qual deverá ser utilizado para remediar ato ou omissão de qualquer autoridade que vulnere ou ameça à liberdade individual ou os direitos constitucionais conexos (art. 200, 1).

Por sua vez, a Lei 23.506/82, responsável pelo tratamento do *habeas corpus* no Peru, em seu artigo 12º, traz as hipóteses de manejo do instrumento constitucional. Dentre elas, algumas chamam atenção, como aquela que permite o *habeas corpus* para guardar sigilo sobre convicções políticas, religiosas, filosóficas ou qualquer outra índole; liberdade de consciência e crença; e para não ser sequestrado. Quanto às demais garantias constitucionais, há a ação de amparo (art. 200, 2, da Constituição Peruana).

Há precedente do Tribunal Constitucional Peruano, na Resolución n° 03674-2005-HC/TC, dando conta que o *habeas corpus* não pode ter objeto a proteção abstrata do direito ao devido processo legal, senão que acabe por violar a liberdade de ir e vir.

Portanto, a leitura que se pode fazer é que, considerando que o sujeito esteja em liberdade e, de alguma forma, haja violação ao direito

de defesa ou devido processo legal<sup>63</sup> – sem que haja previsão no artigo 12º da Lei 12.506/82 –, não poder utilizar o *habeas corpus* para resguardo da liberdade indireta.

### 3.9. Uruguai.

A Constituição Uruguia faculta a impetração de *habeas corpus* em seu artigo 17, desde que haja “prisão indevida”<sup>64</sup>. De outro lado, o Código de Processo Penal, ao abordar a questão no artigo 351, revela que o instrumento serve de amparo (tradução livre):

[...] da liberdade pessoal ambulatorial contra todo ato arbitrário de qualquer autoridade administrativa que prive, restrinja, limite ou ameace, assim como para a proteção da pessoa privada de liberdade contra torturas e outros tratamentos cruéis ou condições de reclusão violadoras da dignidade da pessoa humana.

Embora não se admita o *habeas corpus* como meio de impugnação de decisões interlocutórias em caso de réu solto, como ocorre no Brasil, tem-se que o Uruguai possui recurso próprio para impugnação de decisões interlocutórias, a apelação (art. 362 do Código de Processo Penal Uruguio).

Portanto, não há que se falar em manejo do *habeas corpus* para tutela da liberdade indireta no Uruguai, sobretudo ao se analisar o amplo alcance de cognição do recurso de apelação, servindo para impugnação de decisões interlocutórias.

### 3.10. Venezuela.

---

<sup>63</sup> Esses pressupostos, no Brasil alçadas à classificação de garantias fundamentais, são *principios da administração da justiça* no Peru, previstas no artigo 139, itens 3 e 14, da Constituição Política de 1993. Se fossem apontados como garantias fundamentais, como são no Brasil, poderia o prejudicado se valer da ação de amparo para resguardá-las (art. 24º da Lei 12.506/82), mas, considerando que não são, inviável tal hipótese.

<sup>64</sup> Segundo o dispositivo: “En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el Juez competente el recurso de "habeas corpus", a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado.”

A Constituição Venezuelana de 1999, em seu artigo 27, aborda a “ação de amparo à liberdade”, a qual poderá ser manejada por qualquer pessoa. Não há referência específica ao tratamento dado ao *habeas corpus*. Por sua vez, a “Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales” regula a ação de amparo<sup>65</sup> e a expedição do *habeas corpus*, o qual tutelarà a “garantia da liberdade pessoal” (artigo 1º, tradução livre).

A peculiaridade que pode ser extraída dos artigos 38 e 39 é que, quando houver violação à liberdade de locomoção, deverá o sujeito se valer da ação de amparo para ver expedido o mandamento de *habeas corpus*. Poderá se valer do instrumento:

Toda pessoa que for objeto de privação ou restrição de sua liberdade, ou se ver ameaçada em sua segurança pessoal, com violação de garantias constitucionais, tem o direito que um juiz competente, no lugar onde foi executado o ato causador de sua solicitação ou onde encontrar-se preso, expeça um mandamento de *habeas corpus* (art. 39, tradução livre).

Gómez (2002, p. 364) sustenta a possibilidade de que a leitura do dispositivo seja ampliada, não somente aos casos de limitação direta à liberdade, como em casos de gravames restritivos – impedimento de ir a determinados locais, por exemplo –, ou, ainda, no que ele denomina de *habeas corpus internacional*, quando existirem violações de direitos humanos sem mecanismos de reparação.

#### 4 Conclusão

Embora a doutrina aponte que o *habeas corpus*, na América Latina, como um todo, tenha influência da experiência inglesa e norte-americana (BELAUNDE, 1997, p. 05), fato é que, pela leitura feita pelo constitucionalismo ibero-americano, tem-se que há clara variação sobre

---

<sup>65</sup>Segundo o artigo 2º, a ação de amparo poderá ser utilizada contra qualquer ato ou omissão proveniente de órgão do Poder Público que viole, de maneira iminente, garantias tuteladas pela Lei.

o espectro de tutela.

De maneira unânime, os países estudados – e não poderia ser diferente – admitem o uso do *habeas corpus* para questionar atos decorrentes da privação da liberdade do sujeito, inclusive para questionar violações processuais, se o pano de fundo for a liberdade de ir e vir, como entendeu a Corte Constitucional Colombiana e o Tribunal Constitucional Peruano, por exemplo.

Outra peculiaridade que chama atenção é que diversos países (Chile, Equador, Paraguai e Peru) permitem o manejo *habeas corpus* para tutelar a vida e a segurança pessoal daqueles que se encontram sob tutela do Estado.

A Bolívia, por sua vez, admite o instrumento para resguardo da vida e segurança pessoal, ainda que não haja limitação da liberdade e, além disso, a Venezuela, também, sem necessidade de que haja prisão, admite a ação mandamental para aquele que se encontrar ameaçado em sua segurança pessoal.

Todavia, especialmente para o fim que se destina o presente estudo, vê-se que o instrumento brasileiro se diferencia daquele manejado na maioria dos países submetidos ao escrutínio. O Brasil, muito amparado pela “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, acertadamente, seja pela doutrina ou pela jurisprudência, entende viável a impetração para controle da legalidade da ação penal, ainda que o sujeito responda em liberdade ao feito.

De maneira similar, vemos a garantia do *habeas corpus* na Bolívia, em que há expreso permissivo nas hipóteses em que há “*indevido processamento*”. Nas Constituições que permitem o uso do *writ* nos casos de iminência de prisão – como no Equador e Venezuela –, de certa forma, seria viável, tal como ocorre no Brasil, a construção de doutrina viabilizando o manejo para questionar nulidades existentes no processo.

Isto porque, a partir do momento em que ao cabo da ação penal, o sujeito poderá ser restrito de sua liberdade de alguma forma, é cabível o *habeas corpus* como forma de evitar possível violação ao *ius libertatis*.

Aliás, não só a questão é melhor interpretação pela ampla defesa, como também será para fins de tutela judicial efetiva. Ao se impetrar *habeas corpus* e questionar imediatamente o ato ilegal, permite-se, com certa celeridade, que o ato seja refeito. Aliás, a possibilidade de impugnação imediata de decisões interlocutórias é tão importante que

o Uruguai, por seu artigo 362, do Código de Processo Penal, possibilita ao jurisdicionado o manejo de apelação.

Daí, nos parece que o instrumento brasileiro, de maneira muito similar ao Boliviano, é o mais correto e atende melhor aos fins que se destina. Faculta-se, em consonância com a garantia da ampla defesa, o manejo do *habeas corpus* como garantidor da efetividade do devido processo legal.

## Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El habeas corpus o recurso de amparo**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 102. Octubre – Diciembre, 1998.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Disponível em: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/ar\\_6000.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf). Acesso em: 02 de junho de 2021.

ARGENTINA. **Ley nº 23.098, de 28 de setiembre de 1984**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48612/norma.htm>. Acesso em: 02 de junho de 2021.

BELAUNDE, Domingo Garcia. **El habeas corpus na America Latina (algunos problemas y tendencias recientes)**. Revista de Estudios Políticos. Núm. 97. Julio-Septiembre 1997.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado**. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf). Acesso em: 02 de junho de 2021.

BOLÍVIA. **Ley del Tribunal Constitucional, de 1 de abril de 1998**. Disponível em: <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-1836.html> Acesso em: 02 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 193.726 PR – Primeiro AgR. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em: 15.04.2021.

Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6043118>.

Acesso em: 18 de maio de 2021.

**CHILE. Constitución Política de la República de Chile.**

Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_chile.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf).

Acesso em: 02 de junho de 2021.

**COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia.** Disponível em:

<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>.

Acesso em: 02 de junho de 2021

**COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença nº T-046/1993.**

Disponível em:

[https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-046-](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-046-93.htm)

93.htm. Acesso em: 15 de maio de 2021.

**COLÔMBIA. Ley 1.095, de 2006.** Disponível em:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=22087#:~:text=Define%20el%20H%C3%A1beas%20Corpus%20como,o%20esta%20se%20prolongue%20ilegalmente>. Acesso em: 02 de junho de 2021

**CUBA. Constitución de la República de Cuba.** Disponível em:

<http://www.cuba.cu/gobierno/NuevaConstitucion.pdf>. Acesso em

02 de junho de 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

**EQUADOR. Constitución de la republica del Ecuador.**

Disponível em:

[https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf). Acesso

em: 02 de junho de 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO; Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal** – 7. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Thompson Reuters, 2018.

GÓMEZ, Rutilio Mendonza. **El habeas corpus en Constitución Venezolana de 1999**. In: VEGA GÓMEZ, Juan; CORZO SOSA, Edgar. **Instrumentos de tutela y justicia constitucional**. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. 2002.

HENRIQUEZ VINAS, MIRIAM LORENA. *¿HACIA UNA AMPLIACIÓN DEL HÁBEAS CORPUS POR LA CORTE SUPREMA?* **RDU CN**, Coquimbo, v. 20, n. 2, p. 421-437, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532013000200016&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200016&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em: 23 de maio de 2021. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200016>

LEMBO, Cláudio (coord.); CAGGIANO, Monica Herman (organiz.). **Constitucionalismo moreno: incursão no constitucionalismo sul-americano**. 1ª Edição, Barueri: Manole, 2020.

LOJÁN, Juan Pablo Requielme. **Habéas corpus: derecho a la vida, derecho de protección, responsabilidade del Estado y reparación a la víctima, frente a la desapaición forzada de peronas**. Trabajo de tesis para maestria de derecho pena y criminologia. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Ambato, Ecuador. 2021, pág. 69.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. SaraivaJur, 2020. 17ª Edição, São Paulo.

MATAMOROS, Mylai Burgos. **A nova Constituição da República de Cuba: Autogoverno republicano, democrático, socialista e fraternal**. Revista Culturas Jurídicas, Vol. 6, Núm. 13, jan./abr., 2019.

MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**.

Tomo I. 7 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

PARAGUAI. **Constitución del Paraguay.** Disponível em: <https://www.google.com/search?q=constituci%C3%B3n+paraguay&oeq=constitucion+paragua&aqs=chrome.1.69i57j0j0i10i22i30l2j0i22i30l6.3939j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 02 de junho de 2021.

PARAGUAI. **Ley nº 1.500, 1999.** Disponível em: <https://py.vlex.com/vid/ley-n-1-500-641256273>. Acesso em: 02 de junho de 2021.

PERU. **Constitución Política de Peru.** Disponível em: <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>. Acesso em: 02 de junho de 2021.

PERU. **Ley nº 23.506, de 1982.** Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opedocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52cbc4d44>. Acesso em: 02 de junho de 2021.

PERU. Tribunal Constitucional. Resolución nº 03674-2005-HC/TC. Publicación: 07.04.2006. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03674-2005-HC.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 4. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

URUGUAI. **Constitución de la republica.** Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em: 02 de junho de 2021.

URUGUAI. **Código del Proceso Penal.** Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos?page=1>.

Acesso em: 02 de junho de 2021

VENEZUELA. **Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela.** Disponível em:

[https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_venezuela.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf). Acesso em: 02 de junho de 2021.

VENEZUELA. **Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.** Disponível em:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1877.pdf>. Acesso em: 02 de junho 2021.

# O ACESSO A ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL HUMANO: CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO E JURISDIÇÃO

CARLOS ALBERTO LUNELLI<sup>66</sup>  
ISMAEL TELLES FERREIRA<sup>67</sup>

## 1 Introdução

Se observou que a inserção da proteção ambiental nos textos constitucionais, intensificou um movimento de reconhecimento e valorização do bem ambiental, até em razão dos diversos tratados internacionais destinados à formulação de proposições e deliberações mundiais para garantir a preservação ambiental.

A presente investigação científica se dará, pelo método hermenêutico com pesquisa em fontes bibliográficas, obras específicas e artigos científicos. O objetivo é demonstrar a necessidade premente de se inserir no texto constitucional a proteção do bem ambiental, no caso, do acesso à água potável como direito fundamental humano, concluindo-se, ao final, que embora as normas constitucionais padeçam de efetividade, pois atreladas à decisões políticas, judiciais e econômicas, que carregam notável componente ideológico, esta é uma ação que trará ferramentas ao cidadão para a promoção da proteção do bem ambiental, além de subsidiariamente, promover a disseminação de

---

66 Doutor em Direito e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Atualmente é professor titular da Universidade de Caxias do Sul, no Mestrado e Doutorado em Direito, ministrando as disciplinas Processo Ambiental e Jurisdição Ambiental e Novos Direitos. No Curso de Direito, ministra a disciplina de Direito Processual Civil. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Processual Civil, Direito Ambiental, Processo Constitucional e Políticas Públicas. E-mail: calunelli@gmail.com

67 Advogado. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), com aderência à linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos. Membro do Grupo de Pesquisa Alfajus (UCS). E-mail: ismatferreira@gmail.com

uma nova postura ambiental, hábil a efetivar os reclames em prol do bem ambiental e da manutenção da vida.

## 2 O direito humano fundamental de acesso à água potável

Água é sobrevivência, saúde, dignidade humana, além de possibilitar a manutenção da biodiversidade. Por evidente, a água doce e potável é o bem mais precioso, não apenas para os seres humanos. Neste sentido, Luiz Carlos Guimarães (2007, p.14), argumenta que todos os recursos ambientais são importantes, pois se trata de um único ecossistema, todavia, ressalta que sem a água, o ser humano vive apenas de três a cinco dias; e, o oxigênio, que sem ele, uma pessoa morre em torno de 15 (quinze) minutos.

A conservação e valorização das águas foi reconhecida pela Organização das Nações Unidas, através da *Resolução A 64/292*, de 28.07.2010, onde a água potável é um direito humano essencial, fundamental e universal, como “condição para o gozo pleno da vida e dos direitos humanos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010).

Vale lembrar que a ONU trouxe os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável-ODS, onde o sexto objetivo, assim aborda “*garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos*” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010)<sup>68</sup>.

Como se vê, no plano internacional dos direitos, as Resoluções da Organização das Nações Unidas - (ONU, 2010), sobre a água potável, a partir do ano de 2010, passou ela a ser considerada como um direito humano, e não mais como uma mercadoria, ou simplesmente, como uma necessidade humana. Contudo, tais orientações internacionais, tipificam-se como *soft-law*, ou seja, não há uma obrigatoriedade para com os Estados aderentes a ONU, o que, por vezes, acaba se tornando uma norma vazia.

Países como Equador e Bolívia constitucionalizaram tais diretivas

---

<sup>68</sup> Para maiores informações sobre o objetivo 6, acessar: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 03 jun. 2021.

da ONU. Mas, para além disto, o Uruguai estabeleceu em sua Constituição, no artigo 47<sup>69</sup>, que a “*água é um recurso natural essencial para a vida e que o acesso a água potável e ao saneamento constituem direitos humanos fundamentais.*”. (URUGUAI, 1967).

No Brasil, em que pese exista previsão constitucional de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, através do art. 225<sup>70</sup>, ainda não há previsão específica sobre o acesso à água potável possuir um *status* de direito humano fundamental. Porém, tramita no Senado Federal, Proposta de Emenda à Constituição n° 4, de 2018 (BRASIL, Senado Federal, 2018)<sup>71</sup>, do Senador Jorge Viana e outros, que inclui, na Constituição Federal, o acesso à água potável entre os direitos e garantias fundamentais.

A referida Proposta de Emenda à Constitucional - PEC inclui o inciso LXXIX ao art. 5° da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que trata dos direitos e garantias fundamentais, para estabelecer que *é garantido a todos o acesso à água potável em quantidade adequada para possibilitar meios de vida, bem-estar e desenvolvimento socioeconômico*. Cabe ainda explicitar que a proposta de emenda à Constituição já tem parecer favorável da Comissão de Constituição de Justiça do Senado, estando com andamento acelerado, porém, aguarda-se pauta para votação em Plenário, desde maio de 2019 (BRASIL, Senado Federal, 2018).

Portanto, a Proposta de Emenda à Constituição, trará a água potável o *status de direito humano fundamental*, reforçando o marco regulatório

<sup>69</sup>Artigo 47. La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales. (URUGUAI. Constitución da República Oriental do Uruguai de 1967).

<sup>70</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

<sup>71</sup> Para conhecimento do texto da PEC ver. BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7949552&ts=1567534424843&disposition=inline>> – Acesso em: 04 jun. 2021.

doméstico e políticas públicas voltadas à universalização do acesso à água no Brasil. Tal medida também é necessária e oportuna para se opor à tendência de aumento de impostos, custo da água que se verifica em diversos países, e sua privatização, impondo assim, barreiras ao seu acesso para as pessoas hipossuficientes.

Na Seara do Poder Judiciário, destacam-se o julgado do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 607.056/RJ, de 10 de abril de 2013<sup>72</sup>, os precedentes, Ação Direta de Inconstitucionalidade 567 de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, e da ADI nº 2.224-5-DF, Relator o Ministro Néri da Silveira, cujas decisões objetivaram a definição da natureza jurídica do fornecimento da água potável, como sendo um serviço público essencial e não mercantil. O que, via de regra, corrobora que o fornecimento de água potável é uma obrigação do Estado, sendo um bem público inalienável e essencial a vida da humanidade.

Neste sentir, a importância da constitucionalização do acesso à água, pode-se dizer, que também deriva do fato de que, somente a partir da Constituição Federal/88, que se garantiu às águas subterrâneas a extinção do domínio privado e, que, em 08 de janeiro de 1997, através da Lei nº 9.433, a União instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, criando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, o que gerou maior garantia na preservação do recurso hídrico, assim como sua gestão.

Isso porque, o art. 1º da Política Nacional trouxe categoricamente “que a água é um bem de domínio público” (BRASIL, 1997), e antes da Constituição Federal de 1988, a legislação brasileira tratou a água

---

72 “EMENTA: Tributário. ICMS. Fornecimento de água tratada por concessionárias de serviço público. Não incidência. Ausência de fato gerador.

1. O fornecimento de água potável por empresas concessionárias desse serviço público não é tributável por meio do ICMS. 2. As águas em estado natural são bens públicos e só podem ser exploradas por particulares mediante concessão, permissão ou autorização. 3. O fornecimento de água tratada à população por empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não caracteriza uma operação de circulação de mercadoria. 4. Precedentes da Corte. Tema já analisado na liminar concedida na ADI nº 567, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, e na ADI nº 2.224-5-DF, Relator o Ministro Néri da Silveira. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. [...]”

como recurso inesgotável e meio para geração da energia, demonstrando um legado individualista e patrimonial.

Neste sentido, Vladimir Passos de Freitas, afirma que:

A legislação brasileira sobre águas, antes de 1988, moldava-se mais à visão de inesgotabilidade delas e preocupava-se, primordialmente, com o uso dos recursos hídricos para fins de produzir energia. Entretanto, não se pode ignorar que a água é um elemento indispensável ao ser humano, não só para a própria vida, mas também para as inúmeras atividades que exerce, tais como pesca, agricultura, a indústria. (FREITAS, 2002, p. 24).

Doutro lado, na Organização dos Estados Americanos, foi aprovada em 5 de junho de 2012, a Resolução “Direito humano à água potável e ao saneamento”, no mesmo contexto da Resolução A 64/2952 da ONU. Brzezinski comenta que em ambas as resoluções não há uma definição precisa sobre o conteúdo do direito humano à água, que “apenas há uma recomendação para que os Estados “continuem trabalhando” para garantir o acesso à água e ao saneamento”, não havendo nenhuma definição quanto ao papel do Estado. Aditou ainda, ressaltando as explicações do representante dos EUA<sup>73</sup>, que constaram como nota de rodapé, a título de reservas, na Resolução, aduzindo que “não é preciso declarar um “direito a alguma coisa”, quando a coletividade já conta com os serviços para satisfazer

---

<sup>73</sup> O direito à água potável segura e ao saneamento não está protegido na nossa Constituição, nem está sujeito a julgamento nos tribunais dos EUA, embora diversas leis dos EUA protejam os cidadãos contra água contaminada. Como objeto de política pública, o nosso povo criou uma sociedade na qual existe a expectativa generalizada de que todos devem ter acesso à água potável e ao saneamento. Autoridades públicas nos EUA adotam medidas significativas para fornecer acesso à água potável segura e ao saneamento. Embora compartilhem muitas das preocupações e das metas expressas nesta resolução, devemos lembrar nossa preocupação com a caracterização do direito à água potável segura e saneamento. A redação da resolução sugere erroneamente uma relação hierárquica entre direitos humanos, contrariamente ao princípio amplamente reconhecido de que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser tratados em pé de igualdade. Aachamos que esta resolução deveria afirmar que o direito é derivado dos direitos humanos contidos nos instrumentos internacionais existentes. Também nos preocupa que esta resolução possa erroneamente sugerir que os governos podem “garantir” direitos humanos.



suas necessidades mais básicas. A declaração é dispensável se o seu objeto é realizado por meio de políticas públicas.” (BRZEZINSKI, 2012. p.70-71).

Especificamente em relação a Resolução A64 da ONU, mais uma vez, Brzezinski, aponta crítica, ao fundamento de que a norma não incorporou “pontos importantes da Observação Geral n. 15, como a ideia de que a água também é bem social e cultural e de que o direito à água deve ser realizado de forma progressiva e sustentável.” Apontou ainda, que a interpretação foi diversa, prevalecendo “a noção da água como bem com valor econômico e a redução de toda a questão do direito humano à água aos imperativos tecnológicos e financeiros.” (BRZEZINSKI, 2012. p. 66).

Por tudo isso, fica claro que existem muitas controvérsias sobre ser a água um direito fundamental humano, ou mais, para além disso, ou seja, como os Estados tornarão este direito efetivo. Todavia, este fato, acaba por refletir outros aspectos, como muito bem ressalta Sánches Bravo e Cervi, onde “os problemas da água não são, como alguns argumentam, apenas um problema de escassez, mas sim nascem da desigualdade, da pobreza.” Adiante, acrescentam que “o acesso à água potável e ao saneamento pode promover ou retardar o desenvolvimento humano, determinando o que as pessoas podem ou não fazer.” (BRAVO; CERVI, 2019. p. 11-12).

Portanto, o problema da água não passa apenas pela escassez, mas também pela desigualdade que gera entre as classes mais pobres do mundo, que além da falta de água potável, sequer possuem saneamento básico. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, mais de um quarto das mortes de crianças com menos de cinco anos são causadas por fatores ambientais como poluição, falta de saneamento e uso de água imprópria para o consumo. Anualmente, 1,7 milhão de meninos e meninas nessa faixa etária morrem porque vivem em locais insalubres. A OMS, ainda alertou que as causas mais comuns de mortes entre crianças de um mês até cinco anos são diarreia, malária e pneumonia. (OMS, 2017).

Portanto, o direito fundamental humano a água, da maneira que as normas internacionais estão sendo construídas, ditadas por uma superficialidade reguladora, cristalina o que propõe Brzezinski, ou seja, que “a proclamação do direito humano à água é um exemplo do que

Robert Kurtz chamou de “paradoxo dos direitos humanos”, segundo o qual o sujeito de direitos é o ser humano solvente, aquele que pode participar de relações sociais de um sistema produtor de mercadorias.” (BRZEZINSKI, 2012, p. 78).

Portanto, como se viu ao longo do texto, não há no Brasil norma constitucional, nem infraconstitucional, que possa delinear ao menos uma possibilidade de sustentação deste direito fundamental humano à água, mas, pelo contrário, sequer trata o cidadão como usuário de água, o trata legalmente como consumidor, em clara mercantilização da água, e da vida. Sendo assim, na contramão desta mercantilização dos recursos naturais, se verá, a seguir, uma nova consciência ambiental nascendo, tendo a natureza como sujeito de direitos, devidamente reconhecida pelo movimento constitucional latino-americano.

### **3 A constitucionalização do bem ambiental: a natureza como sujeito de direitos**

Com o passar dos tempos, a sociedade escravizou e exterminou legiões de pessoas, especialmente do continente africano que, depois, foram reconhecidas como sujeitos de direitos. Igualmente a população indígena, que também enfrentou semelhantes barbaridades, ainda experimenta os desmandos da falta de proteção específica e efetiva, todavia, faz-se ouvir e acena para novos contornos em sua proteção. No mesmo andar, a natureza, sempre subjugada em interesse da economia e da satisfação das necessidades do homem, restou exterminada em muitas regiões do planeta, ao passo que, outra evolução resta sentida nesse momento: a natureza como sujeito de direitos. Para Reato; Calgaro e Steinmetz, está evidente que:

Percebe-se que há uma solicitude em mudar a ideia de que o ser humano pode se servir do meio ambiente desatento às consequências de suas intervenções, apesar da visão de que o homem é o centro ainda ser preponderante na maioria dos Estados, uma vez que tal paradigma foi majestoso por séculos. Ocorre que, em um itinerário histórico recente, desenvolveu-se na América Latina um constitucionalismo de caráter ecocêntrico, o qual detém nas Constituições um caráter inovador no que diz respeito à proteção ambiental, visto que apresenta

um novo núcleo de valores, desta vez centrado na natureza. (2020, p. 134).

Esse viés “ecocêntrico” vem reproduzido nas constituições latino-americanas, ou seja, a proteção do bem ambiental, concretizou-se ao longo das últimas décadas, na seara dos direitos fundamentais, da natureza como sujeito de direitos como previsto nas constituições da Bolívia e Equador. No mesmo sentido é o caso da Constituição Boliviana, cujo referendo ocorreu em 2009, revela refundar uma nova Bolívia, estabelecendo em um capítulo próprio os “Direitos da Natureza”, trazendo o direito ao meio ambiente saudável, protegido e equilibrado, legitimando, de forma individual ou como representante de uma coletividade, os atores processuais que podem exercer as ações legais em defesa do meio ambiente.

Calha destacar que estes países andinos, possuem forte influência e inspiração indígena de povos nativos que sobreviveram a todas as intempéries e barbáries dos desbravadores e imigrantes europeus, que sobressai o compromisso e o respeito à mãe natureza, por eles denominada “Pacha Mama”. Neste sentido, Alberto Acosta observa que experiências frustradas no modelo econômico de diversos países, ditos desenvolvidos, originaram refugiados, miséria, revoluções e outras crises de ordem social e também contribuíram para que fosse estabelecida uma nova dimensão do crescimento e seus limites, com a proteção da “mãe-terra”, que adquire o escopo de sujeito de direitos. Basta observar que pelo modelo então praticado, a abundância de recursos ambientais não afastou das mesmas nações a miséria de seus povos (2009, p. 15).

Essa consequência maléfica da abundância de recursos naturais, que gera pobreza poderá ser superada através de um novo modelo de equilíbrio entre o uso dos recursos ambientais e a conservação dos ecossistemas, dando vez e voz à natureza, que, adquirindo personalidade jurídica própria, permite uma maior tutela estatal. E sendo assim, o entendimento da personalidade jurídica da natureza é afirmada pelo mesmo autor, ao estabelecer que:

Cualquier sistema legal apegado al sentido común, sensible a los desastres ambientales que hoy en día conocemos [...] tendría que

prohibir a los humanos llevar a la extinción a otras especies o destruir a propósito el funcionamiento de los ecosistemas naturales. [...] la Naturaleza nos es solamente un conjunto de objetos que podrían ser la propiedad de alguien, sino también un sujeto propio con derechos legales y con legitimidad procesal. (2009, p. 20).<sup>74</sup>

Para Eugenio Raul Zaffaroni as Constituições do Equador e da Bolívia, estabelecem que qualquer cidadão, em que pese em uma ser direito tácito e outro expresso, possua autonomia para subscrever, em prol do ambiente, a defesa dos direitos, assim afirmando:

Es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de persona, en forma expresa en la ecuatoriana y tácita en la boliviana, pero con iguales efectos: cualquiera puede reclamar sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que es primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos. (2010, p.120).<sup>75</sup>

Esse padrão de estabilidade que toma por base o conhecimento dos povos indígenas alicerça-se na construção de uma compreensão comunitária de bem-estar, denominado *buen vivir*. Para Silva e Calgaro:

A construção do *buen vivir*, como ciência nativa, base ético-filosófica e, finalmente, projeto sociopolítico e ambiental é uma tarefa evidentemente descolonizadora, na medida em que institui uma cosmovisão alternativa, oriunda de uma matriz comunitária e biocêntrica. Entretanto, a redefinição da civilização, a partir da noção de *buen vivir*, não é fruto de uma determinada cultura, mas um esforço

---

<sup>74</sup>Tradução livre dos autores: “Qualquer sistema legal ligado ao bom senso, sensível aos desastres ambientais que conhecemos hoje [...] teria que proibir os humanos de levar outras espécies à extinção ou destruir propositalmente o funcionamento dos ecossistemas naturais. [...] A natureza não é apenas um conjunto de objetos que poderiam ser propriedade de alguém, mas também um sujeito próprio com direitos legais e legitimidade processual.

<sup>75</sup> Tradução livre dos autores: “É muito claro que em ambas as constituições a Terra assume a condição de pessoa, expressa na forma equatoriana e tácita na Bolívia, mas com o mesmo efeito: qualquer pessoa pode reivindicar seus direitos, sem ser obrigada a ser pessoalmente afetada, presumivelmente é um primário se for considerado um resultado humano exclusivo”.

coletivo, que emparelha diversas visões alternativas de mundo. A busca por uma vida boa é uma preocupação que remonta à teoria aristotélica (em que pese, esta tenha lançado as bases do modelo ocidental), passando pelos povos andinos, guaranis, aimarás, maias, aborígenes, por Gandhi, pelas diversas estirpes do ecofeminismo [...]. (2017, p. 66-67).

Na América do Sul, países como a Argentina, através da Reforma Constitucional de 1994 e o Paraguai, na promulgação de sua Constituição em 1992, dedicaram capítulos específicos ao meio ambiente. Já no Brasil, a Constituição promulgada em 1988, em que pese contemple um modelo antropocêntrico, não reconhecendo ao ambiente uma personalidade jurídica própria, embora possa integrá-lo em todo o sistema jurídico infraconstitucional.

Esse novo modelo de constituições latino-americanas, em sua grande parte, atribui maior significado a condição da vida, ao bem-estar, a religiosidade, inclusive do respeito aos povos e aos demais seres vivos, em oposição ao crescimento econômico desenfreado, integrando e compartilhando com as comunidades indígenas e nativas, um horizonte de novas perspectivas que favoreçam os valores sociais e o desenvolvimento coletivo, num pacto de solidariedade entre as pessoas e as nações. Essa compreensão de bem-estar ou a construção desse novo marco, denominado *buen vivir*, rompe com a perspectiva antropocentrista e insere uma compreensão ecocêntrica, que coloca o homem em igual patamar ao dos demais seres, forjando uma interdependência com a natureza que reclama uma nova organização econômica, jurídica e social.

No entanto, assim como no Brasil, a constituição não reserva em seu texto um destaque à natureza como sujeito de direitos, todavia, isso não permite que o País, ou outras nações na mesma hipótese sejam desdidas com a proteção ambiental ou com o planejamento de um crescimento norteado na sustentabilidade. Ocorre que, a constitucionalização da natureza como sujeito de direito, ou ainda, de maneira mitigada, como a constitucionalização do acesso a água potável como direito fundamental, traz além da previsão legal, instrumentos jurídicos à disposição dos atores ambientais para a promoção da proteção dos recursos naturais, de forma muito mais

segura, do que se não houvesse previsão.

Logo, questões brasileiras de jurisdição e aplicação da norma constitucional e até infraconstitucional, sobre efetividade e garantia da proteção ambiental, seja como sujeito de direito ou não, guarda matéria para outra seção, que será tratado adiante com mais propriedade.

#### **4 Perspectivas para a proteção jurisdicional do ambiente**

Até aqui operou-se importante percepção do acesso à água como direito fundamental; da evolução social em diversos sentidos, quer seja na adoção de textos constitucionais mais contundentes para a proteção do ambiente, alçando a natureza à condição de sujeito de direitos, o que é o caso das constituições latino-americanas antes mencionadas.

Quando a compreensão social da necessidade de proteção ambiental falta, é distorcida, omitida ou é esquecida, o Direito, como ciência, é chamado para prestar a jurisdição e promover, pela via do próprio Estado, a proteção ambiental almejada pela sociedade e transcrita nas normas constitucionais, infraconstitucionais ou em outras fontes de direito. Através da compreensão e da interpretação das normas, a jurisdição, que é o ato de dizer o direito, toma por base também as lacunas ou as indeterminações da lei. A compreensão é, pois, atividade inerente ao saber jurídico, constituindo a sua própria essência. O caráter transcendental da compreensão representa-se especialmente pela inserção do agente no processo, que faz parte do compreender, interagindo e fazendo com que a compreensão termine por representar uma experiência existencial ao próprio agente.

É ainda necessário lembrar que a vida acontece desinteressada dos ordenamentos jurídicos, inclusive daqueles de cunho ambiental. Por isso, as inovações que em todo instante surgem também forçam a interpretação da lei existente, modificando o sentido que lhe foi anteriormente conferido. E essa lei, ou a própria jurisdição, deve voltar-se à compreende a especialidade que é intrínseca do próprio bem ambiental, cuja principal característica é a irreparabilidade do dano, que por sua vez, pode ser inclusive atemporal. Está o bem ambiental umbilicalmente ligado à vida e à própria harmonia da convivência social.

Pode-se compreender que a efetividade do Direito Processual para

a proteção do bem ambiental passa, primeiramente, pela necessidade de compressão de que tal direito deve ser assim aceito pela sociedade. Outro importantíssimo fator que deve ser levado em conta para a efetividade da jurisdição é a ideológica, a influência da ideologia. Querer impor à ciência processual a obrigatoriedade da incansável busca da efetividade é por demais gravoso, quando se observa como foi a evolução das normas processuais ao longo dos séculos, sempre voltado à jurisdição no modelo individualista e que agora, depara-se com a necessidade de proteger um bem que a todos pertence.

Neste sentido, verifica-se que a dificuldade da prestação jurisdicional, de conferir a necessária utilidade à atividade, é a marca das ações ambientais existentes em nosso ordenamento, muito mais atrelado ao devido processo legal e suas formalidades, do que no propósito de dirimir o litígio apresentado. Para Arruda Alvim:

Se a nossa sociedade – da mesma forma que muitas outras –, vive uma época de crise, exatamente existente – dentre muitas razões – por causa do descompasso que se observa entre o aparato estatal e o número de jurisdicionados e as expectativas destes em relação ao Estado, o que demandaria um aparelhamento do Estado muitíssimo maior, coloca-se como manifesto que as instituições de que a sociedade dispõe, têm de transmutar-se em suas funções e tomarem-se adequadas, apesar, senão justamente por causa do gigantismo da sociedade. (1999, p. 43).

Resta incontroverso que estão assentados no ordenamento pátrio o reconhecimento da proteção ambiental, firmando-se o debate de sua efetivação ela via judicial, que encontra óbice na estrutura judicial e no apego às formalidades processuais. No entanto, o Poder Judiciário não é o vilão da história ou nele não podem ser debruçadas todas as frustrações, já que boa parte delas poderia ser resolvida pela atuação dos poderes Executivo e Legislativo, que não o fazem pelas mais diversas razões. E essa omissão impõe ao Judiciário a obrigação de efetivar as mais diversas políticas públicas, agravadas pela crescente demanda de consumo e pelos meios que permitem, nas entrelinhas ou na omissão, a burla da legislação existente, sem que se alcance sancionar aquele que pratica a ilegalidade em desfavor do cidadão ou do bem ambiental, manifestando expressamente os contornos ideológicos

antes debatidos.

A presença implícita da “ideologia” na jurisdição, permite compreender as decisões de cunho ambiental, que por vezes conformam-se com a degradação ou o dano, sob a ótica de que o fato está consumado ou, ainda, conforma-se a partir da afirmação de que o dano econômico ocasionado pelo fechamento de determinado empreendimento teria desdobramentos sociais muito mais nefastos de que a própria questão ambiental. Está exposto, assim, o pensamento do operador do direito à influência que experimenta por elementos de natureza social e cultural.

O componente ideológico do processo não é percebido pelo operador, porque é da essência da ideologia a dissimulação: aquele que está envolvido no processo não é capaz de reconhecê-la, como afirma Paul Ricoeur: “A ideologia designa, então, inicialmente, alguns processos dissimulatórios, distorcidos, pelos quais um indivíduo ou um grupo, expressa a sua situação, mas sem o saber ou sem o reconhecer” (1986, p. 66). Vania Aieta considera que:

Não há norma jurídica, por mais clara e evidente, que não demande uma interpretação. O legislador apresenta uma “linguagem seca”. Por isso, o juiz e o aplicador do Direito têm a tarefa de dar vida à norma. Na análise da problemática da hermenêutica constitucional, três alicerces constituir-se-ão como fundamentais à boa e correta compreensão da norma. São eles: o texto em si (corpus da norma), o intérprete (e, conseqüentemente, seu legado pessoal) e a interpretação. Deve-se considerar também que a interpretação constitucional apresenta um perfil peculiar, por contém em seu bojo um conteúdo ideológico. (2017, p. 07).

Os dias atuais reclamam uma jurisdição ambiental que seja compatível com a contemporaneidade e seja sensível às mazelas que atingem a sociedade, como o consumismo desenfreado, que não cede, nem mesmo frente à finitude dos recursos ambientais. Isso parece uma meta inatingível. Investigar as raízes históricas da proteção ambiental, ao longo das últimas décadas, em especial após a Grande Guerra, bem como perceber o Direito como ciência do espírito, numa dimensão hermenêutica, permite a interpretação da norma legal em maior



consonância com o que a proteção ambiental almejada.

Observa-se um distanciamento entre o Direito e a realidade social, o que faz com que essa análise passe pela questão política, ideológica e principalmente, pela economia, além das características históricas, culturais, sociais que são dominantes em determinado grupo social.

As questões ambientais postas ao Judiciário possuem uma feição intimamente ligada à vida, à própria manutenção da existência dos seres vivos e principalmente, da expectativa do legado ambiental e social para as próximas gerações. Esse é um grande desafio do direito, em romper com a atual sistemática do processo nas ações ambientais, emprestando esforços necessários à efetiva proteção.

No entanto, não cabe apenas ao Direito essa imposição da efetiva proteção do bem ambiental e o reconhecimento de sua importância. Os entes públicos e privados, as classes políticas e a economia devem imprimir as premissas da solidariedade, da fraternidade, da proteção à cidadania e da dignidade da pessoa em seus atos, suas gestões de administração e nos seus investimentos, de modo que o Judiciário deva contribuir para a proteção do bem ambiental e não ser o principal ator.

## **5 Conclusão**

Após intensa análise acerca das doutrinas básicas utilizadas, se compreendeu em um primeiro momento que necessariamente e de forma urgente a humanidade precisa transpor a era do consumo hedonista, por prazer, representada pela era do bem-estar, diga-se, consequência da revolução industrial, a fim de que passe a ter consciência ambiental e assim, respeito sobre a finitude dos recursos naturais, em especial a água.

Ainda, apurou-se a evolução das constituições latino-americanas quanto a guarda e proteção da natureza como sujeito de direitos, bem como a forte influência da ideologia na jurisdição ambiental, o que traz graves problemas de atribuir-se efetividade a proteção ambiental e da própria efetividade da norma constitucional e infraconstitucional.

Diante desta perspectiva e do problema de pesquisa, conclui-se que é necessária e urgente a transformação do acesso a água potável em direito fundamental humano constitucionalmente. Isto porque, mesmo diante dos problemas de jurisdição e da falta de efetividade na norma,

entre outros aqui tratados, a previsão constitucional facilitaria o cumprimento imediato da norma, justamente por ser direito fundamental, assim como forneceria instrumentos legais na defesa dos direitos daqueles que mais necessitam da água e de justiça social.

## Referências

ACOSTA, Alberto. **Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces**. A manera de prólogo. In ACOSTA, Alberto; MARTINEZ, Esperanza (Org). *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*. Primera edición Editorial Universidad Bolivariana. p. 15-23. Santiago: Ediciones Abya-Yala, 2009.

AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da política**. A falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALVIM, Arruda. **A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões**. In *STJ 10 anos: obra comemorativa 1898 – 1999*. P. 37-47. Brasília (DF): Superior Tribunal de Justiça (STJ). 1999.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (AG). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/> . Acesso em 03 jun. 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (AG). **Resolução 64/292**. AG Index: A/RES/64/292, 28 de julho de 2010. Disponível em: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292). Acesso em 03 jun. 2021.

BRASIL, **Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm). Acesso em 04 jun. 2020.

BRASIL, **Senado Federal**, 2018 – Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

[getter/documento?dm=7949552&ts=1567534424843&disposition=inline](#). Acesso em 04 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição: República Federativa do Brasil de 1988.**

Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 04 jun. 2021.

BRAVO, Álvaro A. Sánchez e CERVI, Jacson Roberto. A política nacional de águas: em busca do reconhecimento da água como direito humano fundamental. In. **Direito à água e cidades** / Talden Farias, José Irivaldo Alves O. Silva (organizadores). - João Pessoa: Editora UFPB, 2019.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia N. L. **O Direito à Água no Direito Internacional e no Direito Brasileiro.** Niterói: Confluências, v. 14,

n. 1, dez. 2012. p.78. Disponível em:

<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/File/296/240>. Acesso em 08 jun. 2021.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Águas-aspectos jurídicos.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. **Desafios jurídicos na proteção do sistema Aquífero Guarani.** São Paulo: LTr. 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS - 2017.

Poluição e falta de saneamento matam 1,7 milhão de crianças por ano. Disponível em <https://nacoesunidas.org/poluicao-e-falta-de-saneamento-matam-17-milhao-de-criancas-por-ano-diz-oms/>. Acesso em 08 jun. 2021.

REATO, Talissa Trucolo; CALGADO, Cleide; STEINMETZ, Wilson. **A relevância da pré-compreensão ecocêntrica como variável interpretativa constitucional na mensuração da intensidade da proteção ambiental estatal na América Latina.** In Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 12, nº 28, set-dez.

2020. p. 123-141. Recife: Faculdade Damas de Instrução Cristã, 2020.

RICOEUR, Paul. **Ideologia e Utopia**. Tradução de Teresa Louro Perez. Rio de Janeiro: Edições 70. 1986.

SILVA, Diego Coimbra Barcelos da; CALGARO, Cleide. **A utopia progressista em face do projeto político-econômico do buen-vivir na América Latina**. In Revista REDES - Revista eletrônica direito e sociedade, v. 5, 2017. p. 59-74. Canoas: UNILASSALE, 2017

URUGUAI. **Constituição**: República Oriental do Uruguai. Constitución 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004. Disponível em:  
[https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/siteal\\_uruguay\\_3001.pdf](https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_uruguay_3001.pdf). Acesso em 06 jun. 2021.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl Zaffaroni. **La naturaleza como persona**: Pachamama y Gaia. In BOLIVIA. Nueva Constitución del estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo. Idón Moisés Chivi Vargas (coord.). p. 109-127. Bolívia, La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010.

# POLÍTICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS NO BRASIL: SOLUÇÕES NEGOCIADAS E TECNOLOGIA

FERNANDA BRAGANÇA<sup>76</sup>  
JULIANA LOSS<sup>77</sup>

## 1 Introdução

A crise provocada pela pandemia da Covid-19 colocou ainda mais em evidência a necessidade de proteção e garantia de direitos sociais como a saúde, a educação, a manutenção do emprego e renda. Em todo o mundo, aparece um interesse investigativo crescente por projeções para sistema de justiça pós-Covid-19 e, de fato, este deverá estar ainda mais antenado à tutela desses direitos.

Além da questão sanitária, a pandemia também impactou fortemente a seara econômica, em decorrência das medidas de isolamento e distanciamento social. Inúmeras empresas tiveram suas atividades suspensas por um longo período porque não conseguiram migrar para o ambiente digital. A consequência inevitável foi um quadro de recessão econômica.

A função social da empresa ganhou ainda mais destaque nesta circunstância, tendo em vista que muitas organizações fizeram doações que incluíram desde equipamentos de proteção individual para a Covid quanto cestas básicas para pessoas em situação vulnerável. A percepção de que a atividade empresarial deve ser exercida para além do interesse

---

<sup>76</sup> Doutora em Direito pela UFF. Pesquisadora visitante na Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas. Advogada. Email: fernanda.braganca@fgv.br

<sup>77</sup> Doutora em Direito pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne e pela Universidad Carlos III de Madrid. Coordenadora Técnica de Mediação da Fundação Getúlio Vargas. Coordenadora Executiva do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV. Email: juliana.loss@fgv.br

próprio do empresário, de maneira a contemplar também o interesse social ganhou contornos concretos (COMPARATO, 1983).

Além dessas iniciativas de solidariedade social, este período foi marcado por uma grande sensibilidade em relação à importância da preservação das empresas. Assim, alguns governos adotaram medidas econômicas de incentivos fiscais, creditícios, dentre outras para dar fôlego, sobretudo, aos pequenos e médios empresários.

Contudo, em certos casos, este fomento não foi suficiente e algumas empresas faliram. No Brasil, os dados do Boa Vista SCPC<sup>78</sup> mostram que os pedidos de recuperação judicial, entre os meses de maio a agosto de 2020 (auge das medidas de isolamento social no país), aumentaram em, aproximadamente, 30% em relação ao mesmo período no ano anterior. A projeção sinalizada por algumas consultorias para 2021 é um aumento de cerca de 50% deste tipo de demanda no Judiciário<sup>79</sup>.

Ocorre que a judicialização desses conflitos pode gerar processos custosos e demorados que inviabilizam a construção de alternativas que permitam tanto a continuidade dos negócios e dos empregos, quanto a satisfação dos interesses dos credores dessas empresas. O ambiente adversarial do contencioso dificulta a construção de soluções colaborativas que satisfaça todos os envolvidos.

Diante deste quadro, este estudo tem por objetivo aprofundar sobre as soluções negociadas de conflitos na recuperação e falência de empresas, notadamente com o apoio da tecnologia, a partir de estudos de casos. Por meio de uma revisão bibliográfica sobre o assunto e desta análise casuística, a pesquisa pretende identificar algumas tendências para o uso de meios consensuais de solução de conflitos na reestruturação de empresas em dificuldade financeira nos próximos anos.

---

<sup>78</sup> Cf. Indicadores de Falências e Recuperações Judiciais. Disponível em <<https://www.boavistaservicos.com.br/economia/falencias-e-recuperacoes-judiciais/>> acesso em 5 de junho de 2021.

<sup>79</sup> Cf. Pedidos de recuperação judicial devem subir 53% este ano, a 1,8 mil, prevê consultoria. Estadão, economia, 27 de janeiro de 2021. Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pedidos-de-recuperacao-judicial-devem-subir-53-este-ano-a-1-8-mil-preve-consultoria,70003595317>> acesso em 31 de maio de 2021.

## 2 Adequação e solução negociada de conflitos decorrentes de crise financeira empresarial

A solução negociada de conflitos abrange os métodos que têm como base a negociação entre as partes como a mediação e a conciliação. Esses meios de tratamento de conflitos são de caráter consensual e autocompositivo, ou seja, as partes são as responsáveis pela proposição de alternativas, em geral com o auxílio de um terceiro, e manifestam o seu aceite quanto ao acordo estipulado.

Nesse sentido, a lógica das soluções negociadas é que os envolvidos consigam encerrar a disputa através do diálogo e da postura colaborativa. Essa dinâmica é diferente do processo jurisdicional em que um juiz ou um árbitro decidem o conflito e essa decisão é imposta às partes.

Essas soluções negociadas podem se desenvolver tanto de forma presencial quanto de forma eletrônica. Neste último caso, a literatura especializada se refere como resolução digital de conflitos ou *online dispute resolution*.

Mesmo antes da crise sanitária, a realização de sessões de mediação e conciliação *online* foram bastante incentivadas pelo Poder Judiciário brasileiro, tanto com o objetivo de promover o encerramento mais célere dos processos quanto para estimular a desjudicialização de determinadas matérias como, por exemplo, a empresarial. É nessa linha que seguiu a Recomendação n. 58/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que orientou os magistrados a promoverem, sempre que possível, a mediação para equacionamento das disputas decorrentes de recuperação empresarial e falência de empresas.

As vantagens do uso dessas abordagens negociais que costumam ser mais apontadas pelos especialistas são celeridade, redução dos custos com o litígio, confidencialidade e redução de incertezas quanto ao resultado (CADIET; CLAY, 2019).

Nas disputas relacionadas às empresas em dificuldade financeira, sobretudo, essas vantagens fazem a diferença na reestruturação e permanência no mercado. Além da questão da diminuição do passivo com processos judiciais, a possibilidade de ajustar com os seus credores, individualmente, de forma confidencial, respeitadas as disposições legais, é uma estratégia interessante para poder satisfazer os interesses,

sem criar parâmetros para os outros casos.

A inadimplência, notadamente, quando se protraí por algum tempo, acarreta um desgaste da relação com os clientes, fornecedores e colaboradores. Em tais cenários, a mediação, em particular, melhora o diálogo e a imagem da empresa, os quais são fundamentais para que todos estejam engajados e motivados na construção de soluções sustentáveis e satisfativas.

Além da preservação do relacionamento da empresa com seus parceiros, a mediação também contribui, significativamente, para as relações entre os credores, de modo que o Comitê de credores possa apresentar propostas realmente factíveis (SCHMIDT; BUCHAMAR, 2021).

A mediação *online* tende a aumentar a escala de comunicação da empresa em recuperação com os seus credores e torna desnecessário o deslocamento para a realização das tratativas entre as partes. Um processo precursor no Brasil desta abordagem foi a recuperação judicial da Companhia telefônica Oi.

A integração da tecnologia aos meios consensuais de solução de conflitos abre múltiplas possibilidades e permite a projeção de sistemas com encaminhamentos em fase como, por exemplo, uma primeira etapa de negociação, geralmente, assíncrona e uma segunda de mediação com comunicação síncrona entre as partes.

Uma outra possibilidade é a tecnologia estabelecer uma espécie de filtro para os casos mais simples, que passam a ser direcionados à negociação, enquanto os litígios mais complexos são dirigidos à mediação (ANDRADE; BRAGANÇA; DYMA, 2020, p. 164).

Ao mesmo tempo em que o ambiente *online* conecta pessoas com maior facilidade, também pode acentuar as desigualdades existentes entre as partes. Por isso, a acessibilidade e a correção ou, ao menos, diminuição de assimetrias de informação são pontos centrais no desenvolvimento de plataformas que efetivamente viabilizem um maior acesso à justiça (Ibidem).

### **3 A reestruturação empresarial da OI**

Em 2017, a maior empresa de telefonia da América Latina iniciava as tratativas com seus credores por meio de abordagens que privilegiam



o consenso e a satisfação dos interesses de todos os envolvidos no processo. O montante da dívida foi estimado, à época, em 64 bilhões de reais e o processo tramitava junto à 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro (TJRJ, 2017).

O gerenciamento desse tratamento das disputas com credores da Oi residentes no Brasil e no exterior foi possível através de uma parceria da empresa de telefonia com a Fundação Getulio Vargas (FGV), responsável pelo desenho e pela criação de um sistema que, efetivamente, permitisse o engajamento das partes e viabilizasse a continuidade da empresa no mercado.

Os pilares do projeto deste desenho foram a acessibilidade, ou seja, a possibilidade de todos os interessados ingressarem no sistema para terem acesso à proposta da empresa; a facilidade do contato entre credor e devedor e a melhora da imagem da empresa através de uma comunicação que permitia a exposição da situação de dificuldade financeira, como também mostrava o interesse de melhorar o relacionamento com os seus clientes (ANDRADE; BRAGANÇA; DYMA, ob. cit, p. 170).

O desenho da plataforma foi feito a partir da integração de profissionais das áreas de mediação, tecnologia, jurídica, gestão, além do acompanhamento do Poder Judiciário e do Ministério Público. O processo de recuperação judicial da Oi foi marcado por grande complexidade e o engajamento dos órgãos públicos se mostrou fundamental para assegurar a credibilidade e segurança jurídica à participação dos credores e das tratativas realizadas (SANTOS, 2020).

O sistema foi construído em fases. A primeira etapa consistiu em um cadastramento dos credores na plataforma pela empresa. Com isso, os credores e seus advogados habilitados conseguiam acessar a proposta elaborada de forma automatizada a partir de uma base de dados constituída por informações fornecidas pela Oi, por advogados, Ministério Público e Judiciário.

O credor e seu advogado tinham a opção de aceitar ou rejeitar a proposta. Caso entendessem que esta era insatisfatória, o credor e seu advogado estavam aptos a solicitar uma sessão de mediação online. A mediação podia ser realizada de forma remota ou em algum dos cerca de 80 locais de atendimento presencial espalhados pelo Brasil e no exterior. Os mediadores atenderam as partes tanto de forma à distância

quanto *in loco* nos postos previamente definidos.

O resultado desta sessão de mediação era transformado em uma ata minutada em um padrão automatizado. Isso garantia a celeridade na elaboração do termo e facilitava a realização do trabalho dos mediadores. O conteúdo deste documento era construído colaborativamente pelas partes e depois encaminhado ao tribunal para a homologação. Um outro diferencial da plataforma desenvolvida pela FGV é o processamento dos pagamentos dos valores acordados aos credores.

Em números globais atualizados até dezembro de 2020<sup>80</sup>, este sistema propiciou o contato da Oi com cerca de 77.000 credores e 36.000 advogados, o que totalizou mais de 7 milhões de acessos. Foram realizadas, aproximadamente, 1.500 sessões de mediação *online* que resultaram em mais 53.000 acordos firmados. A parceria com a FGV permanece até hoje e a plataforma está na sua 6ª versão.

Um outro aspecto relevante deste projeto foi a valorização do trabalho dos mais de 140 mediadores remunerados pela facilitação do diálogo entre a empresa e seus credores.

A remuneração dos mediadores judiciais, sobretudo, em casos que já se encontram judicializados, ainda é uma das maiores dificuldades enfrentadas por esses profissionais. A contrapartida pelos serviços prestados foi uma outra postura inovadora da empresa, ainda mais ressaltada pelo contexto de dificuldade financeira.

Os resultados proporcionados pelo sistema são enaltecidos por vários especialistas em recuperação de empresas que, inclusive, motivam a implementação de programas semelhantes em outros casos e também por outros tribunais do país (LONGO, 2019). As decisões de primeira e segunda instância, assim como os precedentes do Superior Tribunal de Justiça tornaram-se fundamentais no respaldo desse tipo de iniciativa (SALOMÃO; SANTOS, 2019).

Além desta reação positiva em âmbito jurídico, a satisfação dos credores da Oi também foi outro efeito notório deste projeto. Eles manifestavam este sentimento nas próprias sessões de mediação, o que representou um *feedback* importante tanto para os representantes

---

<sup>80</sup> Esses números globais foram disponibilizados pela FGV.

corporativos quanto para os mediadores. A construção de um ambiente que proporcionou um canal efetivo de contato com a empresa, o esclarecimento sobre a real situação econômico-financeira e seus impactos no crédito habilitado, a apresentação de propostas satisfativas e o pagamento imediato são alguns dos fatores que contribuíram para o alto volume de acordos e, conseqüentemente, para a continuidade das atividades empresariais.

A repercussão deste *case* fez com que outras empresas procurassem a FGV para a construção de sistemas que viabilizassem este canal direto com usuários ou credores das empresas para uma abordagem consensual de tratamento de conflitos, dentro e fora de um contexto de recuperação ou falência. Os principais objetivos são a diminuição do passivo contencioso e a melhora do relacionamento com os parceiros e clientes.

#### 4 Regime de Especial de Tratamento de Conflitos (RER)

Em junho de 2020, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) publicou um Ato Normativo em que deferiu um Regime Especial de Tratamento de Conflitos para empresas em recuperação judicial e falência (RER). Esta medida implementou o encaminhamento dos processos relacionados a esta matéria para a solução adequada de disputas, sobretudo, por meio da mediação. A princípio, a proposta foi atender empresas que tiveram sua atividade impactada pela pandemia de Covid-19 (TJRJ, 2020). Este Ato Normativo seguiu na linha da Recomendação n. 58/2019 do CNJ.

O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) aprova, previamente, a proposta de acordo que será submetida aos credores. Cabe destacar que esta proposta não pode alterar a classificação do crédito disposta na Lei n. 11.101 de 2005.

As sessões de mediação são realizadas de forma *online*, com apoio de uma plataforma de videoconferência e também com o suporte da Plataforma eNupemec, desenvolvida no âmbito de um acordo de cooperação com a FGV e que conta com versão tanto para *site* quanto em aplicativo para *smartphones*, conforme a figura 1 abaixo.

Figura 1. Capturas de tela do aplicativo eNupemec



Fonte: *App Store*

A plataforma eNupemec permite que todos os mediadores judiciais cadastrados no âmbito do TJRJ façam a gestão dos processos que foram direcionados à sua agenda. Através desse sistema, o mediador valida os dados do processo e das partes e também elabora a ata partir de um modelo automatizado. Isso otimiza bastante o tempo de duração das sessões. Após o encerramento da sessão na plataforma, as atas são enviadas ao NUPEMEC e os acordos seguem para a homologação.

As empresas em situação de dificuldade financeira interessadas no tratamento de conflitos decorrentes desta circunstância por meio do RER podem realizar um requerimento diretamente através do *email* institucional <nupemec@tjrj.jus.br>.

No primeiro semestre de 2021, a FGV participou da gestão de dois RERs no âmbito do TJRJ. O primeiro caso envolveu uma empresa de construção civil que buscou renegociar as suas dívidas com o intento de evitar a decretação da recuperação judicial e o outro uma editora que teve a sua recuperação deferida em 2018 e que passa por um momento de reestruturação administrativa e empresarial (TJRJ, 2021).

Em ambos os casos, os representantes corporativos mostraram

preocupação em revelar uma nova postura organizacional voltada à retratação e reconstrução da imagem no mercado e ao atendimento adequado e individual de cada cliente. Esses esforços tiveram como motivação a continuidade da atividade empresarial e a manutenção dos empregos.

Além deste contato direto com a empresa, um outro diferencial do RER nesses dois casos foi o pagamento dos valores acordados diretamente aos clientes em um prazo exíguo.

Em ambos os casos citados, a FGV atuou na gestão, na realização das sessões de mediação e no suporte da plataforma com profissionais de tecnologia da informação e comunicação (TIC).

O RER da construtora reuniu 82 processos que geraram 150 sessões de mediação. Alguns casos precisaram de mais de uma sessão para serem encerrados devido à maior complexidade das propostas. No total, o projeto contou com o engajamento de uma equipe multidisciplinar de 6 mediadores, 3 gestores e 1 profissional de TI. Neste projeto, as partes e os advogados compareceram em mais de 86% das sessões realizadas.

O RER da editora contou com o envolvimento de 3 mediadores, 2 gestores e 1 profissional de TI, além dos representantes da empresa, para a realização das 52 sessões de mediação, sendo 30 processos originários de Juizado Especial e outros 22 provenientes de Vara Cível. O projeto contou com uma participação significativa do(s) autor(es) e/ou seu(s) advogado(s), em 75% das sessões.

O percentual de acordos atingiu o patamar de 62%. Os 38% restantes incluíram tanto os processos que não resultaram consenso quanto os casos de ausência da parte. Os ajustes celebrados em processos de JEC corresponderam a 36,5% e os de Vara Cível a 25% deste total.

Algumas novidades legislativas mais recentes apontam para o fomento cada vez maior do uso de soluções negociadas com apoio da tecnologia para tratar as disputas em recuperação judicial e falência. A lei n. 14.112 de 2020 previu, expressamente, a possibilidade das partes se dirigirem à mediação antes e durante o processo de recuperação (artigos 20-A a 20-D) e também reforça que as sessões podem ser realizadas em ambiente digital.

## 5 Conclusão

As soluções negociadas de conflitos proporcionam benefícios importantes para o tratamento de disputas empresariais. A circunstância da pandemia de Covid-19 impulsionou um quadro de crise econômico-financeira que repercutiu em um aumento dos pedidos de recuperação judicial e falência de empresas. A previsão para os próximos meses é que esses números alcancem patamares ainda maiores.

Ao longo do tempo, a tecnologia vem sendo cada vez mais utilizada para a resolução de conflitos, uma vez que proporciona vantagens e alcance importantes para uma interação mais efetiva da empresa com os seus credores, fornecedores, parceiros, clientes e colaboradores.

Os casos da recuperação judicial da Oi e os programas de Regime Especial de Tratamento de Conflitos (RER) mostram que os atores do sistema de justiça estão interligados no sentido de promoverem a busca por uma solução mais célere e satisfativa a todos os envolvidos. A tecnologia é um aliado importante, pois permitiu uma participação maciça das partes, que resultou em um percentual significativo de acordos.

Esses casos também evidenciam algumas tendências para os próximos anos: o apoio da tecnologia e a construção de plataformas “sob medida” para atender as necessidades específicas das empresas, com vistas a fomentar a solução negociada de disputas e a redução do número de litígios no Judiciário. A estratégia de prevenção e contenção de disputas empresariais, particularmente, em contextos de reestruturação e crise através de abordagens consensuais tem apresentado resultados significativos e corroboram as chances de continuidade dos negócios e da manutenção dos empregos, em uma nítida concretização da função social da empresa. Essa postura também foi reforçada por recentes inovações legislativas.

## Referências

BRAGANÇA, Fernanda; ANDRADE, Juliana Loss; BRAGA, Renata. A tendência de especialização na mediação: o mediador nos processos de recuperação e falência de empresas. In: **Actas IV**

**Congreso Internacional de Globalización, Ética y Derecho.**

Madrid, Universidad Complutense de Madrid; Niterói, Universidade Federal Fluminense, 2020, pp. 320-331.

BRAGANÇA, Fernanda; ANDRADE, Juliana Loss; DYMA, Maria Fernanda. Mediação online: evolução, tecnologia e desafios de acessibilidade. In: VIEIRA, Amanda de Lima et al (Coords.).

**Coletânea Estudos sobre Mediação no Brasil e no exterior**, v. 3. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, pp. 163 -174.

**BOA VISTA SPC. Indicadores de Falências e Recuperações Judiciais.** Disponível em <

<https://www.boavistaservicos.com.br/economia/falencias-e-recuperacoes-judiciais/>> acesso em 5 de junho de 2021.

CADIET, Loic; CLAY, Thomas. **Les modes alternatifs de règlement des conflits**. Paris: Dalloz, 2019.

**CASO OI: mediação extrajudicial com cerca de 20 mil credores começa nessa sexta-feira no Rio.** Disponível em < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/471222140/caso-oi-mediacao-extrajudicial-com-cerca-de-20-mil-credores-comeca-nessa-sexta-feira-no-rio>> acesso em 5 de junho de 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 58 de 2019**. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>> acesso em 5 de julho de 2021.

COSTA, Daniel Carnio. Novas teorias sobre processos de insolvência e gestão democrática de processos. In: COSTA, Daniel Carnio

(Coord.) **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências.** Curitiba: Juruá, 2015.

LONGO, Samantha Mendes. **TJ-RJ incentiva acordos com mediação online.** Estadão, Política, 27 de março de 2019. Disponível em < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tj-rj-incentiva-acordos-com-mediacao-online/>> acesso em 5 de junho de 2021.

**Pedidos de recuperação judicial devem subir 53% este ano, a 1,8 mil, prevê consultoria.** Estadão, economia, 27 de janeiro de 2021. Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pedidos-de-recuperacao-judicial-devem-subir-53-este-ano-a-1-8-mil-preve-consultoria,70003595317>> acesso em 31 de maio de 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação on line e as novas tendências em tempos de virtualização por força da pandemia de Covid-19.** Disponível em < <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/AME-DIACCAOONLINEEASNOVASTENDENCIASSEMTEMPOSDEVIRTUALIZACAOPORFORCADAPANDEMIADECOVID19>> acesso em 7 de junho de 2021.

**Plataforma e Nupemec versão para navegador** < <https://enupemec-rj.fgv.br/Login?ReturnUrl=%2F>> acesso em 5 de julho de 2021.

**Plataforma e Nupemec versão para aplicativo** < <https://apps.apple.com/br/app/enupemec/id1445942482>> acesso em 5 de julho de 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: Teoria e Prática.** – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Paulo Penalva. **A maior recuperação judicial do país.**



Migalhas, Migalhas de peso, 28 de setembro de 2020. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/333980/a-maior-recuperacao-judicial-do-pais>> acesso em 7 de junho de 2021.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BUMACHAR, Juliana. Como a mediação pode ajudar a recuperação de empresas em dificuldade. **Migalhas**, migalhas de peso, 20 de maio de 2021. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/345861/como-a-mediacao-pode-ajudar-a-recuperacao-de-empresas-em-dificuldade>> acesso em 7 de junho de 2021.

**TJRJ. Regime Especial de renegociação para empresas atingidas pelo impacto da Covid-19 será implantado no Rio**, notícias, 22 de junho de 2020. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7328589>> acesso em 5 de julho de 2021.

**TJRJ. Mediações do eNupemec têm aprovação dos usuários**, notícias, 14 de abril de 2021. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/8023073>> acesso em 5 de julho de 2021.

**TJRJ cria regime especial de renegociação para empresas atingidas pela Covid-19**. Consultor Jurídico, 23 de junho de 2020. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-rj-cria-regime-renegociacao-empresas-atingidas-covid>> acesso em 5 de julho de 2021.

# O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS: DA ABERTURA PROCESSUAL COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO PARA DEBATE

PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS<sup>81</sup>  
GABRIELA SAMRSLA MOLLER<sup>82</sup>

## 1 Introdução

O Processo Civil consiste em um produto cultural de uma sociedade, de modo que obedece às evoluções e conquistas políticas e sociais de um dado tempo. Se o Direito é, por excelência, expressão da vida social, o Direito processual, por seu turno, é a camada externa do Direito, sendo sensível por natureza, uma vez que suas extremidades estão como que em contato direto com a sociedade e com os seus conflitos, operando a difícil tarefa de hierarquizar os interesses sociais e responder com justiça social a conflitos cada vez mais complexos, os quais o Direito legislado, no mais das vezes, não consegue apreender; tarefa que se torna mais difícil em uma sociedade plural, global e complexa. A este fenômeno, denomina-se “*la cada vez más compleja naturaleza jurídica de los derechos fundamentales*” (MIGUEL, 2016. p.133), fenômeno fundamental para entender as necessárias evoluções do Processo Civil na atualidade.

Em um período anterior à Constitucionalização do Direito, o Processo Civil por muito foi desconsiderado em sua potência Democrática, sendo cerrado no paradigma da *razão fechada* (SILVA,

---

81 Professor/Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito UNOESC; Pós-Doutor Unisinos (direito disruptivo) e Unoesc (direito em rede); Doutor e Mestre em Direito Unisinos (filosofia do direito processual); Participa do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico na UFPR.

82 Professora e Mestra em Direito pela UNOESC (processos estruturantes e proteção de direitos).

2004), responsável por delimitar a atuação dos institutos processuais<sup>83</sup>, reflexo da aura de racionalidade da Ciência Jurídica que repousou sobre um jogo de crenças mais profundas, de que é testemunha a mística que acompanha a Lei (CHEVALLIER, 1990. p.118-119). Noutra norte, a permeabilidade Constitucional supera a visão clássica do Processo Civil<sup>84</sup>, pois a sociedade passa a deter como garantia a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, muitas vezes abarcadora de novas manifestações que superam a tessitura legal (RIBEIRO, 2004. p.15), impulsionando importantes evoluções sociais.

A epistemologia Constitucional permeia as normas processuais e demarca o início de uma expansão da importância do Processo para o Direito, capaz de tornar concretos os objetivos e fundamentos Constitucionais. A Constituição Federal reflete um Processo onde as garantias Constitucionais processuais são consideradas em sua plenitude e refletidas no *objeto do debate processual*, a partir do diálogo, debate e flexibilização procedimental, considerados na decisão judicial (fundamentação), o que confere valor adjudicativo ao processo: sendo este instrumento, que de um lado busca compor as lides levadas a solução e, de outro lado, serve de instrumento de atuação política (DAMASKA, 1986), uma vez que a Constituição Federal tem como norte elementar a participação das pessoas para a configurações das decisões do poder do Estado. (BERIZONCE, 2013. p.365)

Mostrar-se-á que o Processo Civil Constitucionalizado assume papel ampliador dos horizontes do Direito, por onde o Processo ganha especial espaço para a *ressemantização* das garantias Constitucionais, na busca da tutela judicial efetiva, capaz de servir tanto como veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema Constitucional (direito subjetivo), como, mais recentemente, operar releitura/ampliação desses Direitos (situação jurídica subjetiva). A tarefa realizada pelo Processo Civil para uma democratização do Direito somente é possível pela permeabilidade da Constituição nos

---

83 Para aprofundamento sobre crítica que delimitou o Processo Civil a institutos cerrados, ver: SANTOS, 2018.

84 Hay que tratar de las relaciones entre proceso y Constitución —la madre de las reglas jurídicas—. La Constitución, tiene diversos modos de actuar sobre el proceso. (GUILLÉN, 1992. p. 55)

institutos processuais, responsáveis por tornar o Processo Civil espaço democrático para debate público. O Código Processual Civil de 2015, dentre suas diretrizes, buscou o estabelecimento de sintonia fina com a Constituição Federal, o que demonstra consonância e a atualidade do debate sobre Constituição-Processo Civil.

Os reflexos da Constituição no Processo se refletem tanto na normativa processual como na efetivação do Direito Constitucional em um plano prático, podendo-se falar de uma *dupla manifestação* da Constituição no Processo Civil. Deste modo, o presente artigo buscará desvelar como ambas as manifestações expostas contribuíram para as evoluções do Processo Civil e como, na atualidade, em um momento marcado pela complexidade social, na qual a direito subjetivo como lei, muitas vezes, já não mais atende os anseios por justiça social, pode o Processo Civil servir para melhor atender à Constituição Federal, demonstrando uma (necessária) ampliação dos horizontes do Direito, o que é possível obter por uma leitura atual dos reflexos da Constituição no Direito processual, por colaborar diretamente na existência de um Processo justo, que opera na ressemantização e criação do Direito.

Nesta data importante para a Constituição Federal, sendo o Processo Civil por excelência o veículo para tutela judicial efetiva, é necessário explanar as evoluções da ciência processual a partir do marco Constitucional, assim como eminentes desafios a serem enfrentados, levando em consideração que o Processo Civil ainda tem muito a evoluir como ferramenta de concretização, hermenêutica e ampliação dos preceitos da Constituição Federal, de modo que o presente tema é elementar para se discutir seriamente sobre os reflexos da Constituição Federal ao longo dos últimos 30 anos e para o futuro do Direito.

## **2 A dupla manifestação da constitucionalização do processo civil: as normas processuais constitucionalizadas e a tutela judicial efetiva**

O fenômeno da Constitucionalização do Processo Civil é recente e, historicamente, o marco elementar é o influxo da Constitucionalização

do Direito a partir da Segunda Guerra Mundial<sup>85</sup>, momento em que se inaugura nova ordem política e social com especial atenção à teoria piramidal de Kelsen (1998), que ganha força ao expressar como o ápice de seu vértice a Constituição, dotando o sistema jurídico de força normativa (cisão entre regras e princípios), instaurando uma *jurisdição constitucional* e, em consequência, legitimando o Processo Civil e a decisão judicial para a aferição da validade Constitucional<sup>86</sup>. Em um primeiro momento, assim, o conteúdo do Processo Civil Constitucional centrou-se na criação de uma jurisdição Constitucional. (SILVA, 2015. p.172)

Paralelamente, que toca às evoluções das normas processuais, (FAVELA, 2001. p.28), somente no correr do século XX concretizar-se-ia a noção de uma normativa processual Constitucional. (SILVA, 2015. p.172) Chiovenda (1930. p.10) foi responsável por influenciar nas reformas políticas das leis processuais e o uruguaio Eduardo Couture (1957. p.53) é quem delinea os primeiros traços da *Constitucionalização do Processo Civil*. A partir das contribuições dos renomados processualistas - o primeiro ao trazer ao Processo uma maior atenção do sistema jurídico, e o segundo na abertura Constitucional da normativa processual - os códigos processuais passaram absorver os princípios processuais derivados das Constituições Democráticas e passaram a servir como potencial ferramenta Democrática. Os estudos Constitucionais do processo foram capazes de descortinar novos horizontes para a Ciência Processual (o processualismo científico, revigorou-se pelas concepções constitucionalizantes [NUNES, 2010. p.84]), despertando novas implicações sociais e políticas do sistema (DINAMARCO, 2009.p.251), cujos reflexos foram sentidos na

---

85 La constitucionalización de los principios del proceso no ha sido uniforme en todas las materias. Es así que, por ejemplo, en la materia penal el fenómeno que nos ocupa se viene implementando desde hace mucho tiempo, probablemente, entre otras razones, porque en esta materia los elementos ideológicos son más evidentes y, sobre todo porque en ella se decide sobre la libertad de las personas. En cambio, la constitucionalización de los principios del proceso civil, es un fenómeno relativamente reciente, ya que el mismo comienza a partir de la II Guerra Mundial. (ACOSTA, 2005. p.12)

86 O que se torna importante para o Brasil com a adoção do modelo de controle de Constitucionalidade difuso.

legislação pátria.

A Constitucionalização do Processo Civil implicou significativos reflexos ao Direito, que se imbricam por uma correspondência do instrumento aos objetivos; ou melhor, entre a Constituição e o ordenamento processual, mediante as manifestações concretas da jurisdição, expressadas por princípios sócio-políticos e técnicos (ALCALÁ-ZAMORA, 1950. p.153-154), tais como:

- a) – la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana;
- b) – la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso;
- c) – pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución;
- d) – si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional;
- e) – en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el controlador de la constitucionalidad de las leyes. (COUTURE, 1977. p.149-150)

Por este fato, a dimensão conquistada pelo Direito Constitucional em relação a todos os ramos do Direito mostra-se particularmente intenso no que diz respeito ao Processo Civil (OLIVEIRA, 2004. p.1), elevado à categoria Constitucional e como um instituto de direito público<sup>87</sup>,<sup>88</sup>, tornando-se politicamente um espaço de debate

---

87 [...] en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: los más altos valores sociales aún con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado. (BENABENTOS, 2005.p.78)

88 **Ruolo degli orientamenti pubblicistici della scienza del processo** – Gli <<orientamenti pubblicistici>> della scienza del processo, che maturano in conseguenza della fase apertasi in Germania nella seconda metà del XIX secolo non sostano questo equilibrio. Tra la fine del secolo XIX e i primi decenni del XX secolo studioso tedeschi e italiani elaborano l'azione come categoria generale atipica, cioè come situazione giuridica soggettiva processuale che ha per presupposto l'affermazione del soggetto di essere titolare di un diritto sostanziale, riconosciuto come tale dall'ordinamento, e per contenuto possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale ivile predisposta dallo Stato, senza la necessità di prevedere norme che ricolleghino il diritto

democrático (DINAMARCO, 2009. p.167-168) e processualmente um sistema jurídico no qual convergem situações jurídicas diversas, ativas e passivas; assim como, desde a Teoria do Direito (KELSEN, 1998), torna-se, também, fonte de criação de uma norma jurídica pela sentença judicial (BEDOYA, 2007. p.3-4), ocasionando a Constitucionalização do direito fundamental das pessoas e, dentro disto, uma tutela das garantias mínimas que deve reunir todo o Processo. (TROCKER, 1974.p.92)

Em um primeiro estágio, sob uma perspectiva formal da Constituição, buscou-se descrever como a máquina jurídica deveria trabalhar, de modo que a Constitucionalização do Processo traz consigo a incorporação de normas processuais na Constituição, caracterizando, de forma inconfundível, base constitucional do Direito Processual através das garantias processuais. As normas processuais Constitucionais foram elementares para fundar um Processo participativo/dialogal mediante o qual a Constituição defenderia a si mesmo tanto dos ataques dos juízes (GUILLEN, 1970. p.153-154) - ocasionado por um Processo inquisitorial, sem institutos processuais capazes de proporcionar justiça ao caso concreto -, como para evitar que o futuro legislador desconhecesse e violasse Direitos protegidos Constitucionalmente. (TROCKER, 1974. p.92)

Em um segundo estágio, a Constitucionalização do processo desenvolve-se a partir da perspectiva material - sua razão social (FERRAJOLI, 2005. p.13) - , voltada à implementação e à eficácia dos direitos fundamentais (garantir, assegurar e efetivar os direitos fundamentais), ajustando a Constituição às situações sociais. (COSTA, 2013. p. 60-61) O Processo Civil também passa a ser visto também a partir de uma dimensão coletiva, servindo para evitar que por via das tutelas individuais se acaba desconhecendo as tutelas de outros

---

di agire in giudizio a ciascun singolo diritto (o a ciascun singola categoria di diritti) e-o ciascuna singola violazione (a ciascuna singola categoria di violazioni). Questa teoria tende ad accentuare l'obbligo dello Stato di assicurare tutela giurisdizionale a tutti i diritti previsti dalle norme sostanziali. Essa ha consentito cos'ì di superare i limiti di un sistema di tutela giurisdizionale che ancora avvertita l'influenza della tipicit  delle azioni del diritto romano classico: oggi non   necessario prevedere norme processuali che colleghino il potere di agire in giudizio a ciascun diritto sostanziale o ciascuna lesione. (CAPONI, 2012. p.109-110)

indivíduos em circunstâncias similares. (BERIZONCE, 2013. p.368) Desde essa perspectiva, os conflitos também passam a ser vistos a partir do interesse público, desvelando nova dimensão ao Processo Civil e ampliando o papel político do Processo.

A intrínseca a relação entre Constituição e Processo, expresso pelas Constituições materiais junto ao sistema normativo (COUTURE, 1957. p.24), propicia uma progressiva tomada de consciência política da sociedade e crítica perante as instituições da superestrutura mais politizadas, postulando que a Justiça se pautar por aquelas ideias fundamentais postas em relevo pelos processos-constitucionalistas, podendo ser verificado dois eixos vetoriais nesta construção do Direito. A relação Processo-Constituição é fortalecida e novos horizontes são visualizados ao Processo, na busca de concretizar plenamente a Constituição, pois “...contém não só as normas, mas também, cognitivamente, a sua necessidade de adaptação.” (FEBBRAJO, 2016. p.29), o que pede uma conexão circular dos aspectos materiais e formais da Constituição.

Com esta nova e Democrática roupagem, o Processo Civil “...não é instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre partes e juiz, porque é instituição-eixo do princípio do existir do sistema aberto normativo constitucional-democrático...”(LEAL, 2002. p.69), uma vez que a função da administração da justiça e da função judicial têm como conteúdo algo maior do que simplesmente resolver conflitos, mas sim em dar significado e expressão a concretos valores públicos contidos no Direito. (BERIZONCE, 2013. p.370): a Constituição é e deve ser tida, sempre, como um projeto aberto a constantes inclusões (NUNES, 2010. p. 64). Uma das inclusões, que se revela a mais essencial, ocorre pela “vinculación que existe entre el proceso civil y la constitución, particularmente haremos hincapié en la teoría sobre la acción y sobre el proceso y en los fundamentos constitucionales de los principios que estructuran el proceso civil” (ACOSTA, 2005.p.13).

Ainda, a partir de uma ressignificação do processo, a discussão política no judiciário pode ser muito mais democrática, pois o juiz pode administrar a concorrência de interesses nos termos em que são fixados pela legislação ou por fenômenos que superam a representatividade da lei. Isto pode explicar por que certas organizações de interesses (ambientais, de consumidores, ético-religiosas, etc.), que tratam em tutelar aquilo que é decantado como valor negocial da política - e, são



eles portanto pouco propensos a tratativa negocial da política representativa - preferem a via judiciária em uma democracia participativa do que aquela representativa.

Por todos os fatores e estágios derivados da Constitucionalização do Processo<sup>89</sup>, ocorre um natural – e polêmico - aumento do controle jurisdicional sobre os demais poderes, inicialmente reconhecendo que o legislador não é onipotente<sup>90</sup>, dado que as leis que promulga não são válidas por serem vigentes, mas somente se e quando forem coerentes com a Constituição. Outro elemento que amplia o papel do controle jurisdicional é a extensão das funções próprias do Estado social em consequência de sua intervenção na economia e pelas novas prestações requeridas pelos direitos sociais: saúde, educação, segurança social, subsistência e outros análogos (TARUFFO, 2005. p.69): os assuntos levados aos juízes e tribunais passam a apresentar grande relevância social, albergando uma nova função ao Processo Civil. Em consequência, paralelamente ao avanço Constituição-Processo e Processo-Constituição<sup>91</sup>, ocasionado pelo aumento do controle jurisdicional, surge um fenômeno que afeta a Ciência Jurídica como um todo: o Processo Civil passa a centrar-se diametralmente na *jurisdição*, por decisões assentadas na *filosofia da consciência* (STRECK, 2010.p.93), esquecendo-se, de fato, da importância fundamental do debate/diálogo processual na construção da decisão judicial.

Chega-se ao ponto fundamental para o presente artigo, pois é o ponto fulcral para a discussão séria acerca da Constitucionalização do

---

<sup>89</sup> Para a análise mais detalhada dos fatores que ocasionam o aumento do poder jurisdicional, ver: BERIZONCE, 2010. p.49-50.

<sup>90</sup> Nesse sentido, ver a interessante diferenciação que Ferrajoli realiza entre separação e divisão dos poderes, em FERRAJOLI, 2007. p.863 e ss.

<sup>91</sup> a) no sentido Constituição-Processo, tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; b) no sentido Processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (jurisdição constitucional das liberdades), mais toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídico, constitucional inclusive. (DINAMARCO, 2009. p.26-27)

Processo Civil: elementar, para uma atual e Democrática perspectiva Constitucional do Processo, é a passagem da (centralidade na) Jurisdição – visão unilateral do Processo, decisões fundadas na *lei pela lei*, desatenção ao contraditório processual - para o debate/diálogo/participação Democrática das partes, centralizando-se o Processo Civil nos objetos processuais<sup>92</sup>, ou seja, o agregado das manifestações das partes e da jurisdição recolhidas no correr do Processo, o que será elemento de fundamentação para a decisão judicial. Aqui reside o local de debate processual entre Estado e partes, debates capazes de ressemantizar a lei bem como trazer, por intermédio do Processo, novas situações jurídicas subjetivas que necessitam ser protegidas.

Essa nova dimensão reconhecida ao Poder Judicial denota um novo papel que o Processo Civil adquire com a Constitucionalização do Direito. Uma maior participação dos juízes, um maior diálogo com as partes, a busca da tutela efetiva, bem como da discussão acerca das políticas públicas, pressupõe um novo modelo de gestão calcada sobre a *dialética dialogal* (GADAMER, 1998. p.35) de modo que o protagonismo do juiz passa a ser o protagonismo das partes, havendo especial reconhecimento da fundamental dialética processual “*La fundamentación de las decisiones requiere un plus argumentativo y de motivación rigurosa, en especial para sustentar las selecciones ponderativas.*” (BERIZONCE, 2013. p.371)

Evidencia-se a necessidade de se reafirmar um Processo Civil por uma dimensão mais Democrática, o que é possível com a participação ativa das partes na construção da decisão judicial. Com a Constitucionalização do Direito, não mais temos apenas garantias, mas existe a proteção à ameaça e lesão ao direito (art,5º XXXV, CF), Direitos que superam a lei e encontram no direito fundamental de ação e de petição a abertura contextual aos conflitos que poderão vir a ser traduzidos como Direito pelo Processo, pelo que se denomina situação jurídica subjetiva, uma nova proposta que supera o estrito legalismo e uma visão centralizada do Direito, absorvendo o contexto social.<sup>93A</sup>

---

<sup>92</sup> Para um aprofundamento no estudo dos objetos processuais, ver: WILD, 2018.

<sup>93</sup> Esta circularidade revela a natureza, normativa e cognitiva, ao mesmo tempo, da Constituição, que leva a transpor não somente normas jurídicas, mas também normas

denunciada passagem da Jurisdição ao Processo torna-se possível a partir dos elementos democráticos trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Uma atual mirada na Constitucionalização do Processo ressignifica os fundamentos para um Processo Democrático e participativo, por meio do qual as garantias de justiça contidas na Constituição transcendem o Processo e refletem-se no Direito. Posta essa significativa manifestação da Constituição junto às normas processuais, acredita-se que os efeitos reflexos desta Constitucionalização do Processo operam a construção de um Direito *adaptativo* e que atende às *complexidades sociais*, o que seria uma *onda renovatória do Processo* ocasionada por uma leitura da epistemologia Constitucional frente às complexidades sociais; ou seja, além de garantir, efetivar e assegurar direitos, não teria o Processo Civil um horizonte mais amplo ao Direito? Esse seria um terceiro estágio momento da Epistemologia Constitucional e da Constitucionalização do Processo Civil.

### **3 As garantias constitucionais do processo: o processo civil como espaço democrático**

Nas palavras de Taruffo (2004. p.117-118), a Constituição brasileiro de 1988 insere-se no que pode ser definido como a “fase madura” da evolução da justiça civil a partir da metade do século XX com a Constitucionalização da garantia fundamental do Processo Civil. As garantias jurisdicionais são responsáveis pela tutela judicial efetiva dos direitos fundamentais, que supera o Estado de Direito por um Estado de Justiça, por isso se afirmar que de nada adianta o conhecimento dos direitos se o cidadão não conhece as suas garantias. (MORELLO, 2000. p.41-42 e 56-57)

As garantias básicas do Processo Civil aderidas pela Constituição Federal, compõe um *terceiro grupo* de artigos do texto Constitucional, e estabelecem um quadro de garantias básicas do Processo. A mútua interação dos três grupos de normas no âmbito da Constituição atuam em função do objetivo de *justiça social*, que é uma mesma unidade teleológica na concreta experiência jurídica:

---

sociais, e a transformar estas últimas em jurídicas. (FEBBRAJO, 2016,p.28)

***Un primer grupo de preceptos constitucionales sienta las bases sobre la organización de la jurisdicción en el estado de derecho.***

Los principios fundamentales sobre la significación del poder judicial en e estado de derecho, el principio da unidad jurisdiccional, la garantía de la protección jurídica estatal y la exclusividad de la jurisdicción encuentran, en diversos artículos constitucionales, formulación precisa. Por otra parte, se sientan asimismo los principios básicos sobre la estructura jerárquica y postulados fundamentales del estatuto del personal jurisdiccional. En este grupo de preceptos, aun predominando su finalidad organizativa, se contienen también diversos principios que deben inspirar la actuación práctica de los Tribunales.

***Un según grupo de normas constitucionales lo integran aquellas que califican la actuación de la función jurisdicción en el estado de derecho.***

Son, por así decirlo, los principios constitucionales de la propia jurisdicción en el ámbito civil. La sumisión del Juez a la ley, la seguridad jurídica, la libertad de acceso a Tribunales de Justicia y del principio dispositivo constituyen las fuentes constitucionales que inspiran la actuación jurisdiccional en el orden civil. Estas normas constituyen la verdadera filosofía del proceso civil en nuestro sistema procesal.

***En fin, un tercer grupo de artículos del texto constitucional establecen un cuadro de garantías básicas del proceso.***

Estas garantías están concebidas en servicio de una mejor protección. Estas garantías fundamentales de la persona en el proceso y de la tutela de los derechos legítimos hechos valer en el proceso civil. El sistema establecido por nuestra Constitución es realmente amplio y en él tienen cabida todas cuantas aspiraciones de protección jurídica pueden surgir en la práctica. Este grupo de normas constitucionales son las verdaderas <<tablas de la ley>> para el proceso, de tal manera que deben cumplirse en todos los preceptos concretos contenidos en los Códigos procesales. Pero la Constitución no se ha limitado a promulgar un decálogo de mandamientos procesales, sino que su programa va más lejos. Como refuerzo operativo de dichas garantías ha establecido asimismo unos instrumentos procesales de tutela directa de esas garantías del proceso en vía constitucional. Sin duda los más expeditivos, se han puesto directamente al alcance de cualquier ciudadano, que de esta forma puede hacer oír su voz ante las más altas instancias judiciales del Estado, e incluso, como se verá, ante

organismos internacionales. (MENDEZ, 1983. p.10-11).

As garantias Processuais ganham tónus e importância passando a auferir um duplo espectro de atuação: a manutenção da posição formal do cidadão nas suas relações com o Estado e, ultrapassando esse significado, a possibilidade de defesa concreta dessas posições perante o Poder Público, onde o Processo Civil Constitucionalizado assume elementar papel “... *na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais processuais, não poderiam mais dar nenhuma contribuição as velhas concepções da ação em sentido abstrato, ou de pretensão de tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch). A questão só pode ser equacionada no plano constitucional.*” (OLIVEIRA, 2008. p.82)

O fenômeno da constitucionalização dos Direitos e das garantias Processuais, ressalta o caráter publicístico do Processo, distanciando o Processo Civil de uma conotação privatística “...*deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social.*” (CAMBI, 2007. p.25-56) manifestado nas normas Processuais, como na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc.

A norma Constitucional delimita princípios gerais e normas específicas que podem ser aplicadas para com todos os tipos de Processo, onde é aferida a verdadeira garantia dos direitos da pessoa por meio de sua proteção processual “... *para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia.*” (FIX ZAMUDIO, 1982. p.51), ofertando a tutela Constitucional ao Direito<sup>94</sup>,

---

<sup>94</sup> No puede haber duda alguna de que dichas normas son garantía del suceder del proceso, regulando equilibradamente las expectativas y cargas de las partes y los poderes del Juez por igual. El proceso se somete a dicha normas precisamente porque se han considerado las más adecuadas en un momento determinado y así se han

sendo espaço para criação de uma regra de conduta mais segura ante o caso concreto (RIBEIRO, 2005. p.69).

As garantias processuais rearticulam os institutos processuais, com especial atenção ao objeto do processo, que passa a ser dividido em objeto do processo e objeto do debate processual, pois reconhece-se à *discussão/debate processual*<sup>95</sup> um elemento fundamental para a Democracia. Nesse sentido, com o norte Constitucional, a ação processual, exercício da pretensão à tutela jurídica, é reconhecida como um direito fundamental (RIBEIRO, 2005. p.148). A ação processual, como norma dinâmica (metadireito), permite ajustar o conflito ao contexto, permeada pelas garantias constitucionais: este se trata do elemento fundamental para a abertura da tessitura do texto ao contexto (BENABENTOS, 2005. p. 139-140) pela participação dos cidadãos na formação das decisões, mais sensíveis ao reflexo do contexto social (MOREIRA, 1987. p.57).

A pretensão processual, sob égide da Constituição, torna-se profícuo espaço para debate, redimensionalização e criação do Direito, pois trazem à discussão processual o conflito, uma vez que a Democracia pressupõe o conflito como motor de progresso social “...a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais.” (SILVA, 2004. p. 303-305)

O Processo Constitucional busca a compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do Processo e da jurisdição, mas, também, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais. Isto desvela que a decisão judicial não pode ser considerada somente um *autêntico relato de um conflito individualizado*, ou seja, por uma visão meramente *reativa* do processo<sup>96</sup>, mas sim deve ser vista por seu caráter estrutural, uma maneira de observar a decisão para além dos caprichosos interesses

---

codificado. Pues bien, la infracción de las normas de procedimiento da lugar a la inobservancia de las debidas garantías y debe tener acceso sin duda a la tutela constitucional. (MENDEZ, 1983. p.126)

<sup>95</sup> Sobre esse ponto, recomenda-se a leitura de Ribeiro (2005) o qual traz ao processo brasileiro a importante ideia de objeto do debate processual.

<sup>96</sup> ver DAMASKA, 1986.

particulares enfrentados, por onde sobrepõe-se a ameaça de interesses comuns e públicos, superior ao conflito entre as partes. (PUGA, 2013. p.103-105)

O Processo Civil atual, devido à carga política e estrutural, realiza tanto a resolução de conflitos como a implementação de políticas (DAMASKA, 1986. p.28), tendo de ser visto como a oportunidade política, jurídica e moral, ademais – para com a convergência e conciliação daqueles que são interessados frente à lide que se comporá e a sociedade, que recebe os efeitos das decisões na construção de um sistema jurídico justo.

#### 4 Conclusão

O Processo Civil, em um primeiro momento, constituía-se por uma forma de Democracia *verticalizada*, erigida em um sistema positivo e formal do Direito, que tinha como base central a Democracia Representativa e a aplicação da Lei, construído um Processo meramente reativo. Com o Estado Ativo Responsivo, constituído por uma epistemologia Constitucional do Direito, o Processo é ressignificado profundamente, passando de um *Processo legal* a um *justo Processo*, de modo que o sistema normativa processual acaba *horizontalizando* a Democracia, oportunizando a participação social e a absorção dos contextos sociais no Processo Civil.

A epistemologia Constitucional ressignifica importantes institutos Processuais a partir da Constitucionalização das garantias processuais que operam na abertura da participação na construção dos objetos do Processo (do processo e do debate processual), manifestações que obrigatoriamente devem ser contidas na decisão judicial. Os objetos processuais são espaços fundamentais para a compreensão da abertura dos contextos sociais ao Direito, pois trazem ao Judiciário novas manifestações da complexidade social. A devida consideração das garantias processuais e de sua transcendência prática no sistema jurídico é um ponto fundamental para mediar a idade do Estado de Direito. (MORELLO, 2000. p.60-61) Ocorre assim a dupla dimensão de afetação da Constituição Federal no Processo Civil.

A Constitucionalização do Direito e a permeabilidade da epistemologia Constitucional acabam redimensionando o Processo

Civil e a hermenêutica Constitucional, absorvendo os contextos e perpassando o texto, ampliando o Direito subjetivo e dando espaço à situação jurídica subjetiva. Na busca da Democracia substancial, os contextos sociais de uma sociedade complexa, criadora incessante de novas situações jurídicas subjetivas, são trazidos ao Direito, e o canal para isto, por excelência, é o Processo Civil. Deste modo, é possível conciliar várias combinações de culturas jurídicas internas e externas, de normas sociais e jurídicas, mesclando Constituição formal e material, com o potencial de concretizar a Constituição abrangendo a flexibilidade que recobra uma sociedade complexa. (FEBBRAJO, 2016. p.32)

Por essas elementares e significativas alterações operadas pela Constituição Federal no Processo Civil, a epistemologia constitucional transforma o Processo em local para o exercício da Democracia Participativa, relevado a sobreposição do contexto sobre o texto, projetando um Direito (des)construtivo, possibilitador de novos horizontes.

Buscou-se destacar a atualidade e necessidade de ampliação sobre o tema exposto, uma vez que o debate sobre esses novos horizontes ao Processo Civil são recentes, e merecem uma apreciação da comunidade jurídica, devendo ser levado lado a lado como elemento fortificador e concretizador da Constituição Federal.

Com isso, o processo judicial democrático representa “o processo como vocação dos nossos tempos” (SANTOS, 2020, p.15-47).

## Referências

ACOSTA, Hermógenes. **Proceso Civil y Constitución**. In: ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ I JUNOY, Joan (coords.). **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed.. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005.

ACOSTA, Hermógenes; PLAZAS, Jose Machado; SUZAÑA, Manuel Ramírez; PICÓ I JUNOY, Joan. **Constitucionalización del Proceso Civil**. 1ª Ed. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005.



ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. El Derecho Fundamental a un Proceso Justo, llamado también Debido Proceso. **Proceso & Justicia**. Perú, 2000, Lima, pp.67-81.

CASTILLO, Alcalá-Zamora. **Principios técnicos y políticos de una reforma procesal**. Honduras: Publicaciones de la Universidad de Honduras, 1950.

AROCA, Juan Montero. **Proceso Civil e Ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BEDOYA, Julia Victoria Montaña. **Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano**. Encuentro XX Panamericano de Derecho Procesal - Santiago, Chile, 2007 – Ponencias.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do Juiz, Processo Civil e suas Relações com o Direito Material**. Volume 2. Coleção Estudos de Direito em Homenagem ao Prof. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

FEBRAJJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**.

Constituição e Teoria dos Sistemas. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

FIX ZAMUDIO, Hector. **La protección procesal de los derechos humanos**. Madrid: Civitas, 1982

FIX ZAMUDIO, Hector. **Introducción al Derecho Procesal Constitucional**. Primera Edición. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002.

GUILLEN, Víctor Fairen. **Bases uniformes de legislación procesal**. Comunicación que presentó a la V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá, junio de 1970.

GUILLEN, Víctor Fairen. **Teoría General del Derecho Procesal**. Primera Edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. **La Influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil**. In: Revista Justicia, 1983, n.º 1. pp.9-40.  
MIGUEL, Carlos Ruiz. Nuevos Desarrollos de la Teoría de los Derechos Fundamentales como Retos para el Derecho Procesal Constitucional. **Vox Juris**, n.º 31, 2016, pp.133-143.

MORELLO, Augusto M. **El Derecho y Nosotros**. La Plata: Librería Editora Platense, 2000.

NOSETE, José Almagro. **Garantías Constitucionales del Proceso Civil**. In: Revista Justicia n. 81, 1981, número especial. Barcelona.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, jul-dez de 2010.

OLIVEIRA, Alvaro. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. In: C. A. OLIVEIRA, Alvaro. (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

OLIVEIRA, Alvaro. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008 .

PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013. 329 p. Tesis Doctoral.

RAMÍREZ, Sergio García. **Temas Atuais**. Primera Edicion. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2002.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. La Dimensión Constitucional del Principio de Contradicción y sus Reflejos en el Derecho Probatorio Brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, 2014, Bogotá, pp.101-120.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do Direito Processual: da jurisdição ao processo**. Tese (Doutorado em Direito) – Escola de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, p.840, 2018.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do direito processual** (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do Direito. Tomo I. 1ª ed. Rio de Janeiro:

Pembroke Collins, 2020.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do direito processual** (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do Direito. Tomo II. 1ª ed. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

# TENDÊNCIAS PARA O APRIMORAMENTO DO DIREITO AMBIENTAL A PARTIR DE UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DE “CIDADES INTELIGENTES”

JOSÉ IRIVALDO ALVES O. SILVA<sup>97</sup>  
LUANNA ALERTSEA R. CINTRA<sup>98</sup>

## 1 Introdução

Está-se em um processo frenético de modernização que resulta em diversas incógnitas acerca do futuro. O momento de pandemia vivido durante a escrita desse capítulo demonstra com agudeza o que se menciona. Parece que o mundo não se preparou para mais um evento pandêmico, que já ocorre ciclicamente no planeta. Entretanto, há um caminho de esperança guiado pelas mudanças do direito e a consolidação da democracia diante dos fluxos e contrafluxos que as sociedades contemporâneas estão vivenciando.

Nessa direção, é preciso contextualiza esses influxos com um conceito emergente, o de cidades inteligentes. Dessa forma, o presente capítulo visa apresentar esse conceito de cidades inteligentes e refletir de que forma pode-se constituir uma agenda ambiental essencial no contexto de democracias considerando mudanças complexas, especialmente nas cidades. O objetivo é pensar de que forma poder-se-á manter um panorama evolutivo de uma agenda ambiental diante da mutação que o mundo vivencia especialmente nas cidades. Dessa forma, a intenção é, através da pesquisa bibliográfica e documental, cumprir o objetivo que se traçou supra, de modo que se tenha clareza das perspectivas que se aguardam.

---

<sup>97</sup> Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor efetivo da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). E-mail: irivaldo.cdsa@gmail.com.

<sup>98</sup> Bolsista do Programa Institucional de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Graduada em Gestão Pública. E-mail: luannaalertsea@gmail.com.

Nesse estudo não se vai fazer uma abordagem a partir de todos os olhares mas através da bibliometria entender quais são as tendências, e dentro dessas como a gestão pública poderá atuar e qual o lugar do público num novo modelo de espaços urbanos e como transformar isso numa resposta legislativa, legal, jurídica que possa influenciar os tomadores de decisão como gestores públicos e o poder Judiciário como ator protagonista na fiscalização e até implementação de políticas públicas. (CAPELLA, 2018).

## **2 Uma questão terminológica: os *ethos* das cidades inteligentes**

### **2.1 As cidades**

As transformações sociais e geográficas ao longo da história resultaram em uma certa dificuldade para compreender e estabelecer uma apropriação conceitual para a palavra cidade, segundo Vasconcelos (2002) uma primeira dificuldade reside sobre o fato de esta ser vista como um conjunto de objetos e indivíduos que possuem especificidades a depender do território particular. Seguindo na mesma linha, Lencioni (2008) afirma que o conceito de cidade é obscuro, tendo em vista a complexidade de elaborar uma única resposta que abarque cidades pequenas, de 2.000 habitantes em média, a locais com milhões de habitantes, apresentando características únicas e distintas.

Baseando-se nos autores anteriormente mencionados, torna-se notório que a multiplicidade e variedade do objeto de estudo dificultam a sua definição, entretanto, Ultramari (2019) utiliza do termo cidade-aldeia sob o viés de quatro meios para diferenciar e compreender o termo, sendo estes: 1) a demográfica-quantitativa, em que permite distinguir os indivíduos entre rurais e urbanos e residentes de cidades de pequeno, médio e grande porte. Estes dados são utilizados por institutos de geografia e estatística, objetivando auxiliar por exemplo, o repasse de recursos e a tomada de decisões políticas; 2) a sociológica, na qual distingue cidade de aldeia, tendo como diferenciação a maior parte do tempo empregado no interior do convívio coletivo ou no exterior, respectivamente; 3) a arquitetural, distinguindo a cidade de aldeia baseado no tamanho e estrutura dos edifícios e 4) a jurídica, tendo como ponto chave a presença de um estatuto, possuindo

também, um caráter administrativo e político, fundamentais para o seu funcionamento.

Em contribuição, Park (1915) afirma que o termo cidade está além de suas instituições, tendo estas significado ao serem geridas e apropriadas, adentrando portanto em um caráter mais jurídico sobre o pensamento anterior. Embora as definições dos autores já estejam antigas, estas concepções não se modificaram muito ao longo dos anos, além disso Pereira (2001) questiona o motivo pela qual o termo atravessou séculos sem alterações, tendo em vista a sua constante mutação orgânica.

Atualmente, os dicionários ainda relacionam o significado com delimitações geográficas e oposição à vida rural, revelando uma inconsistência e clareza conceitual, tendo em vista que as atividades agrícolas fazem parte da realidade de muitas cidades, assim como, sua concepção envolve mais aspectos do que apenas dados quantitativos, revelando que o gerenciamento das cidades possui desafios, sendo um dos maiores o próprio início, a compreensão em se do objeto. O que se verifica atualmente é uma busca pelo sincretismo, a união entre natureza e cidade, o rural e o urbano, enfim, a síntese uma vida mais holística.

Assim, por longos anos o crescimento das cidades, o processo de urbanização, só aumentou, trazendo graves prejuízos ambientais e diminuindo a qualidade de vida da sociedade. Com esses processos e o aumento da complexidade das cidades, se faz necessário cada vez mais uma gestão pública eficiente, que consiga alcançar pelo menos um mínimo controle aos prejuízos causados por esse descontrolado aumento urbano e que garanta os direitos fundamentais a todos da sociedade. Atualmente, os dicionários ainda relacionam o significado com delimitações geográficas e oposição à vida rural, revelando uma inconsistência e clareza conceitual, tendo em vista que as atividades agrícolas fazem parte da realidade de muitas cidades, assim como, sua concepção envolve mais aspectos do que apenas dados quantitativos, revelando que o gerenciamento das cidades possui desafios, sendo um dos maiores o próprio início, a compreensão em se do objeto.

## **2.2 Elementos que formam o conceito de cidades inteligentes**

Assim como o termo cidade, *smart city* é um conceito que ainda está em processo de construção. Surgiu na década de noventa, tendo como intuito definir o desenvolvimento urbano baseado na tecnologia, inovação e globalização. Na segunda metade da década de 2000, com o estudo de Giffinger et al (2007), o conceito de *Smart City* ganhou amplitude no debate científico (RIZZON *et al.* 2017, p. 4). Estes forneceram um modelo de *smart city* caracterizada como uma cidade que deveria possuir seis premissas básicas: economia inteligente, pessoas inteligentes, governança inteligente, mobilidade inteligente, ambiente inteligente e vida inteligente. Por sua vez, Odendaal (2003) afirma que *Smart City* é o meio no qual se capitaliza utilizando as oportunidades oferecidas pelas TICs (Tecnologia da Informação e Comunicação) para promover seu desenvolvimento e prosperidade.

O uso da tecnologia tornou-se ponto chave na compreensão do que seriam as *smarts cities*. Dessa forma, para Rizzon *et al.* (2017), na literatura atual, este conceito é fortemente caracterizado pela ampla utilização e correlação das TICs nas organizações tradicionais, assim como, sua importância para melhorar a participação ativa da sociedade em questões de gestão. Tornando assim, a tecnologia fundamental para solucionar os problemas das cidades e consequentemente melhorar o nível de desenvolvimento e qualidade de vida.

Apesar da importância do uso das tecnologias para melhorar o desenvolvimento urbano, seja de caráter social ou econômico, é necessário analisar se o foco do conceito *Smart City*, centraliza-se apenas na tecnologia, tendo em vista que essa deturpação de compreensão, tiraria do centro da discussão outras questões importantes para o desenvolvimento.

Esta compreensão acadêmica relacionando tecnologia às *smarts cities*, deve cada vez mais ampliar suas discussões para áreas como desenvolvimento sustentável, sobretudo quanto à gestão dos recursos hídricos, buscando utilizar as tecnologias para desenvolver e promover meios mais baratos e práticos para reutilização da água, assim como, melhorar suas diversas faces, visando garantir saneamento e nível de qualidade básicos, promovendo o mínimo de desenvolvimento urbano.

No campo da gestão pública é possível identificar algumas produções sobre cidades inteligentes numa abordagem predominantemente interdisciplinar. Entretanto, é preciso sistematizar



melhor essas abordagens de modo que se possa ter pressupostos e princípios para uma gestão pública “inteligente”. Não se entende que seja possível ter uma cidade inteligente sem uma gestão pública “inteligente”.

É importante destacar que a aplicação de tecnologias inovadoras, especialmente no campo das tecnologias da informação e comunicação continuam sendo também fundamentais para se ter um modelo de cidade inteligente, inclusiva e uma sociedade cidadã inteligente, essa última caracterizada por um alto nível de integração (WIESMETH *et al.*2020). Além disso, esse conceito de *smart cities* fundamenta-se também na concepção de acesso público à informação na sua compreensão enquanto direito fundamental e humano, sendo base das democracias modernas (JEFFEREY e STAEHELI, 2016).

Khan e Peter-Anders (2018) compreendem também que esse modelo de cidades inteligentes tem como base um aumento no volume de informações e da movimentação dessas informações que são trocadas em bilhões de dados e possuem uma governança aprimorada e processos participativos para desenvolver serviços públicos adequados, transporte e infra-estruturas de energia que possam garantir desenvolvimento socioeconômico sustentável, ambiente saudável, qualidade de vida aprimorada e gerenciamento inteligente de recursos ambientais e naturais.

A isso tudo pode-se adicionar como elemento dessa governança aprimorada a forma como se dá acesso público às informações. As cidades são grandes coletoras de quantidades cada vez mais maciças e heterogêneas de dados (texto, vídeo, áudio), alguns deles são estáticos, mas partes cada vez maiores são em tempo real e que tem grande utilidade para a formação do que se compreende como gestão pública “inteligente”. Esse contexto potencializa uma realidade cada vez mais comum de *big data* sendo estratégico principalmente quando se pensa no acesso público a essas informações, considerando o volume, a velocidade (geração em tempo real), a variedade (extremamente heterogênea), a veracidade e o valor (muito útil para aplicativos de negócios e pesquisa) (CESARIO, 2018).

Outra questão a ser levada em consideração, atualmente, é a qualidade da atuação de governos e de empresas em face do meio ambiente sendo um dado fundamental para boa parte da população,

pois em tempos de pandemia ou de doenças que atingem o mundo inteiro e que tem origem na interferência do ser humano na natureza, muitos querem saber se essa atuação é danosa ou não para o futuro do Planeta, não sendo possível pensar num espaço urbano que não seja saudável. (WHO, 2019; WHO, 2020). O acesso às informações ambientais deve ser público no que se refere à poluição, ao desmatamento, às queimadas de florestas, à biodiversidade, à qualidade da água, à qualidade do esgoto, entre outros dados que possam interessar aos cidadãos no acompanhamento e monitoramento das ações do governo e de suas políticas públicas, sendo possível alertar acerca de níveis de preservação que não estejam adequados.

A disponibilização de informações com objetivos ligados ao desenvolvimento sustentável é cada vez mais um requisito essencial no modelo de acesso público e um item fundamental e básico para se ter uma gestão pública “inteligente” e por conseguinte uma cidade inteligente (JANOWSKI *et al.*, 2018). Pode-se citar como exemplo o caso dos resíduos eletrônicos que são um problema global e é preciso monitorar como está sendo a circulação desses objetos e qual tem sido o destino final desses de forma a não poluir o meio ambiente, uma vez que boa parte deles é produzido nas cidades. (KUMAR *et al* 2018). A informação acerca disso pode auxiliar na implementação de políticas ambientais através da pressão exercida pela população e organismos ambientais públicos e privados.

Governos e empresas usam ferramentas de georreferenciamento interligadas a bancos de dados diversos, de tal modo que é possível acompanhar a vida dos cidadãos, os locais que eles frequentam, o que e onde eles compram seus bens, enfim, é possível monitorar as pessoas. Isso já é normal na relação que se tem com a internet e os celulares que funcionam como GPS (*Global Positioning System*) monitorando as pessoas, servindo para melhorar a vida, bem como sendo útil para governos e empresas privadas para obterem informações.

Está-se direcionando para outro patamar chamado de dados espaciais cibernéticos, com tecnologias mais apuradas de armazenamento de dados e segurança, bem como mais exatidão na coleta das informações e, principalmente, integração desses dados considerando sua heterogeneidade na internet ou em outros repositórios, bem como o volume crescente desses dados e a

volatilidade no ambiente virtual (ZASLAVSKY, 2016). As aplicações são inúmeras dentre elas: geologia, ecologia, hidrologia e meio ambiente, ciências biomédicas, entre outras.

É possível, por exemplo, verificar-se a qualidade do ar em zonas nas cidades e estratificar o nível de poluição em cada uma, o que pode auxiliar na gestão das cidades, assim como ajudar aos tomadores de decisão na implementação de políticas de mitigação e eliminação dessa poluição (PEARCE *et al*, 2016). Pode-se mapear os locais onde o ar é mais puro, mais limpo, e onde ele está com maior percentual de poluentes.

Nesse contexto, somando-se à atual situação de pandemia global, pensa-se cada vez mais na vida em espaços salubres e que possuam condições de qualidade ambiental que forneçam serviços ecossistêmicos para a vida no Planeta, tais como água e ar de qualidade, e todas as condições necessárias para uma relação harmônica entre seres humanos e a natureza. A sensação que se tem é que o ideário da Eco-92, em que se estabeleceu um novo paradigma conhecido como Desenvolvimento Sustentável, foi pulverizado e a humanidade não conseguiu cumprir o que se propunha e o que se propôs posteriormente em outros acordos como o do clima.

A pandemia vem mostrar mais uma vez que se precisa superar esse paradigma do desenvolvimento sustentável e passar para outro. Diante de microorganismos que se espalham com tanta rapidez num mundo interconectado como o atual é preciso estabelecer barreiras éticas que façam pensar na possibilidade de doenças zoonóticas mais frequentes, ou seja, geradas a partir de animais na natureza para o homem, como confirmou o relatório da Organização Mundial da Saúde. (WHO, 2019). É possível um novo paradigma? Não se sabe ainda. Porém, é viável aprofundar princípios e diretrizes para a vida nas cidades, uma vez que mais de 80% da população mundial vive em aglomerados urbanos dos mais diversos. (SILVA, 2020). Pelo menos por enquanto não há previsão de mudança desse panorama urbano, uma vez que depende cada vez mais de decisão política dos agentes públicos nacionais e internacionais que devem ser reorientadas sob novas diretrizes.

Desse modo, no campo da gestão pública é preciso criar rotinas, protocolos, princípios e diretrizes para esse novo paradigma que precisa ter como centralidade uma dimensão ecológica. Desse modo,

surge uma nova terminologia cidades inteligentes, que precisa ser melhor investigada diante das possibilidades, que chama atenção por esse adjetivo “inteligente”. É possível fazer uma ligação a priori que uma “cidade inteligente” é uma cidade tecnológica.

Mas se restringe à tecnologia? (COSTA e HARDAGH, 2018). Ou essa pode ser o caminho para conferir uma amplitude de possibilidades muito maior que possa estabelecer uma melhor interrelação entre a cidade e a natureza por exemplo, numa busca mais consistente por uso e acesso racional aos bens ambientais, como a água, o ar, as florestas, o solo estabelecendo uma interligação e não uma abordagem separada. Talvez a terminologia *smart cities* (cidades inteligentes) seja a possibilidade de se fazer concretamente uma convergência real entre setores que no cotidiano da gestão pública estão separados. Desse modo, diante da premência de uma objetividade e clareza, escolheram-se algumas dimensões que se reputam fundamentais minimamente para se constituir concretamente a dignidade humana, quais sejam:

- 5 Saneamento básico;
- 6 Segurança hídrica;
- 7 Mudanças climáticas;
- 8 Desastres.

Esses termos não foram escolhidos ao acaso, pois eles fazem parte de um conjunto básico para se ter uma vida digna, considerando que saneamento se divide entre acesso à água potável, ao esgotamento sanitário tratado, à limpeza urbana, à drenagem urbana e à disposição final de resíduos sólidos. Nesse contexto, tem-se três setores fundamentais para a saúde humana e a qualidade ambiental quais sejam: a qualidade da água para consumo, a qualidade das águas utilizadas e descartadas e os resíduos sólidos. Tem-se um problema internacional cuja dinâmica é um movimento Planetário de resíduos e, portanto, poluição, e não sendo possível pensar de forma separada mas tentar construir uma solução global. (POPPE, 2018).

Entretanto, há um aspecto muito particular que também diz respeito a todas as formas de vida na terra e às atividades desenvolvidas pela humanidade, a segurança hídrica considerada como sendo o nível de disponibilidade de água para múltiplos usos. Tem-se um panorama

de estresse hídrico considerável pautada por uma distribuição irregular dos mananciais de água pelo mundo que sofre as influências da forma como são distribuídas para diversos usos, principalmente a manutenção da vida. (UNESCO, 2017; UNESCO, 2019; UNESCO 2020).

Nesse diapasão, o processo deletério do clima incide sobre esses fatores, ou setores, com seus efeitos, destacando-se as mudanças nos padrões de temperatura, do ciclo da água, que impelem a necessidade do redimensionamento da vida humana em prol de uma melhor distributividade dos recursos, embora que os fenômenos originados dessa mudança climática já estão em curso e se está diante da necessidade de mitigar efeitos ou de convivência com esses. Nessa dimensão de mudanças climáticas essencialmente está a necessidade de preservação ambiental, ou seja, de uma matriz ecológica muito forte. (LEITE *et al.*, 2017; VOIGT, 2013; BOLSELTMANN, 2014).

Como resultado desse, é preciso pensar na dimensão dos desastres como a materialização de um processo de má gestão ambiental, urbana, que vem dizimando, ceifando vidas e produzindo contaminação do solo e dos mananciais de água tanto superficiais como subterrâneas, necessitando pensar em termos de capacidade dos espaços urbanos e da natureza em suportar esse nível de intervenção e alteração do arranjo planetário, ou seja, o termo resiliência deverá estar inserido nessas reflexões e cruzamentos em prol da compreensão e alargamento dessa em face da expressão *smart cities*. (CARVALHO, 2015).

Esses pontos justificam a necessidade desses elementos para as ações públicas avançando para um contexto de gestão pública “inteligente”, considerando o panorama da produção científica acerca do conceito e das percepções sobre *smart cities* e o cruzamento dessas com setores que, na verdade, estão intimamente interligados para se pensar num projeto bem sucedido de bem-estar ambiental nas cidades. Isso pautado em uma compreensão de que a ciência deve influenciar nas decisões das autoridades administrativas e judiciais, assim como compreendeu o Supremo Tribunal Federal recentemente sobre a aplicação obrigatória das recomendações de entidades de reconhecida reputação mundial como a Organização Mundial da Saúde (OMS) com base em evidências técnicas e científicas. (BRASIL, 2020).

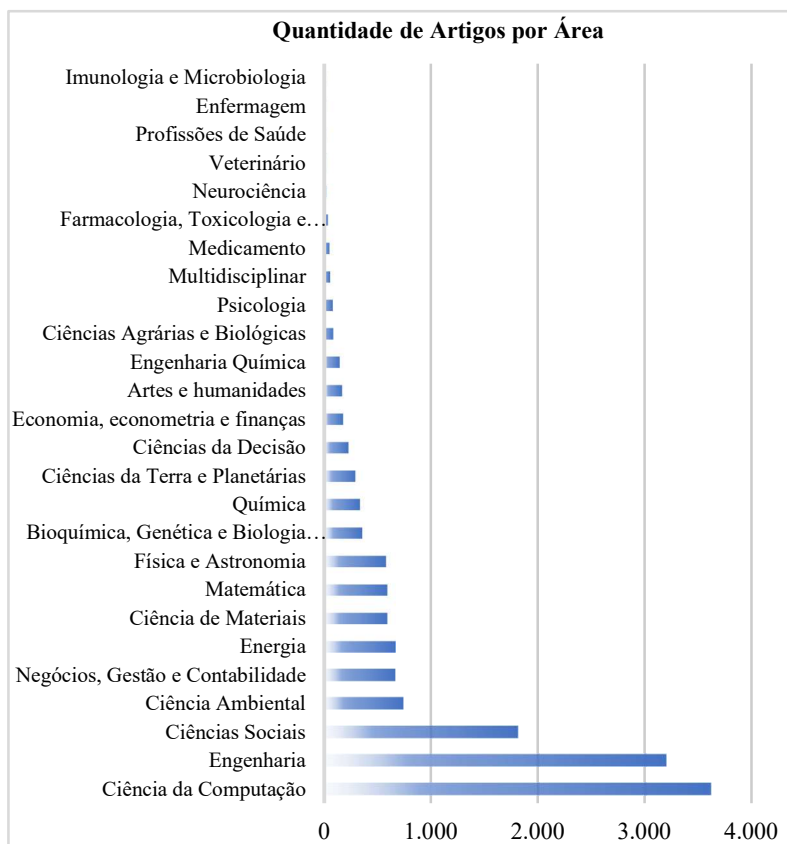
Essa foi uma decisão paradigmática porque vincula, obriga e limita o campo da discricionariedade do gestor público face às ações que já

tenham um direcionamento estabelecido pela ciência. Portanto, é seminal que as decisões da gestão pública e do judiciário se apoiem em evidências técnicas e científicas.

### **3 Linhas a serem consideradas e mapeamento da diversidade de conceitos de cidades inteligentes**

Em abril de 2021 o levantamento foi refeito na base de dados Scopus a fim de verificar como a base classifica por área estes documentos. Neste período havia um leve aumento na quantidade de artigos resultantes, considerando que a base de dados é atualizada constantemente, mesmo assim essa classificação foi observada, para verificarmos de modo geral como estes artigos estão dispostos por área. Vale salientar que a soma total da quantidade de artigos em cada área é maior que a quantidade total de artigos gerados no levantamento, porque há alguns classificados em mais de uma área. O gráfico 1 demonstra essa classificação, apresentando que a área de Ciências da Computação, remetendo a tecnologia, é a área que mais abrange publicações. Seguido da área de Engenharia e Ciências Sociais.

Gráfico 1. Quantidade de artigos por área classificados pela base de dados da Scopus.



Fonte: Elaboração própria com dados da base Scopus.

Para se verificar destes quais os mais citados, foi utilizado o software VOSviewer. O tipo de análise *citation* que forma grupos e ligações dos documentos baseados em quantas vezes eles citam uns aos outros, nos permite ter um parâmetro de quais os documentos de maior destaque pelo número de citações que estes recebem dos demais documentos do próprio levantamento. No software utilizado há a possibilidade de

realizar uma exportação da lista de quais os documentos e suas respectivas quantidades de citações, antes da formulação do mapa de fato. Assim, foi realizada essa exportação e verificada, em ordem do maior para o menor quais os documentos mais citados, dentro do levantamento. Seguindo o protocolo apresentado no diagrama 1 e com o auxílio do Mendeley, esses documentos selecionados foram detectados para download e análise individual em busca da realização do objetivo 1 de verificar o estado da arte da expressão *smart cities* a partir da base Scopus® e sumarizar todos os conceitos que foram elaborados em estudos mundiais e extrair os elementos comuns e díspares desses.

Dos documentos selecionados para a análise completa alguns apresentaram um conceito próprio do(s) autor(es) ou apresentaram uma revisão da literatura seguida das percepções ou das definições mais aceitas pelo(s) autor(es). Se verifica que há concordância entre muitos autores de que o conceito de cidades inteligentes ainda está em construção, não sendo um conceito bem definido devido as muitas variações conceituais expressas na literatura (VANOLO, 2016; BAKICI, et al., 2012; ANGELIDOU, 2015; BEM LETAIFA, 2015; MORA, et al., 2017; YIGITCANLAR et al., 2018). “Atualmente, dezenas de descrições diferentes do que é uma cidade inteligente podem ser encontradas na literatura” (ANGELIDOU, 2015). “Essa diversidade de ideias cria certos problemas conceituais na discussão de cidades inteligentes, uma vez que diferentes escritores invocam aspectos bastante variados em sua definição do termo” (HOLLANDS, 2015). “Esta variedade de visões e facetas sobre o conceito de cidades inteligentes é uma expressão da multiplicidade de domínios da vida urbana aos quais a tecnologia e as intervenções políticas podem ser aplicadas” (NEIROTTI et al., 2014).

De fato, o que se verifica é que há uma diversidade de definições para cidades inteligentes, diversas e diferentes características utilizadas pelos autores na busca para definir cidades inteligentes, características essas consideradas como essenciais para se alcançar o almejado adjetivo de ‘inteligente’. “O que é certo, porém, é que as cidades inteligentes representam um campo multidisciplinar, constantemente moldado por avanços em tecnologia e desenvolvimento urbano” (ANGELIDOU, 2015). Uma característica comum a todas as definições de cidades



inteligentes é o uso de tecnologias, onde alguns autores a tem como elemento definidor único ou mais essencial, mas a maioria dos artigos analisados ver o uso da tecnologia como essencial, mas não mais importante que as demais características. “O conceito de cidade inteligente está longe de se limitar à aplicação de tecnologias às cidades.” (ALBINO et al., 2015), este autor, por exemplo, busca apresentar que cidades inteligentes vai além do uso de TIC's mas sem negar que este é um elemento-chave na transformação de vida e trabalho e diz ainda que o “rótulo “cidade inteligente” deve se referir à capacidade de pessoas inteligentes em gerar soluções inteligentes para problemas urbanos”. Por fim, Anttiroiko et al. (2014) diz que “em todas as conceitualizações sofisticadas, a inteligência vai além do tipo de inteligência que pode ser reduzida à aplicação de novas TICs. É por isso que as dimensões social e ecológica são elementos essenciais do conceito de cidade inteligente.”

Alguns autores identificam linhas de pensamento das diferentes formas de definição de cidades inteligentes. Neirotti et al. (2014) diz que “[...] não existe um modelo de cidade inteligente dominante mundial, mas existem pelo menos dois modelos: um focado na visão da tecnologia e outro que enfatiza os aspectos soft.”. Meijer e Bolívar (2016) em seu trabalho dizem que encontraram na literatura três noções diferentes para definição de cidades inteligentes: “encontramos três tipos diferentes de definições típicas-ideais: cidades inteligentes como cidades que usam tecnologias inteligentes (foco tecnológico), cidades inteligentes como cidades com pessoas inteligentes (foco em recursos humanos) e cidades inteligentes como cidades com colaboração inteligente (foco de governança).”

Ahvenniemi et al. (2017) diz “em essência, pode-se resumir que há duas correntes principais na discussão atual sobre cidades inteligentes: 1) a abordagem orientada para as TIC e tecnologia e 2) a abordagem orientada para as pessoas”. Kummitha e Crutzen (2017), apresentam escolas de pensamento que avaliam as cidades inteligentes sob diferentes perspectivas, mas basicamente eles dizem que “existem duas abordagens abrangentes para falar sobre cidades inteligentes - o método orientado pela tecnologia (TDM) e o método dirigido pelo homem (HDM).”

Mora et al. (2017) identifica também que há dois modelos dominantes de definição de cidades inteligentes: um grupo que as cidades inteligentes são descritas como o resultado da combinação equilibrada de aspectos humanos, sociais, culturais, econômicos, ambientais e tecnológicos, que estão lado a lado. E outro grupo que “fornecem uma interpretação tecnocêntrica de cidades inteligentes”. Por fim, Gil-Garcia et al. (2015) dizem que “a maior parte do que poderia ser considerado a definição dominante de cidade inteligente vê as tecnologias da informação como o único, ou pelo menos o componente mais importante da inteligência. No entanto, autores de diferentes disciplinas estão cada vez mais propondo definições que vão além do uso de tecnologias de informação.”

Alguns trabalhos definem cidades inteligentes de forma geral e conceitual como alguns exemplos na tabela abaixo. Outros trabalhos, porém, definem cidades inteligentes a partir de características ou dimensões que estas devem apresentar. As dimensões mais comentadas pelos autores, mesmo que referenciando outros, são: economia inteligente, mobilidade inteligente, ambiente inteligente, pessoas inteligentes, vida inteligente e governança inteligente (LEE et al., 2014; BEM LETAIFA, 2015; SCHUURMAN et al., 2012; BIFULCO et al., 2016).

Anthopoulos (2017) acrescenta ainda infraestrutura inteligente, serviços inteligentes e tecnologia inteligente. Lee et al. (2014) também comentam sobre alguns outros componentes necessários para o desenvolvimento de cidades inteligentes que são: Abertura Urbana, Inovação de Serviço, Formação de Parceria, Proatividade Urbana e Integração de Infraestrutura. Para Mohanty et al. (2016) os componentes de uma cidade inteligente são: infraestrutura inteligente, edifícios inteligentes, transporte inteligente, energia inteligente, saúde inteligente, tecnologia inteligente, governança inteligente, educação inteligente e cidadãos inteligentes. Para esses autores esses componentes ou dimensões são as características que definem as cidades inteligentes bem como, para alguns, são também indicadores para avaliar estas cidades.

Tabela 1. Algumas definições gerais de cidades inteligentes dos artigos analisados.

Conceito	Autor
Cidade em que as TIC se fundem com infraestruturas tradicionais, coordenadas e integradas através de novas tecnologias digitais.	Batty, M., Axhausen, K. W., Giannotti, F. et al.
Uma cidade inteligente utiliza tecnologias de informação e comunicação (TIC) de uma forma que aborda a qualidade de vida, enfrentando os desafios da vida urbana englobados pela utilização mais eficiente de recursos limitados (espaço, mobilidade, energia, etc.).	Jin, J., Gubbi, J., Marusic, S., Palaniswami, M.
Uma cidade eficiente, tecnologicamente avançada, verde e socialmente inclusiva.	Vanolo, A.
[...] a inteligência de uma cidade refere-se à sua capacidade de atrair capital humano e mobilizar este capital humano em colaborações entre os diversos atores (organizados e individuais) através da utilização das tecnologias de informação e comunicação.	Meijer, A., Bolívar, M.
Embora não haja uma descrição aparente sobre o que são Smart Cities, elas podem ser resumidamente explicadas como aquelas cidades que utilizam tecnologias de informação e comunicação com o objetivo de aumentar a qualidade de vida de seus habitantes, proporcionando um desenvolvimento sustentável. Com a implementação de tecnologias de informação e comunicação nos serviços municipais, as cidades passam a ser mais inteligentes na gestão de recursos.	Bakici, T., Almirall, E., Wareham, J.
Podemos ver a cidade inteligente como uma solução de vida integrada que conecta muitos aspectos da vida, como energia, transporte e edifícios de maneira inteligente e eficiente para melhorar a qualidade de vida dos cidadãos dessa cidade.	Al Nuaimi, E., Al Neyadi, H., Mohamed, N., Al-Jaroodi, J.
Cidades infundidas por tecnologias e imaginários digitais.	Gabrys, J.
As cidades inteligentes são criativas e inteligentes. Cidades inteligentes são modelos híbridos que	Bem Letaiifa, S.

<p>combinam inovação aberta democratizada com suporte, coordenação e monitoramento da cidade central.</p>	
<p>A cidade inteligente é baseada em pessoas, tecnologia e organização, e pode haver relações de serviço entre elas. A tecnologia se baseia no uso das TIC para transformar a vida e o trabalho em uma cidade de maneiras relevantes. [...] A dimensão humana é baseada em pessoas, educação, aprendizagem e conhecimento [...]. O elemento de organização é baseado na governança e na política porque a cooperação entre as partes interessadas e os governos institucionais é muito importante para projetar e implementar iniciativas de cidades inteligentes.</p>	<p>Sun, J., Yan, J., Zhang, K.</p>
<p>A cidade inteligente pode ser entendida como uma estratégia urbana que busca soluções tecnológicas avançadas para as questões urgentes que os formuladores de políticas enfrentam hoje, entre as quais a mudança climática tem um papel central.</p>	<p>Viitanen, J., Kingston, R.</p>
<p>Uma cidade inteligente é uma área urbana ultramoderna que atende às necessidades de empresas, instituições e, principalmente, dos cidadãos.</p>	<p>Khatoun, R., Zeadally, S.</p>
<p>Um governo inteligente, ou as organizações e redes dentro de uma jurisdição política (por exemplo, uma cidade, uma nação), usaria tecnologias emergentes e nanotecnologias e várias estratégias de inovação para obter uma boa compreensão de suas comunidades e constituintes (sendo perceptivo), eles usariam essa habilidade para avaliar com precisão as situações ou pessoas (ser astuto), mostrar poder de julgamento agudo (ser astuto) e, em seguida, tomar decisões e responder de forma rápida ou eficaz (ser rápido).</p>	<p>Gil-Garcia, J. R., Helbig, N., Ojo, A.</p>
<p>Uma cidade inteligente é aquela que possibilita a comunicação e o diálogo entre seus stakeholders. Oferece amplas oportunidades e, de fato, espaço público, seja virtual ou real, para que seus habitantes, vistos como indivíduos e cidadãos, exerçam suas</p>	<p>Visvizi, A., Lytras, M. D.</p>

<p>liberdades e deveres. À luz disso, também enfatizamos que a transformação das cidades e dos espaços urbanos via TIC deve ser fundada no reconhecimento de que o indivíduo está no centro do processo e que a transformação do espaço urbano via TIC deve ter como objetivo o avanço e preservação das liberdades civis.</p>	
<p>[...] um conjunto de complexos processos socioecológicos, tecnológicos e econômicos, que não são apenas infundidos, mas também reformulam as relações de poder na cidade.</p>	March, H., Ribera-Fumaz, R.
<p>Hoje, essas cidades representam um conjunto de sociedades hiperconectadas que adotam com entusiasmo as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) como um componente-chave da infraestrutura das cidades modernas.</p>	Calzada, I., Cobo, C
<p>Em um nível teórico, a ideia de cidade inteligente deve ser visto como um teoria sociotécnica da ação. O termo sócio técnico reflete uma ênfase em fatores sociais e técnicos. [...] De acordo com essa perspectiva, uma cidade inteligente não é definida apenas por TI, mas também pelo uso de artefatos de TI (como bancos de dados, sensores e redes) embutidos em contextos organizacionais e sociais mais amplos.</p>	Goodspeed, R
<p>Resumidamente, uma cidade inteligente é um lugar onde as redes e serviços tradicionais se tornam mais flexíveis, eficientes e sustentáveis com o uso de tecnologias da informação, digitais e de telecomunicações, para melhorar suas operações em benefício de seus habitantes. Cidades inteligentes são mais verdes, seguras, rápidas e amigáveis.</p>	Mohanty, S., Choppali, U., Kougianos, E.

Fonte: Elaboração própria

Deste modo, verifica-se que de fato o conceito de cidade inteligente ainda é muito incerto. Muitos autores da atualidade têm utilizado esse termo para expressar não apenas o uso das TIC's nas cidades, mas além

disso, enfatizar a importância de uma série de características fundamentais para que as cidades se tornem inteligentes, como os componentes ou dimensões supracitadas. Chama-se atenção especialmente para a dimensão de pessoas inteligentes pois, nos artigos analisados, também há muitas críticas acerca da importância que a governança das cidades atribui a esse componente, as formas como lidam com as pessoas nas cidades inteligentes e como estas participam como cidadão desta sociedade e não apenas como um usuário ‘alienado’.

Além disso, muitas críticas também se formam em torno do uso exagerado ou errôneo das TIC’s e da utilização da tecnologia inteligente como um fim em si própria e das consequências que isso pode trazer, como aumento das desigualdades sociais, pois muitas vezes as organizações utilizam as tecnologias sem observar os impactos que estas causam. “As tecnologias emergentes e a inovação para o setor público não são um fim em si, mas um meio para cumprir a promessa feita aos usuários e cidadãos.” (GIL-GARCIA, HELBIG, OJO, 2014).

## 5 Conclusão

A linha trazida no presente capítulo pode auxiliar na adoção de uma postura mais expansiva e flexível em face da percepção do que seja cidades inteligentes e de que modo o direito pode auxiliar no estabelecimento das condições objetivas e fundamentais para que haja impactos positivos na vida das pessoas e ecossistemas.

É preciso pontuar que a tecnologia deve estar a serviço da qualidade de vida das formas de vida existentes no planeta. Esse é um ponto principal. Pare que o conceito de cidades inteligentes deve se aproximar cada vez mais da compreensão do que vem a ser uma cidade sustentável.

A compreensão mais adequada e que se associada à dicção do art. 225 da Constituição Federal brasileira é que só haverá um meio ambiente saudável e equilibrado se houver cidades sustentáveis, aí sim poder-se-á falar em cidades inteligentes, espaços territoriais que utilizam a tecnologia para preservar a vida, através da proteção da água, por exemplo, e todos os ecossistemas que esteja tanto na zona urbana, como periurbana e rural. Essa teve ser uma composição de uma gestão e governança integrada de elementos essenciais para a sobrevivência.

Portanto, é preciso uma releitura da expressão cidades inteligentes sendo compreendida como o resultado de uma série de providências presentes nas diretrizes normativas e programáticas da Constituição de 1988 e que precisam se tornar realidade de modo a legitimar a presença do adjetivo “inteligente”.

## Referências

AHVENNIEMI, H. *et al.* What are the differences between sustainable and smart cities?. **Cities**, v. 60, n. 2, p. 234-245, 2017. <http://dx.doi.org/10.1016/j.cities.2016.09.009>.

ALBINO, V.; BERARDI, U.; DANGELICO, R. M. Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives. **Journal of Urban Technology**, v. 22, n. 1, p. 3-21, 2015. DOI: 10.1080/10630732.2014.942092.

AL NUAIMI, E. *et al.* Applications of big data to smart cities. **Journal of Internet Services and Applications**, 2015. DOI 10.1186/s13174-015-0041-5

ANGELIDOU, M. Smart cities: A conjuncture of four forces. **Cities**, v. 47, p. 95-106, 2015. <http://dx.doi.org/10.1016/j.cities.2015.05.004>.

ANTHOPOULOS, L. Smart utopia VS smart reality: Learning by experience from 10 smart city cases. **Cities**, 2016. <http://dx.doi.org/10.1016/j.cities.2016.10.005>.

ANTTIROIKO, A.; VALKAMA, P.; BAILEY, S. J. Smart cities in the new service economy: building platforms for smart services. **AI & Society**, v. 29, p. 323-334, 2014. DOI 10.1007/s00146-013-0464-0.

BAKICI, T.; ALMIRALL, E.; WAREHAM, J. A smart city initiative: the case of Barcelona. **Journal of the Knowledge Economy**. 2013, v. 4, p. 135-148. DOI 10.1007/s13132-012-0084-9.

BATTY, M. *et al.* Smart cities of the future. **The European Physical Journal Special Topics**, 2012. DOI: 10.1140/epjst/e2012-01703-3.

BEN LETAIFA, S. How to strategize smart cities: Revealing the SMART model. **Journal of Business Research**, 2015.  
<http://dx.doi.org/10.1016/j.jbusres.2015.01.024>.

BIFULCO, F. *et al.* ICT and sustainability in smart cities management. **International Journal of Public Sector Management**, v. 29, n. 2, p. 132-147, 2016. DOI 10.1108/IJPSM-07-2015-0132.

BOSELMANN, K. Global environmental constitucionalism. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 12, n. 16, p.372-390, jan./dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direito de Inconstitucionalidade, DF. Requerente: Rede Sustentabilidade. Brasília, 21 de maio de 2020.

CALZADA, I.; COBO, C. Unplugging: Deconstructing the Smart City. **Journal of Urban Technology**, v. 22, n. 1, p. 23-43, 2015. DOI: 10.1080/10630732.2014.971535

CAPELLA, A. C. N. **Formulação de Políticas. Brasília**: Enap, 2018.

CARVALHO, D. W. de. **Instrumentos de prevenção a desastres: as medidas não estruturais e a construção de cidades resilientes**. In Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 20 - n. 1 - jan-abr 2015.

CESARIO, E. Big Data Analysis for Smart City Applications. Springer International Publishing AG 2018.  
[https://doi.org/10.1007/978-3-319-63962-8\\_140-1](https://doi.org/10.1007/978-3-319-63962-8_140-1).

COSTA, M. M. A. e F. F. da.; HARDAGH, C. C. Cidades Inteligentes são Cidades Saudáveis? Labor & Engenho, Campinas [SP] Brasil, v.12,



n.4, p.525-532, out./dez. 2018.

<http://dx.doi.org/10.20396/labore.v12i4.8654327>.

GABRYS, J. Programming environments: environmentalty and citizen sensing in the smart city. **Environment and Planning D: Society and Space**, v. 32, p. 30-48, 2014. DOI: 10.1068/d16812.

GIFFINGER, R. et al. Smart cities: Ranking of European medium-sized cities (Report). Vienna University of Technology, 2007.

GIL-GARCIA, J. R.; PARDO, T. A.; NAM, T. What makes a city smart? Identifying core components and proposing an integrative and comprehensive conceptualization. **Information Polity**, v. 20, p. 61-87, 2015. DOI 10.3233/IP-150354.

GIL-GARCIA, J. R.; HELBIG, N.; OJO, A. Being smart: Emerging technologies and innovation in the public sector. **Government Information Quarterly**, v. 31, p. 11-18, 2014. <http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2014.09.001>.

GOODSPEED, R. Smart cities: moving beyond urban cybernetics to tackle wicked problems. **Cambridge Journal of Regions, Economy and Society**, 2014. DOI:10.1093/cjres/rsu013.

HOLLANDS, R. G. Critical interventions into the corporate smart city. **Cambridge Journal of Regions, Economy and Society**, v. 8, p. 61-77, 2015. doi:10.1093/cjres/rsu011.

JANOWSKI, T., ESTEVEZ, E., BAGUMA, R. Platform governance for sustainable development: Reshaping citizen-administration relationships in the digital age. *Government Information Quarterly*, 2018. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2018.09.002>.

JEFFREY, A., Staeheli, L. A. *Learning Citizenship: Civility, Civil Society, and the Possibilities of Citizenship*. Springer Science+Business Media Singapore 2016. DOI 10.1007/978-981-4585-57-6\_29.

JIN, J. *et al.* An Information Framework of Creating a Smart City through Internet of Things. **IEEE Internet of Things Journal**, 2014. DOI: 10.1109/JIOT.2013.2296516.

KHAN, Z., Peters-Anders, J. Big Data in Smart Cities. Springer International Publishing AG 2018. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-63962-8\\_33-1](https://doi.org/10.1007/978-3-319-63962-8_33-1).

KHATOUN, R.; ZEDADALLY, S. Smart cities: Concepts, architectures, research opportunities. **Communications of the ACM**, v. 59, n. 8, 2016. DOI:10.1145/2858789.

KUMAR, S., RAWAT, S. Future e-Waste: Standardisation for reliable assessment. *Government Information Quarterly*, 35 (2018) S33–S42. [Http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2015.11.006](http://dx.doi.org/10.1016/j.giq.2015.11.006).

KUMMITHA, R. K. R.; CRUTZEN, N. How do we understand smart cities? An evolutionary perspective. **Cities**, v. 67, p. 43–52, 2017. <http://dx.doi.org/10.1016/j.cities.2017.04.010>.

LEE, J. H.; HANCOCK, M. G.; HU, M. Towards an effective framework for building smart cities: Lessons from Seoul and San Francisco. **Technological Forecasting & Social Change**, 2013. <http://dx.doi.org/10.1016/j.techfore.2013.08.033>.

LEITE, J. R. M., SILVEIRA, P. G. BETTEGA, B. **O Estado de Direito para a natureza: fundamentos e conceitos**. In Dinnebier, F. F. (Org). *Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza.*/ Flávia França Dinnebier (Org.); José Rubens Morato Leite (Org.); - São Paulo : Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017.

LENCIONI, Sandra. **Observações sobre o conceito de cidade e urbano**. GEOUSP-Espaço e Tempo, São Paulo, n. 24, p. 109-123, 2008.

MARCH, H.; RIBERA-FUMAZ, R. Smart contradictions: The politics of making Barcelona a Self-sufficient city. **European Urban and Regional Studies**, v. 23, n. 4, p. 816-830, 2016. DOI: 10.1177/0969776414554488.

MEIJER, A.; BOLÍVAR, M. P. R.. Governing the smart city: a review of the literature on smart urban governance. **International Review of Administrative Sciences**, v. 82, n. 2, p. 392-408, 2016. DOI: 10.1177/0020852314564308

MORA, L.; BOLICI, R.; DEAKIN, M. The First Two Decades of Smart-City Research: A Bibliometric Analysis. **Journal of Urban Technology**, v. 24, n. 1, p. 3-27, 2017.  
<http://dx.doi.org/10.1080/10630732.2017.1285123>.

MOHANTY, S. P.; CHOPPALI, U.; KOUGIANOS, E. Everything You wanted to Know about Smart Cities. **IEEE Consumer Electronics Magazine**, 2016. DOI: 10.1109/MCE.2016.2556879

NEIROTTI, P. *et al.* Current trends in Smart City initiatives: Some stylised facts. **Cities**, v. 38, p. 25-36, 2014.  
<http://dx.doi.org/10.1016/j.cities.2013.12.010>.

ODENDAAL, N. **Information and communication technology and local governance: understanding the difference between cities in developed and emerging economies. Computers, Environment and Urban Systems**, n. 27, p. 585-607. Disponível em:  
<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0198971503000164>. Acesso 20 abril. 2021

PARK, R. The city: suggestions for the investigation of human behavior in the city environment. *The American Journal of Sociology*, v. 10, n° 5, p. 01-36, 1915.

PEARCE, J. L., WALLER, L. A., SARNAT, S. E., CHANG, H. H., KLEIN, M., MULHOLLAND, J. A., TOLBERT, P. E.

**Characterizing the spatial distribution of multiple pollutants and populations at risk in Atlanta, Georgia.** *Spatial and Spatio-temporal Epidemiology*, 18 (2016) 13–23.  
<http://dx.doi.org/10.1016/j.sste.2016.02.002>

PEREIRA, P. C. **Cidade: sobre a importância de novos modos de falar e pensar as cidades.** In: **Bresciani**, Maria Stella. *Palavras da Cidade*, Porto Alegre; UFRGS, p. 261-284, 2001.

POPE, K. **Transferência de resíduos sob a perspectiva da justiça ecológica: rumo à gestão internacional de resíduos.** Tese de doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

RIZZON, F. **Smart City: Um conceito em construção.** *Revista metropolitana de sustentabilidade*, Rio Grande do Sul, v. 07, n. 03, p. 01- 20, Dez. 2017.

SCHUURMAN, D. *et al.* **Smart Ideas for Smart Cities: Investigating Crowdsourcing for Generating and Selecting Ideas for ICT Innovation in a City Context.** *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, Chile, v. 7, n. 3, p. 49-62, dez 2012. DOI: 10.4067/S0718-18762012000300006.

SILVA, J. I. A. O. **Segurança Hídrica Ecológica: fundamentos para um conceito jurídico.** Tese de Doutorado. Program de Pós-graduação em Ciências Jurídicas. Universidade Federal da Paraíba, Brasil, 2020.

SUN, J.; YAN, J.; ZHANG, K. Z. K. **Blockchain-based sharing services: What blockchain technology can contribute to smart cities.** *Financial Innovation*, 2016. DOI 10.1186/s40854-016-0040-y.

UNESCO. **Waste Water: the untapped resource.** Paris, 2017.

UNESCO. **World Water Development Report.** Oxford, 2006.

México: México DF, 2019.

UNESCO. **World Water Development Report: water and climate change**. Paris, 2020.

ULTRAMARI, C.. Conceito de Cidade: Dificuldades e Razões para formula-lo. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, São Paulo, v. 15, n. 06, p. 277-294, nov. 2019.

VANOLO, A. Smartmentality: The Smart City as Disciplinary Strategy. **Urban Studies**, v. 51, n. 5, p. 883-898, 2013. DOI: 10.1177/0042098013494427.

VASCONCELOS, A. A cidade, o urbano, o lugar. *Revista GEOUSP, Bahia, [S.N]*, p. 11-15, 2002.

VISVIZI, A.; LYTRAS, M. D. Rescaling and refocusing smart cities research: from mega cities to smart villages. **Journal of Science and Technology Policy Management**, 2018. DOI 10.1108/JSTPM-02-2018-0020.

VIITANEN, J.; KINGSTON, R.. Smart cities and green growth: outsourcing democratic and environmental resilience to the global technology sector. **Environment and Planning A**, v. 46, p. 803-819, 2014. DOI:10.1068/a46242.

VOIGT. C. **Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law**. Cambridge: Cambridge UP, 2013.

ZASLAVSKY, I. **Cyberinfrastructure for Spatial Data Integration**. Springer International Publishing Switzerland 2016. DOI 10.1007/978-3-319-23519-6\_233-2.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)**. Disponível <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final>

report.pdf, p. 08. Accesso 20/05/20.

**WORLD HEALTH ORGANIZATION. Modes of transmission of virus causing COVID-19: implications for IPC precaution recommendations.** 2020. Accessible from:

<https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/modes-of-transmission-of-virus-causing-covid-19-implications-for-ipc-precaution-recommendations>, Accessed date: 10 April 2020.

**WIESMETH, H., HÄCKL, D., SCHREY, C. Smart institutions: concept, index, and framework conditions.** Springer Nature Switzerland, 2020. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-15145-4\\_7-1](https://doi.org/10.1007/978-3-030-15145-4_7-1).

**YIGITCANLAR, T. et al. Understanding ‘smart cities’: Intertwining development drivers with desired outcomes in a multidimensional framework.** *Cities*, 2018. <https://doi.org/10.1016/j.cities.2018.04.003>

# LA CRISIS SOCIAL GENERALIZADA DEL PERÚ A RAÍZ DE LA CORRUPCIÓN Y AUSENCIA DE LEGITIMIDAD DEL ESTADO<sup>99</sup>

MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA<sup>100</sup>

## 1 Introducción

Al inicio de la presidencia de Pedro Pablo Kuczynski, el 28 de julio del 2016, el Perú ha registrado un contexto de crisis generalizada que ha incidido en el ámbito de la gobernabilidad y de la democracia, registrándose la sucesión de tres presidentes de la República así como la ejecución de cuatro procesos de evaluación y nombramiento en el cargo de la presidencia de la República, cuatro procedimientos parlamentarios de vacancia presidencial, tres procesos penales contra los últimos tres presidentes de la República y un caso de vacío de poder por casi dos días (BERMÚDEZ-TAPIA, 2020, pp. 198-208).

Un panorama complejo que puede resultar complicado de evaluar para quienes no son ciudadanos peruanos y no conozcan las características particulares del país, porque todo el contexto negativo no sólo ha sido provocado por la clase política a cargo del Poder Ejecutivo y del Congreso de la República.

La descripción del período de análisis en el presente texto, limitado a los años 2016 al 2021, permite identificar un contexto muy específico

---

<sup>99</sup> Texto resultado de investigación en el marco del proyecto de investigación “*Análisis del impacto político, económico y social de la corrupción en la gestión pública*”, aprobado y registrado por Resolución de Vicerrectorado de Investigación N° 017-2021-VRI-UPSJB, en la Universidad Privada San Juan Bautista de Perú.

<sup>100</sup> Abogado. Magister en Derecho, Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Profesor de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Universidad Católica de Colombia y de la Maestría en Investigación Jurídica en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez en México.

derivado de un período de análisis comprendido desde 1980, especialmente porque el Estado peruano fue perdiendo legitimidad, funcionalidad y presencia en la misma comunidad nacional, debido a la prestación de servicios públicos de mala calidad que genera una diferenciación entre la población (BERMÚDEZ-TAPIA, 2001, pp. 333-343), una mala calidad en la gestión pública y un pésimo sistema de diálogo con la ciudadanía, debido a los elevados niveles de corrupción (BERMÚDEZ-TAPIA, 2020, pp. 354-371).

Contexto negativo que se ha identificado en tres etapas especiales, en función a las características en las cuales se fue desarrollando por acción directa de los que ejecutaron la dirección del país desde la presidencia de la República, superando con una marcada tendencia el margen de legitimidad de la legislación penal, especialmente ante el macro delito (BERMÚDEZ-TAPIA, 2019, pp. 277-288), que también ha sido registrado en el contexto latino-americano (VALERA Y GARCÍA, 2013, p. 455), generándose una nueva estructura de criminalidad desde la propia estructura del Estado.

Condiciones que permiten detallar el impacto negativo en la gobernabilidad del país (SANDOVAL, 2009, p. 31) que se ha registrado a cuatro presidentes en un período presidencial de cinco años, siendo el mes de noviembre de 2020, en la cual se registró tres procesos de *sucesión presidencial* desde las acciones ejecutadas por el Congreso de la República peruano.

Lamentablemente, el contexto de corrupción incidió tanto en la sociedad peruana que la mayor parte de delitos cometidos desde la dirección del Estado registran una limitada referencia política del ciudadano, conforme se registra en los procesos electorales ejecutados desde 1980 (VIDAL Y LEÓN, 2010, p. 106), donde se ha podido detallar que dos presidentes constitucionales acusados de cometer genocidios y de ejecutar actividades de naturaleza criminal a un nivel generalizado, ganaron una segunda elección y contaban con un elevado nivel de aceptación popular.

El cambio de paradigmas en el ámbito de la gobernabilidad, de la democracia y de la gestión pública (OLIVERA, 2017, pp. 40-55) se han relativizado a tal nivel que conceptos como *interés común* resultan ajenos a la realidad política, social, económica y cultural peruana (BONOMETTI, 2012).



## 2 La constante de la corrupción y el comportamiento social de la comunidad peruana

Geert Hofstede ejecuta una evaluación de las dimensiones culturales, expone las principales características sobre la *aversión al riesgo* y a la incertidumbre, especialmente en contextos de cambios o de crisis sociales, en los cuales se pueden observar procesos de transformación de las instituciones del Estado o de desgobierno que precede a contextos de violencia extrema en un país. En base a estos elementos se toma como punto de referencia a Sánchez Hurtado (2012) respecto del modo de evaluación de cómo reacciona una sociedad ante una situación de crisis política de amplio espectro.

Una valoración que complementa los factores endógenos negativos como también al contexto de la incidencia del proceso de globalización e inserción económica y financiera del Perú en el ámbito internacional, especialmente para la recepción de inversiones que mejoren su infraestructura y red de prestaciones de servicios públicos, sobre la cual resulta importante complementar los aportes de Hoffman (2009, pp. 34-48) en lo referido a las “amenazas híbridas”, respecto de la generación de factores negativos complementarios que inciden en situaciones de corrupción, conforme se puede apreciar en el contexto provocado por la red de empresas brasileñas en los gobiernos nacionales de Latinoamérica, específicamente respecto de casos de corrupción.

Por ello, no es posible evaluar el contexto de la realidad peruana si no se pondera el contexto de complementación de los factores exógenos con los factores endógenos en la generación de un contexto de crisis generalizada (BERMÚDEZ-TAPIA, 2020, pp. 341-367), especialmente para determinar un nuevo ámbito de “amenazas” a la gobernabilidad y democracia.

Téngase en cuenta que este contexto de cambio social no ha sido determinado sólo por una acción en particular, ha sido un proceso que se ha venido determinado en los tres niveles de corrupción generados por los diferentes tipos de gobierno a cargo de los presidentes del país, conforme se detalla:

Primer período de corrupción, determinado por un *Estado ausente*

de la realidad y de la economía, a cargo de Fernando Belaúnde Terry (1980-1985) y Alan García Pérez (1985-1990).

La característica específica de este período de gobierno está determinado por la crisis generalizada del *Estado de bienestar* debido a los elevados gastos presupuestales ejecutado por los gobiernos precedentes a raíz de la Reforma Agraria (1969), a raíz del proceso de cambio del proceso de transformación productiva y económica del país (1970-1980) y en función a la reforma del contexto socio económico del país para atender las necesidades de las poblaciones indígenas que finalmente provocó un Estado sobre dimensionado que permitió a Alan García Pérez desnaturalizar la legitimidad del Estado, que lo vinculó a sus ámbitos de acción privados para así favorecer actos de corrupción que se registraron en la venta de aviones Mirage 2000a traficantes de armas o la disposición de divisas nacionales a un banco que no existía, entre otros.

a) Segundo período de corrupción, identificado entre los años 1990 al 2000 en la cual gobernó Alberto Fujimori Fujimori en complicidad con Vladimiro Montesinos, quien desde un puesto administrativo en el Estado de bajo nivel no ha sido posible determinar el nivel de coordinación, alianza o dependencia entre ambos.

Sin embargo, en este período es donde el Estado fue limitado por las acciones del Poder Ejecutivo a un nivel que condicionó toda la realidad nacional y política del país hasta la acreditación de los delitos de genocidio que fueron acreditados en los casos seguidos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Barrios Altos del 2001<sup>101</sup> y el Caso La Cantuta del 2006<sup>102</sup>.

Complementariamente a esta demostración de poder absoluto, especialmente en el manejo del control punitivo del Estado que provocó la organización de una estructura para militar que se dirigía a atentarse contra los derechos de determinados ciudadanos, el contexto de actos de corrupción fueron tan generalizados que el Estado peruano fue limitado a un nivel absoluto, específicamente porque se procedió a

---

101 Corte IDH (2001) **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)

102 Corte IDH (2006) **Caso La Cantuta vs. Perú**. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

la venta de empresas nacionales, que provocó un desfaldo de un aproximado de us \$ 6,000 mil millones de dólares que no ingresaron al erario nacional, pese a que se había registrado una venta total a favor del Estado de casi us \$ 7,000 mil millones de dólares.

Los mil millones de dólares que fueron registrados en las arcas públicas provocaron la atención de tres situaciones específicas: la crisis social provocada por desastres naturales, la compra de armas ante un eventual conflicto con Ecuador y la compra de pertrechos y elementos de logística a favor de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. El resto, no ha sido registrado en algún registro contable o financiero del Estado (SIERRA-ZAMORA; BERMÚDEZ-TAPIA; CALDERÓN, 2020).

b) Tercer período: los gobiernos civiles corruptos desde el 2001 al 2021.

Todos los presidentes registrados en este período cuentan con las siguientes características:

i. Han sido acusados penalmente por el Ministerio Público y se han ejecutado acciones de procedimiento de investigación parlamentaria sobre las gestiones presidenciales, ante la denuncia de casos de corrupción.

ii. Registran procesos, investigaciones y acusaciones penales tanto en forma individual como también respecto de sus parejas, especialmente porque se ha acreditado la ejecución de actos de naturaleza ilícita, siendo los casos más referenciales los de Pilar Nores de García respecto de un patrimonio injustificado a consecuencia de la finalización del gobierno de su esposo y de Nadine Heredia, quien ha sido inclusive detenida por presunta actividad de lavado de activos.

iii. Registran procesos, investigaciones y acusaciones penales respecto de la dirección de sus partidos y organizaciones políticas, sobre las cuales inclusive esta referencia incluye a otros políticos peruanos que no siendo presidentes de la República, también se han visto inmersos en la actividad delictiva ejecutada por las empresas de construcción de origen brasileño, entre los cuales se registran a los políticos: Keiko Fujimori y varios políticos que han ejecutado la dirección de gobiernos regionales y municipales.

iv. Registran un patrimonio que ha sido sometido a fiscalización e inamovilidad, especialmente para evitar su manipulación a favor de los implicados.

Por ello, es posible registrar un panorama idéntico en el ámbito de la ejecución de actividades delictivas por parte de Alejandro Toledo Manrique (2001-2006), Alan García Pérez (2006-2011), Ollanta Humala Tasso (2011-2016), Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018) y Martín Vizcarra Cornejo (2018-2020), que ha incidido sobre manera en la psiquis social del ciudadano peruano que no valora la legitimidad de la ley y del Estado (BERMÚDEZ-TAPIA, 2018, pp. 167-186).

### 3 La corrupción asimilada frente a la imposibilidad de un cambio

El ciudadano peruano ha percibido que la impunidad en la ejecución de actividades delictivas en el Estado peruano ha sido tan frecuente que paulatinamente se ha desvinculado de la realidad política nacional, especialmente en las épocas de elecciones, en las cuales desde 1990 ha registrado una constante que bordea el 25% de ausencia.

Un factor amplificado en abril y junio del 2021, con ocasión de las elecciones presidenciales de primera y segunda vuelta, en la cual se ha reportado una ausencia de casi nueve millones de electores en la primera vuelta y de cerca de seis millones de electores en la segunda vuelta, generando una falta de legitimidad en las nuevas autoridades elegidas.

Complementariamente, el proceso de informalidad de la sociedad peruana ha sido registrada de forma constante, generándose numerosas muestras de contradicción al sistema formal dirigido por el Estado, tanto de modo social como también a nivel institucional.

En este contexto, Geert Hofstede, redefine el modo de vida de una sociedad política a través de sus expresiones culturales en donde se expresan, entre otras, la aversión al riesgo<sup>103</sup>, que es amplificado en un estudio sociopolítico, en el cual se registra la permeabilidad a la reproducción de patrones ilegales que profundizan lógicas de crimen y violencia, y en un ámbito político logran influir el aparato estatal desarrollándose fenómenos como la corrupción (HOFSTEDE; HOFSTEDE Y MINKOV, 2010).

Consecuentemente, el panorama socio político peruano permite

---

103 In: **HOFSTEDE**, 2020. Recuperado de: <https://www.hofstede-insights.com/country-comparison/colombia,peru/>

detallar una elevada discrecionalidad del ciudadano en los procesos electorales y por ello, parece haber generado una condición permeable a las referencias de corrupción que algunas organizaciones políticas manifiestan, sin tomar en cuenta que el efecto de dichas consecuencias será registrado en su propia realidad.

Un impacto negativo de todo un proceso de corrupción que más allá de ser representativo en el ámbito peruano, también ha sido evidenciado en toda la región de Latinoamérica, generando también una consecuencia en la perspectiva de la legitimidad y gobernabilidad de los países que la conforman, especialmente porque los regímenes de gobierno se han mantenido ante la ausencia de golpes de Estado pero donde se han registrado elevados niveles de disfuncionalidad de los órganos estatales, permitiendo un panorama oscuro respecto de la legitimidad del Estado, en particular a partir de la crisis de fin de septiembre del 2019 en Ecuador, Chile, Bolivia y Colombia.

En dicho momento, en el Perú se procedía a la *disolución del Congreso de la República* y a pesar de lo que se registraba en el contexto Latinoamericano, no se registró ninguna condición negativa a la acción del Poder Ejecutivo, en particular porque existía una crítica constante a la actividad del Congreso de la República, especialmente porque estaba dirigida por el sector opositor.

Sin embargo, pese al registro de un interregno parlamentario entre octubre del 2020 hasta marzo del 2021, en el Perú el Poder Ejecutivo mantuvo un alto índice de aprobación que cambió a raíz de las acciones ejecutadas por Martín Vizcarra especialmente a raíz de la dirección del país ante la pandemia, reportándose severos problemas de gestión que reportaron la peor gestión estatal ante el Covid-19 en el mundo que se conoció como el “caso Vacunagate” (BERMÚDEZ-TAPIA, 2021, pp. 948-1008).

#### **4 Una democracia basada en actos de corrupción**

Debido a los elementos detallados previamente, en el Perú es posible registrar un conjunto de situaciones derivadas de un panorama de corrupción masificado que permite detallar:

a) El registro de condiciones particulares de los agentes que ejecutan delitos de corrupción a gran escala, especialmente porque

son elegidos por la propia población en procesos de elección.

b) La *legitimidad funcional* de quienes ejecutan actos de corrupción constituye un elemento negativo en el ámbito de la lucha contra la criminalidad, porque la población a través de su ausencia en una elección como también a través de su voto, permite que personas y organizaciones muy próximas al delito, tengan vinculación con las acciones de gobierno en el país.

c) El impacto económico, social e institucional en las diferentes entidades del Estado resulta no ser evaluado directamente por la población porque se asume que las diferentes entidades no ejecutan una diligente actividad respecto de los servicios públicos proveídos a la población.

d) El nivel de corrupción se ha extendido a través de diferentes organizaciones políticas y asociaciones de profesionales que habían asumido el control de entidades como:

El Poder Judicial, el Ministerio Público y el Consejo de la Magistratura a través de la organización “Los cuellos blancos del Puerto”, quienes provocaron que la última institución sea disuelta por el Congreso de la República para así crear una nueva entidad que pueda nombrar y fiscalizar la labor de los magistrados, dando nacimiento a la Junta Nacional de Justicia.

En el Congreso de la República, el fujimorismo como organización política había logrado tener congresistas elegidos que tenían antecedentes de proxenetismo, tráfico ilícito de drogas y delitos comunes, todos los cuales fueron asumidos como parte de una “guerra sucia” que procuraba desprestigiarlos.

## **5 La constante negativa en la gestión pública peruana y la ausencia de una política punitiva eficiente**

Ante lo desarrollado, el nivel de corrupción se ha amplificado y también se ha especializado, provocando un panorama negativo que ha incidido en la gestión pública peruana condicionado el sistema democrático (CARRIÓN Y ZÁRATE, 2007, pp. 8), provocando una época caracterizada con una corrupción dirigida por grupos de interés, desde el propio Estado (KLIKSBERG, 2005, p. 261).

Las acciones para atenuar este panorama o para afrontar eficientemente los elevados niveles de corrupción en el Estado, permiten evaluar las acciones punitivas emprendidas por el Estado, que han permitido reflejar:

a) Límites en la dirección y planificación de políticas públicas criminológicas y de incidencia penal.

En este ámbito, desde el Congreso de la República se ha ejecutado una constante cesión de facultades normativas a favor del Poder Ejecutivo para efectos de promulgar normas que controlen las actividades criminológicas que perjudican al Estado y los resultados han sido muy débiles, en particular porque la incidencia de estos delitos, está perjudicando el presupuesto de la República.

Consecuentemente, las acciones legislativas emprendidas no han logrado sancionar eficientemente a los principales implicados en procesos de delitos contra la administración pública, ni tampoco han logrado recuperar parte del patrimonio estatal dispuesto a favor de las actividades de corrupción.

b) La severa ausencia de una política de publicidad de la gestión pública a efectos de promover la transparencia en las actividades estatales.

En este punto, diferentes entidades del Estado no han logrado ejecutar una acción orgánica, complementaria y eficiente en la investigación de presuntos actos delictivos desde sus propios fueros.

En este punto, la Contraloría General de la República reporta un bajo nivel de represión de actividades administrativas de funcionarios públicos que han sido denunciados por delitos contra la administración pública, situación que permite detallar la lentitud con la cual opera la evaluación de un hecho que pudiera incidir en el ámbito penal.

En el mismo sentido, en el Poder Ejecutivo, entidades como el Ministerio de Trabajo y la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) no han logrado tener una uniformidad de criterios para establecer los márgenes de punición de actividades de orden administrativo de funcionarios públicos, sobre los cuales las actividades delictivas producidas lograron tener un resultado efectivo sin la prevención suficiente de parte del mismo Estado.

c) En el ámbito judicial, pese a la acreditación de los hechos de naturaleza delictiva, las *reparaciones civiles* que son los pagos

ejecutados por los condenados a favor de las víctimas como indemnización, no logran a tener una incidencia reparatoria y es un *recurso económico* calificado como “perdido” y por tanto debe ser reprogramado en la planificación presupuestaria del país.

En este punto, el cálculo económico de las consecuencias de los delitos provocados por la corrupción en los gobiernos democráticos en el país entre el 2001 al 2020 no han logrado ser identificado hasta la fecha (BERMÚDEZ-TAPIA, 2019, pp. 297-306).

Condición diferente a la acreditación del perjuicio económico registrado durante el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori que sí fue identificado, pero pese a ello sólo se estableció una *reparación civil* que no superaba el 0.00001% del total económico que perdió el Estado peruano.

## 6 Conclusiones

La corrupción llegó a tener un nivel de incidencia en la gestión pública peruana tan significativa que su registro se ubicó desde 1980 hasta la fecha y los cambios o características de cada etapa se vinculan a la manera en la cual se ejecutó una gestión, especialmente en el ámbito de la Presidencia de la República.

Consecuentemente, la mayoría de la población ha venido perdiendo el interés de mantener una correlación y vinculación con el Estado, conforme las reglas de un *contrato social* detallado en términos constitucionales, dando inicio a un proceso de informalidad generalizada en la sociedad que asumió de modo directo la provisión de sus propias necesidades.

El cambio de paradigmas políticos entre el *Estado de bienestar* (1980-1990) y el *Estado neoliberal* desarrollado entre los años 1990 al 2020, permite detallar que la sociedad asumió de modo parcial y directo la atención de sus requerimientos y por tanto, limitó su rol de fiscalización a las actividades del Estado.

Procesos electorales sucesivos registraron la ausencia de la población y pese a estas evidencias, el reporte de las estadísticas del proceso electoral permite detallar que las autoridades políticas elegidas no superaban el margen de legitimidad porcentual en dicho proceso electoral, porque los votos viciados o nulos llegaban a superar las



estadísticas formales del Jurado Nacional de Elecciones.

Prueba de esta referencia, es el contexto de crisis generalizado que se desarrolló entre el 2016 al 2020 y que se continuó entre marzo del 2020 a julio del 2021, fecha en la cual se han registrado la sucesión presidencial de cuatro autoridades en el Poder Ejecutivo, donde dos ex presidentes han renunciado al cargo y dos fueron sometidos a procesos parlamentarios de incapacidad moral.

Ante un panorama de crisis social y política extremos, es conveniente detallar que la realidad peruana registra elementos particulares, especiales y diferenciados de la realidad de los demás países de Latinoamérica, especialmente porque el contexto de crisis se ha venido incrementando durante más de cuarenta años.

## Referencias

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel, (2020) El control político del Congreso del Perú a las acciones del ejecutivo en estados de emergencia en ocasión a una pandemia. **Opinión Jurídica**, 2020, Vol. 19, N° 40, pp. 341-367.  
<https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a17>

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. “Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho”, en Alfonso Martínez Lazcano y Alfonso Islas Colín (Eds.) **Derechos humanos y su interacción en el Estado Constitucional**. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018, p. 167-186

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. Análisis de la crisis del sistema semi presidencial peruano durante el interregno parlamentario y el estado de emergencia provocado por el covid-19. **Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo**. Vol. 12, N° 24, pp. 354-371  
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.24-2020-2680>

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. Categorías de Ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales. **BIRA Boletín del Instituto Riva Agüero**, 2001, N° 28, pp. 333-343.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. El costo económico provocado por la corrupción. **Actualidad Penal**. 2019, N° 59, pp. 297-306.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. **Enfrentando al macrodelito desde el Estado**. *Actualidad Penal*. 2019, Tomo 65, pp. 277-288

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. **La progresiva crisis política del Perú**. 1980-2020. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, noviembre 2020, Tomo 155, pp. 198-208

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. **Políticas públicas, pandemia y corrupción: El caso “vacunagate” en Perú**. UNIFAFIBE, 2021, Vol. 9, N° 1, pp. 948-1008

BONOMETTI, Petra. **Democracia y desigualdad en América Latina**. Madrid: Editorial Académica Española, 2012

CARRIÓN, Julio y Zárate, Patricia. **Cultura política de la democracia en el Perú**. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2007

CORTE IDH (2001) **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)

CORTE IDH (2006) **Caso La Cantuta vs. Perú**. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

HOFFMAN, Frank. Hybrid warfare and challenges. **Joint Force Headquarters**, 2009, N° 52, pp. 34-48

HOFSTEDE. **Insights**. (2020). Country comparison. Recuperado de <https://www.hofstede-insights.com/country-comparison/colombia,peru/>

HOFSTEDE, Geert, Hofstede, Gert Jan y Minkov, Michael. **Cultures and Organizations: software of the mind**. New York: McGraw-Hill., 2010. <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v9i1.1019>

KLIKSBERG, Bernardo (Comp.). **La agenda ética pendiente de América Latina**. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo – Fondo de Cultura Económica, 2005.

OLIVERA, Diego. La democracia en Polibio: una aproximación al pensamiento político en el mundo helenístico. **Anuario de la Escuela de Historia Virtual**. 2017, Año 8, N° 12, pp. 40-55

SÁNCHEZ HURTADO, Juan. **En la mente de los estrategas ¿Conoce usted su curva de rendimiento estratégico?** Bogotá: Escuela Superior de Guerra, 2012.

SANDOVAL, Irma (Coord.) **Debatiendo las fronteras entre Estado, Mercado y sociedad**. Ciudad de México: Siglo XXI editores, 2009.

SIERRA-ZAMORA, Paola Alexandra, Bermúdez-Tapia, Manuel & Arango Calderón, Ingrid (Eds.) **Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales**. Bogotá: ESMIC, 2020.

SINTURA VALERA FRANCISCO Y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **El estado de derecho colombiano frente a la corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

VIDAL, Gregorio y de León, Omar (Eds.). **América Latina: democracia, economía y desarrollo social**. Madrid: Trama Editorial, 2010.

# APLICAÇÃO DA TEORIA DO RECONHECIMENTO PARA O ENQUADRAMENTO DA QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO ÀS MULHERES TRANSEXUAIS

LETICIA GHELLER ZANATTA CARRION<sup>104</sup>  
TCHESSICA WEBER<sup>105</sup>

## 1 Introdução

A Carta Magna garante em seu texto um tratamento digno e igualitário em respeito à identidade humana para atingir um Estado Democrático de Direito que sustenta os direitos de personalidade, responsáveis por nortear as garantias fundamentais. Razão pela qual se prima por um tratamento sem distinção e preconceito de qualquer natureza, seja pela origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. A partir desse pressuposto, é dever do Estado salvaguardar os bens jurídicos tutelados, de modo a corroborar ao respeito à dignidade das pessoas para alcançar uma sociedade mais justa e equânime, a fim de legitimar uma sociedade democrática que respeita a diferença, como resultado da igualdade social e manifestação de gênero.

Todavia, no que concerne à identidade de gênero, o ordenamento jurídico brasileiro ostenta uma legislação demasiadamente escassa, na

---

<sup>104</sup> Doutoranda em Direitos Humanos pela UNIJUÍ, Mestre em Direito pela URI – Santo Ângelo. Especialista em Direito Público pela UNIJUÍ. Professora na UCEFF de Itapiranga/SC. Advogada. E-mail: le\_gz@hotmail.com

<sup>105</sup> Graduanda em Direito pela UCEFF de Itapiranga/SC. E-mail: tchessica\_weber@hotmail.com

medida em que evidencia substratos de direito amplos e genéricos àqueles que destoam dos padrões considerados normais pela supervalorização da heterossexualidade, enquanto resultado da manutenção do modelo patriarcal e machista que oprime as identidades de gênero intermediárias que não se enquadram no modelo binário heterossexista. Cita-se, nesse caso, a problemática existente em relação à grande resistência social à transexualidade, indivíduos esses que permanecem à margem da sociedade e à mercê dos seus direitos pela institucionalização dos padrões binários marcados pelo machismo, dando espaço à represálias e marginalização, em completo descaso aos direitos e garantias constitucionais, bem como ao exercício da cidadania dos grupos estigmatizados.

A dominação e opressão de gêneros proveniente de uma estrutura de subjugação e submissão que busca estandardizar sentimentos e comportamentos dentro da cisgeneridade e binariedade, ainda na atualidade, motiva profundas consequências, expostas pela violência de gênero. Essa prática desguarnea a dignidade da pessoa humana e a saúde pública, na medida em que fere a integridade física, mental, sexual e reprodutiva, corroborando para a opressão da liberdade e autonomia garantida a todos pelo direito de personalidade.

Isto posto, em virtude do histórico opressor e difusor de manifestações patriarcais que se revelam tanto pela violência quanto pelas normas heteronormativas, a Lei n.º 13.104/2015, que alterou o art. 121 do Código Penal, tornando o feminicídio uma qualificadora do crime de homicídio, empenhou-se em coibir qualquer conduta oriunda de uma ação ou omissão que cause morte baseada em gênero.

Entretanto, desde a promulgação da lei supra e a hodierna flexibilização do conceito de mulher, foram despertadas as discussões e questionamentos acerca do enquadramento da qualificadora do crime de feminicídio às mulheres transexuais que foram vítimas de violência de gênero, tanto na esfera jurídica como na esfera doutrinária, constatando-se uma verdadeira dicotomia acerca da identificação do sujeito passivo do crime, dado que a redação dada pela Lei n.º 13.104/2015, destinada à regulamentação, vinculou-se ao sexo feminino, exclusivamente. Dando azo ao surgimento de duas teorias centrais, uma que permite a aplicação extensiva do art. 121, VI, do Código Penal às mulheres transexuais, vítimas de violência de gênero,

em nome de critérios psicológicos que abarcam o direito à vida, pluralidade social e multiplicidade, e outra que não permite a aplicação em nome da segurança jurídica e prevalência dos critérios biológicos e civis expostos pela Lei n.º 13.104/2015.

Nessa perspectiva, vislumbra-se que as mulheres transexuais ainda se encontram submetidas a múltiplas adversidades para terem os seus direitos e garantias constitucionais efetivadas e resguardadas, bem como para serem reconhecidas em igualdade aos demais cidadãos. Por essa razão, este artigo possui o condão de analisar a possibilidade de aplicação da qualificadora do crime de feminicídio às mulheres transexuais pela aplicabilidade da Teoria do Reconhecimento, de Axel Honneth, problematizando os mecanismos institucionalizados criados a partir de uma estrutura social patriarcal que definem a identidade de gênero, pensando em um modelo despatologizante de tratar a transexualidade, buscando inclusive, a inclusão social, jurídica e cultural de minorias não hegemônicas.

## **2 Sexo como ferramenta de poder: mulher e gênero**

A Constituição Federal de 1988 é responsável por garantir uma vida plena, digna e livre de discriminações por suas cláusulas de igualdade e princípios voltados para a garantia dos direitos fundamentais, objetivando a construção de um Estado Democrático de Direito (PIOVESAN, 2015). Todavia, mesmo que a norma constitucional sirva de pilar para todo o sistema jurídico, pela sua perspectiva de proteção e respeito aos direitos humanos, na coletividade se mantém uma dificuldade de aceitação sobre a pluralidade social e cultural, o que corrobora ao desrespeito às diferenças (CUNHA, 2014).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a trajetória da humanidade tem suas marcas na desigualdade. Dentre elas, a desigualdade de gênero entre homens e mulheres que, na maioria das vezes, despertam a violência de gênero (FERNANDES, 2019), pela histórica imposição de poder pautada sobre um discurso de protagonismo do sexo masculino em relação ao feminino (COSTA; OLIVEIRA; SOUSA, 2015).

A violência por questões de gênero é de fato um problema de saúde pública, segurança social e político-cultural que vem acompanhando o corpo social ao longo de sua história, já que desde o princípio da

civilização foram impostos papéis sociais aos homens e mulheres, se projetando noções de subalternização, as quais legitimaram a inferioridade feminina e perpetuaram uma cultura de violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral que perpassa os primórdios da civilização e paira sobre a contemporaneidade brasileira pela influência de uma naturalização social e cultural das formas de organização da sociedade, disciplinada sobre ideais machistas e patriarcais (LERNER, 2019).

Entretanto, mesmo após décadas terem se passado, ainda são reproduzidas as manifestações da violência contra a figura feminina, que permitem ataques contra a sua integridade, saúde, liberdade e vida, corroborando para a manutenção de uma cultura enraizada de violência que aceita que o corpo feminino seja lugar para a perpetuação de práticas violentas e opressivas que levam a sua morte pelo simples fato de ser mulher (GUIMARÃES; PEDROZA, 2015).

Como consequência dessa sociedade desigual, se conserva a noção de que serve para as mulheres as funções de esposa, criada e mera ferramenta de reprodução (PATEMAN, 1993). Logo, as meninas, desde cedo, começam a ser preparadas para assumir essa identidade de mães e reprodutoras (LERNER, 2019). Enquanto os homens, detentores de força física, maior agressividade e provedores de alimento, apoiados pela sociedade sexista, sentem-se no direito de explorar, dominar e bater em suas mulheres, permitindo acordos silenciosos quando há briga entre marido e mulher (ARAÚJO; MARTINS; SANTOS, 2004).

Em decorrência dessa realidade, surgiram os movimentos feministas, responsáveis por desnaturalizar a hierarquia de poder pelo emprego da crítica a estrutura social de subordinação feminina, lutando pelo fim do machismo e sexismo, com o intuito de disseminar uma igualdade material no âmbito social entre homens e mulheres (AUAD, 2003).

À vista disso, direitos antes inimagináveis foram conquistados, atualmente encontrados em tratados, protocolos, planos e acordos que foram ganhando força e espaço na sociedade (PRÁ; EPPING, 2012). Porém, ainda assim o ódio existente sobre as mulheres persiste, é uma marca social e cultural em sociedades como a brasileira, onde é expressada uma aversão patológica e mórbida à figura feminina

(MENDES, 2020). Em decorrência disso, as mulheres foram e continuam sendo estereotipadas como inferiores e submissas aos homens (GOLDENBERG; TOSCANO, 1992).

Ao traçar uma breve linha do tempo, nota-se que as mulheres tiveram que enfrentar inúmeros percalços para conquistar parte do seu espaço e direitos na conjuntura social, dentre eles, superar a ideologia dos corpos unissexuados da Antiguidade Clássica (COSTA, 1995), a sua assimilação ao pecado na Idade Média (DEUS; MARTINS; SANTIAGO, 2013), para só então, com a Revolução Industrial, ser considerada mulher pela binariedade de gêneros, isto é, ter reconhecido o corpo e sexo feminino diferente do masculino nos seus aspectos naturais (KRAWCZAK, 2019).

É nesse cenário que se estabeleceu a naturalização e aceitação social sobre a ideia de que, a partir do nascimento, a pessoa já teria um sexo verdadeiro determinado pela natureza. Isto é, da necessidade de existir uma correspondência entre o sexo biológico, quer seja, o sexo do nascimento que se revela pelos órgãos genitais, com os papéis sociais pré-determinados e a identidade de gênero, que compreende a maneira de como o sujeito se enxerga perante o seu corpo e a sua verdadeira identificação (BOMFIM, 2015).

Esse pensamento arcaico, com o passar do tempo, ganhou muita força, moldando a sociedade para o desrespeito e discriminação de pessoas que possuem uma expressão diversa da estabelecida como padrão, qual seja, o ideal binário e heterossexual (LOURO, 2010). Se inserindo, como consequência, as primeiras noções de discriminação, preconceito e rejeição das diferentes identidades de gênero e sexualidades (BOMFIM, 2015).

Maria Berenice Dias aduz que

[...] a sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade



é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais (DIAS, 2007, p. 2).

Sendo assim, observa-se que a identidade humana é composta por vários bens, e um dos elementos que a compõe é a identidade sexual, expressada pela sexualidade que perpassa o corpo e o sexo biológico (LOURO, 2000). Em linhas gerais, as noções sobre a sexualidade se transformaram muito ao longo dos anos, uma vez que anteriormente à contemporaneidade, era expressada sem disfarce ou segredo. Contudo, através da construção da visão da família conjugal voltada a procriação e reprodução humana, acabou sendo reprimida, constatando-se a supremacia das relações heterossexuais, constituídas por homem e mulher, em detrimento das demais formas de exteriorização da sexualidade que revelam a diversidade sexual (FOUCAULT, 2019).

Sem embargos, a sexualidade não possui uma associação direta ao sexo, visto que é possível que o indivíduo expresse a sua sexualidade e sua orientação sexual de diferentes formas, independentemente de aspectos biológicos (CUNHA, 2014). Assim sendo, em razão da diversidade sexual, existem diversas maneiras de expressar a sexualidade, posto que os sujeitos podem se identificar como heterossexuais, homossexuais, bissexuais, transexuais e outras tantas possibilidades, como a assexualidade, pansexualidade, interssexualidade e demissexualidade (CHOERI, 2004). Ocorrendo, por esse motivo, a flexibilização de muitos conceitos enraizados, inclusive o conceito de mulher (CUNHA, 2016).

Isso porque,

[...] A partir das novas ideias e comportamentos trazidos com o movimento feminista, a percepção sobre quem são as mulheres se ampliou, deixou de apenas se remeter à mulher branca, abastada, casada com filhos, e passou a acatar a humanidade e a feminilidade de mulheres outrora invisíveis: negras, indígenas, pobres, com necessidades especiais, idosas, lésbicas, bissexuais, solteiras, e mesmo as transexuais (JESUS; ALVEZ, 2012, p. 12).

Desse modo, a mulher pode ser analisada sob três aspectos, quais sejam, o jurídico, psicológico e o biológico. Para o primeiro, é mulher aquela que possui, nos seus registros oficiais, informações que coadunam com o sexo feminino (ARAÚJO, 2000). Já para o critério psicológico, ser mulher é o sentimento de pertencimento ao sexo feminino, ainda que biologicamente seja do sexo masculino (CASTRO; et al, 2020). E, por fim, para a posição biológica, a mulher é aquela que nasceu biologicamente do sexo feminino, isto é, aquela que possui órgãos genitais femininos e revela a formação genética “XX” (BITENCOURT, 2020).

Em que pese a sociedade contemporânea incline-se ao entendimento de que a normalidade da sexualidade se expressa pela compatibilidade entre o sexo psicológico, civil e biológico, constituindo uma expressão exata da heterossexualidade, não é correto confinar a mesma a um padrão, uma vez que no corpo social deve ser promovido e estimulado o respeito à diversidade (GIRARDI, 2014).

Não obstante, os traços patriarcais, sexistas e heteronormativos são inegáveis, os quais frustram a edição de leis específicas e qualquer chance de reconhecimento da comunidade LGBTQIA+ no cunho social, por convicções pessoais, religiosas e políticas que contrariam os fundamentos, princípios e direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito (BORGES; et al, 2013). Atingindo, em especial, as transexuais femininas, que além de conviverem com a omissão legislativa, possuem uma luta interna constante pela aceitação sobre seu próprio corpo, pela inexistência de compatibilidade entre o seu sexo biológico natural com a sua identificação sexual (SAMPAIO; COELHO, 2013). Seu psiquismo pertence ao sexo oposto, gerando um sentimento de rejeição e falta de reconhecimento social e pessoal (SILVA, 2018).

À vista disso, na atualidade, ser cisgênero é “[...] uma condição sócio-política que implica em privilégios por estar de acordo com as normas de conduta atreladas ao binômio homem e mulher” (BONASSI, 2017, p. 24). Contudo, socialmente, esse pensamento de dominação e discriminação traz significativas consequências, tendo em vista que “o binarismo de gênero é insuficiente para abarcar a sexualidade humana” (PEREIRA, 2020, p. 46). Outrossim, “a sociedade contemporânea é, ao mesmo tempo, vítima e protagonista

de estigmas e violências provenientes da cultura patriarcal e heteronormativa” (PEREIRA, 2020, p. 45).

### 3 Violência de gênero contra a mulher e a legislação

Não há nenhuma incongruência ao se afirmar que homens e mulheres são cientificamente e essencialmente diferentes. No entanto, quando essas dissemelhanças passam a ser assimiladas através do fenômeno estrutural patriarcal, vislumbra-se a sua interferência significativa nas formas de organização da sociedade, uma vez que influenciaram diretamente na definição dos papéis sociais que os sexos assumiram dentro das relações coletivas, contribuíram para a instalação da hegemonia masculina sobre a feminina e, sobretudo, conservaram as práticas violentas desempenhadas contra a integridade e dignidade das mulheres (FERREIRA; SOARES, 2017).

À vista disso, pode-se afirmar que as atuais agressões impetradas contra as mulheres de todas as classes, etnias e em diferentes contextos políticos e sociais, tem suas raízes no tempo, levando em conta que foram transmitidas através da cultura, passando de geração para geração as noções de primazia masculina, o que corroborou para a convicção natural entre os povos da subordinação das mulheres (OLIVEIRA, 2010) e a sua vinculação a uma coisa ou ferramenta colocada à disposição do homem para satisfazer a seus desejos e prazeres (GUERRA, 2016).

Infelizmente, devido a manutenção da atual conjuntura social marcada por pautas políticas, históricas e sociais que revelam manifestações discriminatórias e ostentam a opressão e violência sistêmica, muitas mulheres brasileiras ainda se encontram expostas e sujeitas a sofrerem diversos tipos de constrangimentos, que fazem parte de um ciclo interminável (ESPÍNOLA, 2018). Por esse motivo, resta clarividente a violência de gênero, a qual se manifesta por violências físicas, psicológicas, sexuais, patrimoniais e morais, única e exclusivamente por serem mulheres (LERNER, 2019).

Trata-se, pois, de

[...] uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às

mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. Ou seja, não é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres. Os costumes, a educação e os meios de comunicação tratam de criar e preservar estereótipos que reforçam a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar os desejos, as opiniões e a liberdade de ir e vir das mulheres (TALES; MELO, 2012, p. 18).

Em países marcados por essa disparidade de gênero e apoiados pelo ciclo de violência, como o Brasil, onde passam a ser naturalizadas as violências contra as mulheres, os números de agressões, estupros e feminicídios contra a figura feminina são alarmantes e significativos. Em geral, praticados pelos maridos, companheiros e namorados. Assim, enquanto os homens são mortos fora de casa, as mulheres são vitimizadas dentro de seus próprios lares, transformando o local aonde deveriam ser estabelecidas relações de afeto, respeito e confiança, em um espaço de brutalidade e covardia (CASIQUE; FUREGATO, 2006).

Devido a permanência desse modelo conservador de sociedade que destina aos homens a função de controle dos bens familiares, provimento do lar e exaltação da agressividade, e às mulheres a tarefa de estruturar sua vida com base em um ciclo interminável que abrange o casamento, filhos, cuidado do lar e satisfação do marido (CHAGAS, 2020), muitas mulheres passaram a criticar essa situação e buscar uma igualdade de direitos. Concretizada pelos movimentos feministas, propulsores de uma nova era, que colocaram em pauta a violência sofrida pela mulher, visando a proteção de sua identidade, dignidade e integridade (TALES; MELO, 2012).

Com isso foram implantadas diversas medidas e mecanismos, internacionais e internos, com a intenção de coibir qualquer modalidade de violência praticada contra a mulher, seja ela física, psicológica, patrimonial, sexual ou outras formas de opressão à figura feminina (JESUS, 2015).

No âmbito internacional, destacam-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, adotada pelo Brasil no ano de 1984 (GUERRA, 2016) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Convenção de Belém do Pará), ratificada pelo Brasil no ano de 1995 (RAMOS, 2019). Esses dois mecanismos visaram proporcionar uma valorização da dignidade da mulher pelo viés dos direitos humanos e liberdades fundamentais, coibindo qualquer tratamento diferenciado praticado sobre a figura feminina tencionando à construção de uma sociedade mais plena e digna de desenvolvimento (GUERRA, 2016).

Todavia, foi através do art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 que as mulheres brasileiras alcançaram uma igualdade formal em relação aos homens (RAMOS, 2019), tendo em vista a sua determinação de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2019, p. 4). Mas mesmo sendo assegurada uma igualdade formal pela redação legal, a igualdade material continuava sendo ameaçada pelas lesões provocadas aos direitos fundamentais das mulheres. Motivo pelo qual fora sancionada, no dia 7 de agosto de 2006, a Lei n.º 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, para proteger as mulheres de opressões e violências domésticas e familiares (GUERRA, 2016).

Com isso, instalou-se um simbolismo sobre o fim da violência contra a mulher. Contudo, mesmo com a lei supra em vigência ainda se evidenciava uma taxa de mortalidade feminina significativa (FERREIRA; SOARES, 2017). O que levou ao surgimento da Lei n.º 13.104, sancionada em 9 de março de 2015, responsável por alterar o artigo 121 do Código Penal, passando a incluir no rol do §2º, inciso VI, a qualificadora do feminicídio, acrescentando o §2º-A, incisos I e II, e o §7º, incisos I, II e III, como uma nova tentativa de diminuir as violações contra o gênero feminino (ESTEFAN, 2019).

Assim sendo, a alteração passou a tipificar o feminicídio como uma das hipóteses de homicídio qualificado nos casos de menosprezo ou discriminação contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (PRADO, 2019). Devido a isso, pode-se dizer que o feminicídio não se caracteriza apenas pelo fato de ser praticada uma violência que resulta na morte de uma mulher por um homem sob um

aspecto geral (BARROS, 2016), mas sim, quando o homem pratica violência contra a mulher, provocando a sua morte, por sua condição de ser mulher, em situação de supremacia social, jurídica, sexual, ideológica, política ou econômica, dentro de um contexto social onde existe a submissão e o poder, tirando vantagem da vulnerabilidade feminina para a prática de exclusão, exploração e opressão (CUNHA, 2016).

No entanto, a Lei n.º 13.104/2015 voltou-se exclusivamente para critérios biológicos na elucidação do polo passivo do crime, haja vista que o artigo se referiu ao sexo feminino, exclusivamente. Dando margem para questionamentos e posicionamentos distintos quanto aos sujeitos destinatários da aplicação da qualificadora devido a hodierna flexibilização do conceito de mulher e a omissão legislativa, já que a legislação supra não determinou se a qualificadora poderia ser aplicada de forma extensiva às pessoas que possuem uma incompatibilidade entre o sexo biológico e a identidade de gênero, quer seja, às mulheres transexuais (CUNHA, 2016).

Surgem assim três diferentes posicionamentos doutrinários. O primeiro deles, mais conservador, entende que a mulher transexual não pode ser considerada mulher para efeitos da tipificação do crime, mesmo que tenha ocorrido a cirurgia de redesignação sexual e a subsequente alteração no registro civil, tendo em vista os critérios biológicos da lei (MESSIAS; CARMO; ALMEIDA, 2020). Já a segunda corrente permite uma proteção extensiva desde que efetivada a alteração do seu registro civil, para constar a expressão “sexo feminino”, indo ao encontro dos critérios jurídicos de conservação da segurança normativa. Por fim, com um caráter mais moderno e na defesa de critérios psicológicos, a terceira corrente zela pela aplicação da qualificadora às mulheres transexuais, independentemente de cromossomos ou alterações jurídicas (MARCHIORO; FEYET JUNIOR, 2020).

Ocorre que ainda vigora a compreensão biologicista da sexualidade e identidade de gênero, perenizando na coletividade e no mundo jurídico a heterossexualidade como a expressão sexual correta, isto é, exclusivamente o sexo feminino e masculino, por estarem em consonância com os padrões sociais e valores culturais (SILVA, 2016). Todavia, essa regularidade de identidade de gênero acaba por interferir

na aplicação do direito, uma vez que, a partir do momento em que se estabelece a identidade heterossexual como simbologia da ordem social e poder, as demais sexualidades passam a ser desprotegidas, tendo em vista a elaboração de normas que tendem a seguir os valores pertencentes a heterossexualidade, perpetuando ao longo do tempo uma cultura heteronormativa (BORGES, 2013). Demonstrando um processo gradativo e lento na busca pela equidade de gênero, direitos e respeito a alteridade (PEDRO; GUEDES, 2010).

Se na educação básica não se toca em assuntos de sexualidade e gênero, se a família não discute tais questões, se as igrejas cristãs são ferozmente conservadoras, teremos pessoas adultas completamente refratárias ao tema. Como consequência, serão pessoas adultas preconceituosas que ocuparão cargos públicos importantes na estrutura do poder e que reproduzirão o modelo preconceituoso. Professores, servidores públicos em geral, policiais, promotores de justiça, juízes, desembargadores, ministros de tribunais, deputados, enfim, pessoas que desempenham importantes funções na sociedade, estão impregnadas de preconceito de gênero. São machistas, seguindo um modelo religioso. A Lei Maria da Penha e o crime de Femicídio são exceções à regra e um recado claro do legislador: mulheres são vítimas por serem mulheres e merecem proteção especial do Estado (ROSA; THOMÉ, 2015, n/p).

Assim, enquanto na esfera jurídica há uma dicotomia a ser resolvida pela omissão legislativa atinte ao sujeito passivo do crime de feminicídio, na esfera social, as transexuais femininas sofrem constantemente com violências, “brincadeiras” e preconceitos contra o seu gênero, sendo solenemente descartadas (SÃO PAULO, 2014).

#### **4 Enquadramento da transexual feminina na qualificadora do crime de feminicídio pelo viés da teoria do reconhecimento e direitos fundamentais**

Hodiernamente, ainda se estabelece como expressão da naturalidade o discurso da heterossexualidade, embasada na imposição cultural heterônoma, patriarcal e heterossexista, o que obsta a espontaneidade da sexualidade e gênero daqueles que não atendam a

essa normalidade (LOURO, 2010). Essa espécie de condenação aos sujeitos LGBTQIA+ muito decorre da influência das igrejas e seus textos bíblicos, que ao longo de anos difundem a ideia de cura e a conversão destes à heterossexualidade. Ocorre que, a partir dessas interpretações errôneas e longínquas do contexto atual, se vulgarizam no corpo social a ideia do pecado, haja vista a contrariedade ao preceito da reprodução humana e padrão estruturado (LERNER, 2019).

Por efeito dessa simbologia estigmatizada que reflete a indecorosidade e imoralidade, a população LGBTQIA+ permanece à mercê de uma legislação que os tutele e resguarde, isso porque o ordenamento jurídico brasileiro pouco protegeu a identidade humana, que compreende a sexualidade e gênero, não amparando o direito à livre identidade de gênero para o pleno desenvolvimento da personalidade, deixando de conferir dimensão e importância para a proteção sexual e de gênero. Existe apenas uma regulamentação implícita da identidade humana que protege o nome, imagem e integridade (CHOERI, 2004).

Ainda que os direitos LGBTQIA+ tenham ganhado uma visibilidade maior nos últimos tempos pelos movimentos ativistas e repercussões midiáticas, ainda é incontestável, no cunho social, a falta de uma legislação que atenda às necessidades dessa população, de modo a fomentar o direito à livre identidade de gênero (DIAS, 2014).

Por isso, pode-se dizer que essa omissão é muito influenciada pelo Congresso Nacional, que, na sua função legislativa para a elaboração de emendas constitucionais, leis complementares e ordinárias, e de outros atos normativos com força de lei, exprime, muitas vezes, os ideais heterossexuais da sua bancada evangélica e católica, que condenam qualquer expressão da sexualidade que seja capaz de perverter a ordem social heterossexual construída até então, fomentando a discriminação baseada na identidade de gênero e orientação sexual pelos traços da heteronormatividade, estagnando a concretização de um Estado Democrático de Direito (CARRARA, 2010).

Por consequência disso, pode-se afirmar que

[...] o Congresso Nacional, agindo com preconceituosa indiferença em relação à comunidade LGBT, tem permitido, em razão de sua inércia,



a exposição e a sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo vulnerável a graves ofensas perpetradas contra seus direitos fundamentais, essencialmente caracterizadas por atos de violência física e moral, ameaças, práticas criminosas contra a sua própria vida ou sua dignidade sexual [...] além dos injustos gravames de ordem pessoal, social, profissional e moral que incidem sobre seus direitos básicos, o que constitui arbitrário impedimento ao pleno exercício, por esse grupo vulnerável, da liberdade de projetar sua própria vida e de aspirar à busca da felicidade, em conformidade com sua orientação sexual ou em harmonia com sua identidade de gênero [...] (BRASIL, 2019, p. 2-3).

À vista do exposto, pode-se dizer que os embaraços para a regulamentação de leis específicas atinentes à matéria, pairam, principalmente, sobre os traços patriarcais e heteronormativos que perseveram pelas gerações, mesmo após décadas de luta para a ruína das discriminações apoiadas na diferença de gênero e sexualidade (LOURO, 2010). Assim, mesmo que o Brasil tenha uma das legislações mais complexas, de difícil interpretação e com uma maior resguarda aos indivíduos na promoção do bem de todos (DUARTE, 2010), defendendo uma sociedade sem preconceitos e discriminações de qualquer natureza, ainda se constata a necessidade de uma normatização que possibilite algum posicionamento em relação à discriminação e violências a identidade de gênero para a efetivação dos direitos fundamentais (BASTOS, 2017).

Ademais, levando em consideração a norma constitucional vigente, convenções e tratados aos quais o Brasil é signatário, que emanam a proteção à dignidade da pessoa humana e exortam uma sociedade baseada em ideais igualitários e não discriminatórios, torna-se ininteligível a omissão do Poder Legislativo para o desenvolvimento de uma codificação que resguarde legalmente as diferentes formas de expressão da sexualidade e identidade de gênero. Nesse sentido, não restam dúvidas que o afastamento do reconhecimento dos direitos LGBTQIA+ numa ótica cultural e social, para o exercício do direito fundamental à livre identidade de gênero e orientação sexual, que protege a identidade humana, constitui-se como um ato atentatório à sua dignidade, isonomia e integridade e, sobretudo, uma afronta à Constituição Federal (DIAS, 2014).

Destarte, ao se tratar do enquadramento das transexuais femininas na qualificadora do crime de feminicídio, considerando os reflexos da falta de reconhecimento que despertam a omissão legislativa, torna-se imprescindível analisar a Teoria do Reconhecimento, defendida por Axel Honneth, como uma reformulação da teoria de Hegel, a qual induz no âmbito contemporâneo uma crítica essencial a sociedade pela análise do reconhecimento de identidades, que são intrinsecamente responsáveis pela efetivação de garantias constitucionais (MELO, 2014).

Essencialmente, Honneth estabelece um novo paradigma para se pensar a justiça ao relacioná-la ao reconhecimento recíproco. Isso porque, entende que a justiça é desvelada pelo reconhecimento, e este apenas é alcançado quando paralelamente se alcança o reconhecimento do outro, nas suas particularidades e capacidades, e um reconhecimento interior da própria individualidade. Em outras palavras, o fato de ser reconhecido e reconhecer a totalidade de si no outro e do outro em si, se constituiu como uma relação de interdependência que interfere nas formas de estruturação das relações, sua inserção na sociedade e a efetivação da justiça. Em contraponto, quando frustradas as expectativas de reconhecimento, revela-se a injustiça, que gera evidentes conflitos sociais que incorporam de maneira essencial a luta por reconhecimento (HONNETH, 2003).

Em síntese, introduz a crença de que a justiça deve estar pautada precipuamente no reconhecimento recíproco entre os cidadãos, nas esferas do amor, do direito e da solidariedade, revelando respectivamente um reconhecimento afetivo, jurídico e social (HONNETH, 2003). Isto é, defende a busca de reconhecimento a partir de um viés de intersubjetividade, porquanto apenas é possibilitado o reconhecimento próprio se há ao mesmo tempo um reconhecimento pelos demais membros da comunidade (MELO, 2014). Não se tratando, pois, de uma redistribuição de bens, mas sim de um reconhecimento do outro, que tem valor em si, perante a família, direito e sociedade (HONNETH, 2003).

Nesse íterim, sob a ótica positiva, o reconhecimento afetivo, representado pelo amor, direciona-se para que o indivíduo adquira confiança em si mesmo e nas relações amorosas e de amizade que os

cercam, enquanto o reconhecimento jurídico, esfera do direito, busca identificar o sujeito como um membro da sociedade e, portanto, detentor de direitos. Já o reconhecimento social, da esfera da solidariedade, pressupõe a compreensão do sujeito como um ser dotado de habilidades e talentos que podem ser valiosos para a sociedade. Entretanto, as esferas podem ser analisadas pelo aspecto negativo, caso inexista um reconhecimento e se evidenciem os conflitos sociais de pessoas marginalizadas ou abandonadas por nítidas violações da integridade física e emotiva, negação de direitos ou ofensa e degradação perante a sociedade (HONNETH, 2003).

Desse modo, destaca-se que a Teoria do Reconhecimento busca, especialmente, o respeito nas relações entre os indivíduos, no encontro com as outras identidades e o reconhecimento de políticas de diferença. Assim, sob a perspectiva da sociedade tradicional, evidencia-se que o sujeito somente conseguiria obter reconhecimento jurídico através da noção de *status*, ou seja, com base na função e na posição ocupada na sociedade. Contudo, com a evolução e a reestruturação social advinda com a modernidade, o reconhecimento passou a ser observado com base em outras premissas, ultrapassando o mero *status*, já que na realidade, o sistema jurídico como um todo deve ser contrário aos privilégios provenientes da posição social dos indivíduos (HONNETH, 2003).

Nestes termos, o reconhecimento é alcançado nas esferas do amor, direito e solidariedade enquanto um vínculo entre a autonomia individual, liberdade e vínculos comunitários que fomentam, respectivamente a autoconfiança, autorrespeito e autoestima (MELO, 2014). Nessa senda, pode-se dizer que o autor considera o reconhecimento como forma de concessão de identidade ao indivíduo, e este, por sua vez, permite que o sujeito reconheça a sua identidade enquanto liberdade individual e autonomia (HONNETH, 2013).

O ser humano é, portanto, aquele que é reconhecido. Aquele que não é reconhecido é diretamente o excluído de ser para o outro. Neste sentido, vinculando-se a violência de gênero, depreende-se que o agressor e a vítima são excluídos da capacidade de reconhecer e do reconhecimento. Isso porque, para ambos, existe o vazio do outro, um por praticar a violência e o outro por sofrer a violência. Desta maneira,

enquanto o amor, direito e a solidariedade passam a ser formas de reconhecimento no espaço das relações intersubjetivas, a ausência destes configura-se como desrespeito, que se expressa de diversas formas, sendo a violência uma delas (NERY; LUTZ; MORAES, 2014).

Isso posto, nota-se que os sujeitos LGBTQIA+ se encontram em uma constante luta para terem seus direitos efetivados e serem reconhecidos nas esferas de âmbito pessoal, familiar e pela sociedade e, assim sendo encontram-se vulneráveis e expostos à ausência de segurança, se sujeitando a discriminação, marginalização, opressão e ferimentos, por existirem e serem quem são. Desse modo, constata-se que é necessária a elaboração de uma legislação quanto à temática a fim de trazer à tona o primeiro passo para o reconhecimento e o consequente combate às violências praticadas contra a comunidade LGBTQIA+, para que assim todos os sujeitos, independentemente da identidade de gênero ou orientação sexual adotada, sejam dignos de igual respeito, consideração, proteção e aplicação de todos os direitos e liberdades fundamentais (SILVA; BAHIA, 2015). Desconstruindo assim, aos poucos, as condutas homofóbicas, bifóbicas, transfóbicas e discriminatórias de gênero (BASTOS; GARCIA; SOUSA, 2017).

Em suma, mister ressaltar que apesar do direito estar apoiado sobre a prerrogativa de acompanhar as transformações culturais, interagindo com os acontecimentos sociais, o ordenamento jurídico brasileiro tem conservado diversos contornos que são originários de outros tempos, impedindo essa harmonização entre as aspirações sociais mais modernas com os preceitos do direito (VECCHIATTI, 2014). Por essa razão, esses novos posicionamentos, interpretações e reconhecimento da comunidade LGBTQIA+, atualmente, se apresentam como uma importante arma na concretização dos direitos, uma vez que efetivam condições pessoais e sociais pela garantia de direitos mínimos e fundamentais, desnudando a blindagem conservadora da lei para a promoção do bem de todos (ALBERNAZ; KAUSS, 2015).

## 5 Conclusão

O papel da mulher ainda na contemporaneidade é permeado por ranços de tradicionalismo. Essa realidade de estereótipos decorre de um processo de naturalização social e cultural das formas de

organização da sociedade, valores e costumes pautados sobre ideais machistas e patriarcais, que historicamente enquadraram as mulheres como inferiores e submissas aos homens. Por essa razão, pode-se dizer que a violência contra a mulher pautada por razões de gênero se alastra ao longo de anos devido ao caráter estrutural, visto que se conserva, por gerações, a sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal, o que acaba por fomentar a vitimização de mulheres, sofrendo pelo descaso à sua integridade, desenvolvimento, saúde, liberdade e vida, pelo simples fato de ser mulher.

À vista disso, surgiu uma luta política e social incansável pelos direitos das mulheres através dos movimentos feministas, que foram responsáveis pela chancela de uma gama de direitos, dentre eles, a regulamentação da Lei Maria da Penha e a implementação da figura do feminicídio, corroborando para o estabelecimento de um equilíbrio e enfrentamento dos cenários de violência pautados na discriminação de gênero. Ocorre que os recentes diplomas legais não foram capazes de resolver o problema de desigualdade estrutural que viola os direitos femininos nos mais diversos níveis, já que o crime de feminicídio se restringiu a proteger as mulheres do sexo feminino, em seu caráter biológico, denegando a aplicação do direito às transexuais femininas pelas influências conservadoras das bancadas religiosas do Congresso Nacional, não considerando a flexibilização hodierna no tocante ao conceito de mulher.

Nesse ínterim, nota-se uma normatização ao se tratar o gênero como sinônimo de sexo, isto é, aplicar ao gênero uma rotulação binária em masculino e feminino, no qual o feminino é representado como um desvalor social e todos os traços e identidades que fujam do padrão estabelecido pelo ideal binário aceito, como um desvio a heterossexualidade e cisgeneridade. Ocorre que, ao não se identificar e reconhecer o gênero como um elemento único e integrante da formação da identidade pessoal, incompatível com o sexo biológico, está se cerceando o livre desenvolvimento da personalidade, acentuando a manutenção do desrespeito, discriminação, preconceito e vulnerabilidade da comunidade LGBTQIA+ pelos ditames culturais e históricos, em especial a população transgênero, pela hegemonia heterossexual que fere inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana. Demonstrando que uma realidade pautada sobre a igualdade,

multiplicidade e respeito mútuo ainda se encontra inalcançável na conjuntura social hodierna.

Isso posto, observa-se que somente com o reconhecimento nas três esferas, quais sejam, do amor, direito e solidariedade, abordadas por Axel Honneth, seria possível um processo de mudanças, de modo a possibilitar a desconstrução dos padrões conservadores criados, diminuindo, conseqüentemente, as discriminações que nasceram em torno das noções de gênero e sexualidade. Assim, denota-se que, se a Teoria do Reconhecimento, fosse, de fato, efetivada em um Estado Democrático de Direito, paralelamente os direitos fundamentais, como a equidade, liberdade, dignidade da pessoa humana e vida seriam concretizados. Porém, não é o que se observa. A necessidade de discussão sobre a identidade que a transexual feminina possui em face do ordenamento jurídico já reflete a não observância da Teoria do Reconhecimento, visto que, caso fosse empregada, esta identidade seria reconhecida e, por consequência, a qualificadora do crime de feminicídio incidiria nos crimes em face de mulheres transexuais vítimas de preconceito, estigma e patologização que levam a violência de gênero.

Por derradeiro, adverte-se que tais manifestações discriminatórias e excludentes são intoleráveis em uma sociedade que se encontra pautada sobre a diversidade, uma vez que não se pode denegar parcelas do corpo social pela sexualidade, orientação sexual ou identidade de gênero, já que elas integram a identidade humana e, portanto, são expressões do direito de personalidade, merecendo respeito, acolhimento e proteção pelo direito, sob o risco de violar a própria dignidade da pessoa humana pelo condicionamento a uma realidade tida como normal. Nesse sentido, infere-se que deve ser superada a ideia binária ligada à estrutura de cromossomos para determinar o sexo, gênero e papéis sociais, a fim de propiciar um reconhecimento na esfera social e a pluralidade do conceito de mulher, fomentando uma sociedade que respeita a diversidade e promove o livre desenvolvimento da personalidade com o fim de ressignificar o amanhã.

## Referências

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen; KAUSS, Bruno Silva. Reconhecimento, igualdade complexa e luta por direitos à população LGBT através das decisões dos tribunais superiores no Brasil. **Revista Psicologia & Política**, São Paulo, v. 15, n. 34, p. 547-561, set./dez. 2015. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S1519-549X2015000300007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1519-549X2015000300007&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 22 jun. 2021.

AMARAL, Daniela Murta. **A psiquiatrização da transexualidade: análise dos efeitos do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero nas práticas de saúde**. 2007. p. 119. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva Educação, 2000.

ARAÚJO, Maria de Fátima; MARTINS, Edna Júlia Scombatti; SANTOS, Ana Lúcia dos. Violência de gênero e violência contra a mulher. In: ARAÚJO, Maria de Fátima; MATTIOLI, Olga Cenciliato (Orgs.). **Gênero e violência**. São Paulo: Arte e ciência, 2004. p. 17-36.

AUAD, Daniela. **Feminismo: que história é essa?**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

BARROS, Francisco Dirceu. Estudo completo do feminicídio. **Revista síntese: direito penal e processual penal**, São Paulo, v. 17, n. 98, p. 40-55, jun./jul. 2016.

BASTOS, Gustavo Grandini; GARCIA, Dantielli Assumpção; SOUSA, Lucília Maria Abrahão e. A homofobia em discurso: Direitos Humanos em circulação. **Linguagem em (dis)curso**, Tubarão, v. 17, n. 1, p. 11-24, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1518->

76322017000100011&script=sci\_abs tract&tlng=pt>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial** (arts. 121 a 154-B): crimes contra a pessoa. 20. ed. rev. e atual. vol. 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. **O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades**. 2015. p. 330. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

BONASSI, Brune Camillo. **Cisnorma: acordos societários sobre o sexo binário e cisgênero**. 2017. p. 123. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

BORGES, Zulmira; et al. Patriarcado, heteronormatividade e misoginia em debate: pontos e contrapontos para o combate à homofobia nas escolas. **Revista Latitude**, Alagoas, v. 7, n. 1, p. 61-76, out. 2013. Disponível em: <<https://www.seer.ufal.br/index.php/latitude/article/view/1065>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. In: Vade Mecum Saraiva. Colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 27. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF**. Distrito Federal: 2019. Voto: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. In: POCAHY, Fernando (Org.). **Políticas de**



**enfrentamento ao heterossexismo:** corpo e prazer. Porto Alegre: Nuances, 2010. p. 45-60.

CASIQUE, Leticia Casique; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. **Revista latino-americana de enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 14, n. 6, p. 950-956, nov./dez. 2006. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692006000600018&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692006000600018&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CASTRO, Ana Luísa de Oliveira; et al. A tipificação do feminicídio à luz da criminologia crítica feminista. In: FERREIRA, Rafael Alem Mello (Org.). **Duas faces do crime:** repensando a aplicabilidade da doutrina nos casos práticos. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

CHAGAS, Luciana Ferreira. **O ciclo da violência:** psicanálise, repetição e políticas públicas. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COSTA, Jurandir Freire. **A construção cultural da diferença dos sexos.** In: Sexualidade, gênero e sociedade, publicação semestral, v. 2, n. 3, jun. 1995. p. 3-8.

COSTA, Mônica Josy Sousa; OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A; SOUSA, Eduardo Sérgio Soares. Feminicídio e violência de gênero: aspectos sóciojurídicos. **Revista tema**, Paraíba, v. 16, n. 24/25, p. 21-43, jan./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/236>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero:** aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2014. p. 515. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DEUS, Adriane de; MARTINS, Nara Elisa Gonçalves; SANTIAGO, Leonéa Vitoria. As representações do corpo ao longo do tempo: seus discursos e suas construções. In: CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO - EDUCERE, 11., 2013, Curitiba. **Anais**. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2013. Disponível em: <[https://educere.bruc.com.br/CD2013/pdf/8185\\_5087.pdf](https://educere.bruc.com.br/CD2013/pdf/8185_5087.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Disponível em: <<https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/121/104>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo direito. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 247-274.

DUARTE, Adriano Luiz. Lei, justiça e direito: algumas sugestões de leitura da obra de E. P. Thompson. **Revista sociologia e política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 175-186, jun. 2010. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0104-44782010000200011&lng=en&nrm=iso&tln g=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-44782010000200011&lng=en&nrm=iso&tln g=pt)>. Acesso em: 25 jun. 2021.

ESPÍNOLA, Caroline Cavalcante. **Dos direitos das mulheres à efetividade da Lei Maria da Penha**. Curitiba: Appris, 2018.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte especial** (arts. 121 a 234-B). 6. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERNANDES, Isabela Vince Esgalha. Gênero, igreja e dominação. **Gênero e direito**, Paraíba, v. 8, n. 3, p. 25-40, ago. 2019. Disponível em:

<<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/47760/27607>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

FERREIRA, Clécia Lima; SOARES, Larissa Batista. Luta pela igualdade: a mulher no plano da legislação destacada na Lei Maria da Penha e na Lei do Feminicídio reverberando-se no plano educacional. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DE FORMAÇÃO DE PROFESSORES E FÓRUM PERMANENTE DE INOVAÇÃO EDUCACIONAL, 10., 2017, Sergipe. **Anais**. Sergipe: Universidade de Tiradentes, 2017. Disponível em:

<<https://eventos.set.edu.br/enfope/article/view/4961>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 8. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.

GIRARDI, Viviane. Direito fundamental à própria sexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 35-42.

GOLDENBERG, Mirian; TOSCANO, Moema. **A revolução das mulheres**: um balanço do feminismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 256-266, ago. 2015. Disponível em:

<[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0102-71822015000200256&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-71822015000200256&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 26 jun. 2021.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 15, n. 33, p. 56-80, mai./ago. 2013. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/42432/0>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

JESUS, Jaqueline Gomes de; ALVES, Hailey. Feminismo transgênero e movimentos de mulheres transexuais. **Revista Cronos**, v. 11, n. 2, p. 8-19, nov. 2012. Disponível em: <<https://www.periodicos.ufrn.br/cronos/article/view/2150>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

KRAWCZAK, Kaoanne Wolf. **Com que corpo eu vou? Direitos humanos, transexualidade e estetização do mundo em uma sociedade de consumidores**. 2019. p. 316. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2019.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. Tradução de Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.); et al. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 7-34.

LOURO, Guacira Lopes. Sexualidades minoritárias e educação: novas políticas?. In: POCAHY, Fernando (Org). **Políticas de enfrentamento ao heterossexismo**: corpo e prazer. Porto Alegre: Nuances, 2010. p. 143-150.

MARCHIORO, Katherine Velho; FAYET JUNIOR, Ney. **Da violência de gênero**: a aplicabilidade da qualificadora do feminicídio às vítimas transexuais. Disponível em: <[https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/katherine\\_marchioro.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/katherine_marchioro.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MELO, Rúrion. Da teoria à práxis? Axel Honneth e as lutas por reconhecimento na teoria política contemporânea. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 15, p. 17-36, set./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/md99hfRY7CPpkRYBDcgPpNx/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo: Atlas, 2020.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; CARMO, Valter Moura do; ALMEIDA, Victória Martins de. Feminicídio: sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 28, n. 1, p. 1-14, mar. 2020. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2020000100208&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2020000100208&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 26 jun. 2021.

NERY, Maria Clara Ramos; LUTZ, Armgard; MORAES, Ana Paula Rosa de. Violência contra a mulher sobre o enfoque da teoria do reconhecimento de axel honneth: uma reflexão. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO DO MERCOSUL, 16., 2014, Cruz Alta. **Anais**. Cruz Alta: Universidade de Cruz Alta, 2014. Disponível em: <[encurtador.com.br/ntENR](http://encurtador.com.br/ntENR)>. Acesso em: 27 jun. 2021.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

OLIVEIRA, Gláucia Fontes de. **Violência de gênero e a Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/violencia-de-genero-e-a-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEDRO, Cláudia Bragança; GUEDES, Olegna de Souza. As conquistas do movimento feminista como expressão do protagonismo social das mulheres. In: SIMPÓSIO SOBRE ESTUDOS DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 1., 2010, Londrina. **Anais**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/anais/i-simposio.php>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

PEREIRA, Raphaella Freitas Petkovic de Carvalho. **O universo trans e os jogos olímpicos**: visibilidades e invisibilidades nas olimpíadas Rio-2016. São Paulo: Pimenta Cultural, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. **Revista estudos feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, jan./abr. 2012. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2012000100003](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000100003)>. Acesso em: 23 jun. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 249 do CP). 3. ed. rev. atual. e ampl. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello (Orgs.). **As famílias e os desafios da contemporaneidade**. Porto Alegre: ABDFAM/RS, 2015.

SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. A transexualidade na atualidade: discurso científico, político e histórias de vida. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL ENLAÇANDO SEXUALIDADES, 3., 2013, Salvador. **Anais**. Salvador: UNEB, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15770>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

SÃO PAULO. Governo do Estado. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Coordenação de políticas para a diversidade sexual. **Diversidade sexual e cidadania LGBT**. São Paulo: SJDC/SP, 2014. Disponível em: <[http://www.recursoshumanos.sp.gov.br/lgbt/cartilha\\_diversidade.pdf](http://www.recursoshumanos.sp.gov.br/lgbt/cartilha_diversidade.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2021.

SILVA, Bruna Camilo de Souza Lima e; OLIVEIRA, João Felipe Zini Cavalcante de. Ideologia heteronormativa: uma crítica à luz da teoria queer. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO E SEXUALIDADE, 4., 2016, Minas Gerais. **Anais**. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: por vir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 177-207, maio/ago. 2015.

Disponível em:

<<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38641>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

SILVA, Inajara Piedade da. **A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos**: a redesignação de sexo na sociedade globalizada. Porto Alegre: Sulina, 2018.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 113-170.