

**REVISTA
ACADÊMICA DE
DIREITO DA
UNIGRANRIO**



RDUGR

**NÚMERO 01 - 2023
RIO DE JANEIRO**

ISSN 1984-7920

APRESENTAÇÃO

O final de mais um período letivo se aproxima e com ele, a exemplo de tantos outros semestres findos, tenho tido o privilégio de ser o mensageiro de boas novas para a comunidade acadêmica e científica. Sim, boas novas!

Nessa edição em dose dupla: o fato de termos mais um número de nosso periódico publicado, que é sempre um motivo de alegria para todos e todas da comunidade unigranriense, e, também pela primeira avaliação que tivemos em nosso periódico, que alcançou a relevante classificação de B3.

Este periódico, que foi criado de maneira despretensiosa para dar publicidade de estudos do corpo docente e discente do Curso de Direito da UNIGRANRIO, passou a receber valorosas contribuições de pesquisadores e pesquisadoras de todo o país, e até do exterior, tornando-se importante canal de divulgação de relevantes estudos das ciências jurídicas e sociais em território nacional.

Assim, dando sequência a estrutura consagrada neste periódico, a primeira seção é destinada aos estudos formulados por docentes que integram o Curso de Direito da UNIGRANRIO, tendo sido inaugurada com o artigo intitulado A DEVOLUÇÃO NO PROCESSO DE ADOÇÃO DIANTE DA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, produzido por Litiane Motta Marins Araújo, Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader e Luciana Soares Silva, onde as autoras tratam da devolução no processo de adoção em conformidade com a legislação brasileira, principalmente sob o prisma do Estatuto da Criança e Adolescente. Na sequência Sidney Guerra apresenta suas considerações sobre LA GOBERNANZA MIGRATORIA, EL ÉXODO VENEZOLANO Y LA OPERACIÓN ACOGIDA e reflete sobre o direito dos refugiados venezuelanos de buscar proteção em outro país, *in casu* o Brasil, bem como contempla as obrigações e compromissos assumidos para alcançar esse objetivo a partir de ações deflagradas por ocasião da “operação acolhida”. Caio Cesar Moraes Grande Guerra e Sabrina Pacheco de Souza realizam a tarefa de promover a resenha crítica da obra intitulada *Climate justice beyond the State*, de Lachan Umbers e Jeremy Moss ao tratar dos AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E OS DEVERES DAS GRANDES EMPRESAS DE CARBONO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O SEGUNDO CAPÍTULO DA OBRA CLIMATE JUSTICE BEYOND THE STATE.

Na sessão seguinte, destinada as contribuições externas, Erick Franck Nogueira da Paixão apresenta o estudo voltado aos DIREITOS HUMANOS E O SANEAMENTO BÁSICO COMO CONDIÇÃO PARA A DIGNIDADE HUMANA e aborda interessantes aspectos voltados ao tema proposto ao evidenciar a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana pela inexistência de condições básicas decorrentes da falta de saneamento. Tancredo Castelo Branco Neto, Antonio Sabino da Silva Neto e Kamila Pereira Tavares ao apresentarem o estudo sobre O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO examinam o desenvolvimento e as consequências do pensamento ocidental em relação a matéria e apontam inconsistências relativas a mesma. Na sequência, ao analisar as peculiaridades, a eficácia e a aplicabilidade do Acordo celebrado entre o Brasil e a Santa Sé, datado de 13 de novembro de 2008, Flávio Wender

Meireles Paladino analisa os QUINZE ANOS DO ACORDO BRASIL-SANTA SÉ E AS INCIDÊNCIAS DO DIREITO CANÔNICO NO DIREITO BRASILEIRO e trata dos principais aspectos provenientes deste documento internacional. Para finalizar esta seção, Maria Graziela Correa Reis e Ruan Didier Bruzaca apresentam o estudo sobre OS PROBLEMAS ATUAIS DE ACESSO À JUSTIÇA E A CONCILIAÇÃO COMO SOLUÇÃO: O EXEMPLO DO PROCON-MA, que contempla os impedimentos mais atuais relacionados à matéria.

Na terceira e última sessão, que é creditada para produção do corpo discente do Curso de Direito, Pedro Henrique Cataldo Pereira, devidamente orientado por Aline Teodoro de Moura, tratam da EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA DO IPI E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E INDUSTRIAL em que analisam a extra fiscalidade do Imposto Sobre Produtos Industrializados como forma de estímulo ao desenvolvimento econômico e industrial, bem como promovem a análise da extra fiscalidade como garantidora da justiça fiscal e da soberania nacional.

Mais uma vez, como mencionei acima, agradecido e honrado com a incumbência de apresentar as boas novas, desejo uma excelente leitura.

Duque de Caxias, 12 de junho de 2023.

Dr. Sidney Guerra - Editor

Professor Titular da UNIGRANRIO

A DEVOLUÇÃO NO PROCESSO DE ADOÇÃO DIANTE DA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

RETURN IN THE ADOPTION PROCESS IN BRAZILIAN LEGISLATION AND JURISPRUDENCE

Litiane Motta Marins Araújo*

Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader*

Luciana Soares Silva*

RESUMO

O estudo trouxe como objetivo o tema que aborda a devolução no processo de adoção diante da legislação brasileira. Discorreu sobre o processo de adoção, sobre as ações de adoção e como ocorre o fenômeno diante da legislação, do Estatuto da Criança e Adolescente, principalmente, como funciona os casos de crianças e adolescentes devolvidos após o período de convivência e pós o ato de adoção. Considera-se que a adoção após constituída torna-se irrevogável. O estudo utilizou como método de pesquisa a pesquisa bibliográfica, estudou-se correta legislação acerca da adoção bem como a lei complementar do Estatuto da Criança e Adolescente (Brasil, 1990). A pesquisa possui abordagem qualitativa tendo como suporte recursos bibliográficos constituídos por artigos publicados, livros e o Código Civil. Concluiu que a adoção é um ato de amor e que durante o percurso pode ocorrer situações difíceis, tanto quanto a adaptações ou insucessos para o adotante e adotado, no entanto, é importante que a lei esteja pronta para lidar com a questão, considerando que decisões de indenizações e condenações dos pais adotivos ao pagamento por danos morais e materiais, bem como de alimentos, devem se tornar uma alternativa para coibir essas situações de devolução.

Palavras-chave: Processo de adoção; Devolução; Legislação; Jurisprudência.

ABSTRACT

The study brought as objective the theme that addresses the devolution in the adoption process before the Brazilian legislation. He spoke about the adoption process, about the adoption actions and how the phenomenon occurs in the face of legislation, the Statute of the Child and Adolescent, mainly, how the cases of children and adolescents returned after the period of coexistence and after the act of adoption work. . It is considered that the adoption, after constituted, becomes irrevocable. The study used bibliographical research as a research method,

* Doutoranda em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Direito pela UNESA/RJ. Especialista em Civil e Processo Civil pela Unigranrio / RJ. Coordenadora Nacional do Direito do Grupo Afya. Coordenadora e Professora do Curso de Direito da UNIGRANRIO / Afya. Professora de Graduação e Pós-graduação. Avaliadora ad hoc INEP/MEC; Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Transformação Social - GPDHTS/RJ; litianemarins@gmail.com;

* Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito de família e Sucessões pela UNIDERP. Professora do curso de Direito da UNIGRANRIO / Afya. Presidente da Comissão Especial de Direito à Educação da Primeira Subseção da OAB/RJ Nova Iguaçu/Mesquita.

* Graduada no Curso de Bacharel em Direito da UNIGRANRIO / Afya.

studying correct legislation about adoption as well as the complementary law of the Child and Adolescent Statute (Brasil, 1990). The research has a qualitative approach supported by bibliographic resources consisting of published articles, books and the Civil Code. It concluded that adoption is an act of love and that difficult situations can occur along the way, as well as adaptations or failures for the adopter and adoptee, however, it is important that the law is ready to deal with the issue, considering that decisions from indemnities and convictions of the adoptive parents to the payment of moral and material damages, as well as food, should become an alternative to curb these situations of return.

Keywords: Adoption process; Devolution; Legislation; Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Não há um consenso acerca do início da história da adoção, é sabido que se trata de um instituto conhecido desde a antiguidade. Neste sentido, fundamental elaborar um pequeno histórico passando-se pela evolução temporal do instituto em tela, iniciando-se nos primórdios de sua existência jurídica até chegar aos dias atuais.

Ademais, a natureza jurídica da adoção na concepção de Diniz⁴, vem amparada por diversos autores, define que a adoção, como um ato jurídico solene pelo qual, ao serem observados os requisitos legais, se estabelece de forma independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa estranha.

Ao trazer sobre um tema tão importante que é a adoção, é necessário destacar que antes de mais nada, a adoção envolve, inicialmente, uma criança que foi abandonada pelos pais biológicos e um casal que não conseguiu gerar filhos biológicos. De acordo com Rierdi e Sartori (2013), A percepção que a noção de abandono representa é um tanto complexa, e cabe também a seguinte reflexão, ou seja, nem sempre entregar um filho para adoção significa abandono, também pode significar impossibilidade de criar, dar afeto e condições de uma vida digna, situação que merece ser vista como ato de amor.

Para elencar sobre a adoção, é importante trazer que em 2009, foi instituída da Lei 12.010 promovendo alterações juntamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) a respeito da adoção, Lei 8.090 de 1990. Pode-se afirmar que numa das mudanças está a redução do tempo de duração do processo de adoção,

⁴ DINIZ, Maria H. Berenice. Curso de direito civil brasileiro - direito das sucessões - Vol 6 - 36ª edição 2022: Volume 6 Capa comum – 20 janeiro 2022.

da possibilidade da família biológica extensa ser candidata à adoção, do direito a pleitear a identidade genética, além de alterações no período de convivência em casos de adoção internacional, entre outras mudanças.

Nesta perspectiva, a adoção se constitui como um ato de solidariedade social, bem como medida judicial de colocação em família substituta e atuando junto à solução para o abandono sofrido por crianças que nem sempre é efetivada com êxito, viabilizando também aos que não podem ter filhos biológicos ou que optaram por ter filhos sem vinculação genética, a possibilidade de realização do desejo de serem pais, além de eventualmente atender às necessidades da família biológica, que não teve condições de cuidar de seu filho.

No entanto, se não ocorre a adaptação entre as partes, tanto para a criança como o adolescente devolvido, essa atitude representará um duplo desamparo tendo como consequência a reinstitucionalização da criança ou adolescente, o que gera uma série de situações de cunho psicológico e transtornos de ordem emocional. Diante disso, surge a questão norteadora do estudo: De que forma a legislação brasileira e a jurisprudência tem atuado diante da situação que envolve a devolução na adoção? Sabe-se que Lei n.º 12.010/2009 determina que a situação dos menores que vivem em instituições será reavaliada de seis em seis meses, permanecendo abrigadas por no máximo dois anos, salvo a necessidade de atender o melhor interesse da menoridade.

No entanto, ao se deparar com crianças e adolescentes que, apesar de já terem passado pelo sofrimento da rejeição por seu meio familiar, ainda passam muito tempo em instituições pela não ocorrência da compatibilidade entre adotante e adotado.

É necessário compreender que o processo de adoção atribui à criança ou adolescente a condição de filho, conseqüentemente, todos os direitos lhe são garantidos por lei. Porém, pode-se afirmar que a adoção como um ato de amor ainda apresenta diferentes contornos, principalmente quando se diz respeito a devoluções na adoção.

Não há ainda um levantamento a respeito da ocorrência das devoluções, pois equipes técnicas que atuam junto às unidades de acolhimento concordam que é muito comum o ato devolver. Portanto, este estudo é relevante por ampliar a visibilidade de um problema tão comum e que muitas vezes ainda é pouco elencado nas esferas sociais. No entanto, gera conseqüências na vida do adotado.

Desse modo, este estudo justifica-se pois, é fundamental que procedimentos legais referentes que retratam o processo de adoção receba maior visibilidade no que tange em assegurar à criança ou adolescente seus direitos em uma família substituta. Vale salientar que a referida lei, que regulamenta a adoção no Brasil assegura os direitos à transferência de direitos e deveres de pais biológicos à família adotiva. Haja vista que, esta complementa a lei de adoção promulgada no ECA – Estatuto da Criança e Adolescente (Brasil, 1990), cujo objetivo macro está em dar ênfase nos vínculos afetivos.

Este estudo tem como objetivo discorrer sobre o tema que envolve a devolução na adoção e possui como objetivos específicos levantar breve histórico sobre o processo da adoção no Brasil; explicar sobre ações de adoção e o fenômeno da devolução de crianças e entender como ocorre as consequências da devolução e as medidas que devem ser tomadas para evitar sua ocorrência.

Utilizando a pesquisa bibliográfica, estudou-se correta legislação acerca da adoção bem como a lei complementar do Estatuto da Criança e Adolescente (Brasil, 1990). A pesquisa possui abordagem qualitativa tendo como suporte recursos bibliográficos constituídos por artigos publicados, livros e o Código Civil.

PROCESSO DE ADOÇÃO

Gonçalves⁵ define a adoção como um “[...] ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”, como já foi destacado anteriormente, muitos conceitos abarcam a adoção, e na doutrina tais conceitos, referem-se ao aludido instituto, realçando uma convergência entre os autores que dissertam sobre o tema, de forma unânime, reconhecem na adoção o caráter de uma *fictio iuris*⁶. Para

Nos ensinamentos de Farias e Rosenvald⁷ a adoção se apresenta como um mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, decorrente de um critério socioafetivo, cujos pilares estão firmados no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, ao inserir uma pessoa humana em família substituta,

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ *fictio iuris*[Ficção jurídica]

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direito das famílias.

6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 934.

deve-se visar sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário.

A natureza jurídica da adoção na concepção de Diniz⁸, vem amparada por diversos autores, define que a adoção, como um ato jurídico solene pelo qual, ao serem observados os requisitos legais, se estabelece de forma independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa estranha.

A adoção é um dos temas mais importantes no direito de família, sendo atualmente regulamentado pela lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Trata-se da forma mais abrangente de colocação em família substituta, é o ato jurídico pelo qual se é estabelecido o estado de filiação e paternidade, no qual fica amparada e regrada pela chancela judicial o direito de ser uma família constituída.

Adotar significa acolher, mediante ação legal e por vontade própria, como filho legítimo, uma criança e /ou um adolescente que se encontra de alguma forma desamparado pelos genitores.

Para Maria Berenice Dias, a adoção não é uma paternidade de segunda classe, mas se prefigura como a paternidade do futuro, enraizada no exercício da liberdade. A filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais no cotidiano de suas vidas.⁹

Segundo Rodrigues entende a adoção como “o ato do adotante, pelo qual traz ele, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha.”¹⁰ Adoção desvincula e acaba com a relação do filho com a família biológica, podendo haver alteração do nome e sobrenome, se este for o desejo do adotante ou adotado, sendo criança ou adolescente.

Em relação a natureza jurídica da adoção: Estabelece o § 5º do artigo 227 da Constituição Federal que a adoção deva ser assistida pelo Poder Público, o qual, na forma da lei, estabelecerá casos e condições de sua efetivação; e, embora dite as regras para adoção por parte de estrangeiros, ressalta a disposição constitucional quanto ao seu caráter eminentemente institucional.

⁸ Cf. DINIZ, Maria H. Berenice. **Curso de direito civil brasileiro** - direito das sucessões, 2022.

⁹ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p.332.

¹⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, Volume 6, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 380.

Portanto, a adoção é um ato jurídico onde a vontade de adotar (constitui família com aquela pessoa escolhida) é uma forma de acolher outra pessoa, onde se exterioriza e assume aquela pessoa como filho perante a sociedade, o obedecendo os requisitos legais, se tornam uma família por meio da afetividade. Vale mencionar que para existir o processo de adoção é necessário que o interessado manifeste sua vontade junto ao órgão específico e em seguida se candidate para este processo, portanto, é necessário realizar tal fato perante a justiça.

Após a juntada de todos os documentos necessários e o preenchimento do formulário, deve-se aguardar o deferimento do pedido, pois, com este deferimento, haverá a inscrição no Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Para compreender sobre o processo de adoção, é pertinente discutir que um dos requisitos para adoção é o da inviabilidade da manutenção na família natural ou extensa, uma vez que não havendo mais a possibilidade da permanência da criança ou do adolescente, aquele que irá ser adotado, junto a sua família natural ou biológica.

Neste sentido, é pertinente um reconhecimento acerca dos requisitos do adotante, sendo de suma importância por meio de uma abordagem à sua figura, entender que sobretudo, deve haver a vontade de adotar uma criança. Neste contexto, o momento em que a adoção é requerida por ambos os cônjuges ou companheiros, será então formalizada, sendo necessários que alguns requisitos sejam cumpridos, como um deles ter completado dezoito anos; não sendo, a idade de dezoito anos requisito para o casal; tão somente é suficiente que um dos companheiros tenha a idade mínima de dezoito anos. O ECA prevê a idade mínima entre adotante e adotando em no mínimo 16 anos. Insta salientar que a 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça autorizou adoção em caso que não atendeu a regra legal de diferença mínima de idade entre adotante e adotado.

O ECA (art. 42, § 3º)¹¹ fixa o requisito de no mínimo 16 anos de diferença entre adotante e adotado. No caso, o requisito não foi preenchido por apenas três meses. Venosa assevera a respeito do referido requisito:

Exigi-se, que a idade do adotante seja superior a dezesseis anos, pelo menos, à do adotado. Assim a diferença de idade se explica diante da expectativa do adotante possuir maior experiência de vida, afim de que possa

¹¹ **Art. 42.** Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

bem orientar o adotado, ou até mesmo com o intuito de igualar a adoção a família biológica.¹²

Neste momento é perceptível que o sistema ficara passível de possíveis distorções sociológicas de todas as espécies para dizer o mínimo, e fraudes, que podem causar danos inimagináveis a família e a sociedade. Segundo Oliveira¹³ cabe aos magistrados o bom senso no deferimento de adoções que não imitam a vida. É importante salientar que, no que tange questões de maturidade para a formação de uma família, pessoas que, para adoção, não atinjam a diferença etária de dezesseis anos de idade em relação ao adotado, estão aptas para se beneficiarem do mesmo instituto, tendo em vista que, quando cientes de que a constituição de uma família elenca inúmeras responsabilidades que deverão ser seguidas pelos candidatos à adoção.

É fundamental, neste momento observar os requisitos do adotante, em que o ECA prevê aos casais que vivam em estabilidade familiar, considerando a possibilidade de usufruírem do instituto da adoção. São do mesmo modo legitimados como adotantes, os separados judicialmente e divorciados, tendo como condição que os mesmos estejam de acordo sobre a guarda e regime de visitas.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Não há um consenso exato acerca do início da história da adoção, mas é sabido que se trata de um instituto conhecido desde a antiguidade. Neste sentido, é importante elaborar um pequeno histórico passando-se pela evolução temporal do instituto em tela, iniciando-se nos primórdios de sua existência jurídica até chegar aos dias atuais.

Marques¹⁴, descreve que a origem da adoção possui papel importante e referencia o Código de Hamurabi que foi instituído pelo Sexto rei Sumério em período controverso (1792-1750 ou 1730-1685 A.C.) e nascido em Babel, “Khammuriabi” (pronúncia na Babilônia), os registros indicam que foi fundador do Império

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹³ OLIVEIRA, Ingrid Cristina de. **O processo de adoção no Brasil**. UNICEM, 2012. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/918/TCC%20Ingrid.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

¹⁴ Cf. MARQUES, **O processo burocrático da adoção no Brasil**. 2010, p.15.

Babilônico, conforme biblioteca virtual encontrada no site da Universidade de São Paulo-USP¹⁵.

Weber¹⁶ explica que, ainda na idade média, a adoção declinou por um período por causa da preocupação dos feudos com a consanguinidade, também, despreocupação com crianças na época. No entanto, com a Revolução Francesa (1789), Napoleão Bonaparte incluiu a adoção no Código Civil quando descobriu que sua esposa era estéril. No entanto, as leis eram rígidas e a preocupação certamente, não estava na condição ou bem-estar do adotado.

Prado¹⁷relata que a primeira lei voltada para a adoção, foi datada de 1828, contudo, somente o Código Civil de 1916 sistematizou o assunto, cuja imposição seria que, qualquer pessoa sem filhos biológicos e com idade superior a 50 anos poderia adotar uma criança por meio de um contrato com os pais legítimos. Porém, o adotando deveria ser dezoito anos mais velho que o adotado Fonseca completa que nesse caso, o adotante deveria possuir no mínimo 18 anos a mais que o adotado, acrescenta e sua citação que em 1957 o Código Civil foi alterado, quando então os olhares começaram a voltar-se para a e seu bem-estar.

Na década de 60 foi criada a "legitimação adotiva" em que permitia-se a adoção se a guarda do menor fosse estabelecida antes de completar sete anos de idade, e os pais biológicos terem destituído o poder ou em caso de criança órfã sem reclamação de um parente há mais de ano¹⁸. Dispositivos que tratavam do instituto, surgiram ao longo do tempo, o Decreto n.º 181 de 1890 instituiu o casamento civil no ordenamento brasileiro, ensejando ao Livro do Direito de Família no Código Civil de 1916¹⁹, passando a disciplinar sistematicamente a adoção, onze artigos foram amplamente direcionados ao tema (368 a 378), e tratavam dos requisitos para a realização da adoção, como seus efeitos.

Costa²⁰ explana que em 1990, foi elaborado e aprovado Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por meio de um movimento social possibilitando os mesmos

¹⁵ Idem, p. 14

¹⁶ WEBER, L.N. **Laços de ternura: pesquisa e histórias de adoção**. Curitiba: Santa Mônica, 1998.

¹⁷ PRADO, M.R. O processo de adoção no Brasil, Unitoledo, Presidente Prudente, 2006.

¹⁸ Cf. Prado, 2006, p.198.

¹⁹BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 12/03/2013.

²⁰COSTA, M.J.A. Direito das obrigações. 9ª Edição. Coimbra: Almedina, 2006. *Apud* SILVA, Luana Andrade; MESQUITA, Danielisson Paulo; CARVALHO, Beatriz Girão Ernes; **Investigando o processo de adoção no Brasil e o perfil dos adotantes**. Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, Volume 44, Número 1, p. 191-204, Abril de 2010. Disponível em:

direitos dos filhos legítimos aos filhos adotados. Mediante sua evolução histórica, “O instituto da adoção é vetusto, presente nos fragmentos das legislações mais remotas que se tem notícia. A reiteração em todas as eras, evidência o enorme significado de utilidade e importância com que se apresentou ao longo da história”²¹

O INSTITUTO DA ADOÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA LEI N. 8.069 DE 13 DE JULHO DE 1990, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA.

A palavra adoção possui uma terminologia que vem do latim, *adaptio*, que tem o sentido de escolher, adotar. Desse modo, entende-se por adoção um ato jurídico o qual se criam relações similares à filiação biológica ou consanguínea, que torna o adotado um filho com os mesmos direitos de filho. Conforme disserta Silvio Rodrigues²² a adoção é : “ato do adotante pelo qual ele traz para a sua família e na condição de filho pessoa que lhe é estranha”.

No contexto subjetivo, encontra-se o conceito de Souza²³: “A adoção envolve vocação, vontade interior de desenvolver a maternidade e a paternidade instintivas, pelo real desejo de se ter um filho. Reflete o desejo de constituir família, por decisão madura, dialogada e refletida.”

Outro conceito que define bem adoção foi dado por Nunes²⁴, é o ato ou efeito de alguém aceitar, legalmente, como filho, um filho de outrem. Já Miranda²⁵, conceitua adoção como “o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação de paternidade e filiação”. De igual modo, Diniz²⁶ apresenta o conceito de adoção, que é como trazer para a família, uma pessoa que lhe é estranha, transformando essa relação como um vínculo fictício de filiação.

No contexto da adoção no Brasil, pode-se afirmar que é impulsionada pela realidade social. Assim como, o ato de adotar está muito além de suprir

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/2178-4582.2010v44n1p191/14439>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

²¹RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova Lei de Adoção comentada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

²² RODRIGUES, Sílvio. **Comentários ao Código Civil**. Direito de Família. vol. 17; São Paulo: Saraiva, 2005, p, 333.

²³ SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção é doação**. Curitiba: Juruá, 2001, p.24.

²⁴ NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1993. p.48.

²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 8.

²⁶Cf. DINIZ, Maria H. Berenice. **Curso de direito civil brasileiro - direito das sucessões**, 2022.

necessidades, uma vez que, tanto adotantes e adotados compõem um núcleo basilar que sustenta a sociedade. Desse modo, é fato que a adoção é uma medida de amparo e proteção.

Para Marques²⁷, todo ser humano necessita de cuidados, amparo, proteção, segurança e a família é o sustento e o alicerce para tornar uma criança ou adolescente num adulto com valores e responsabilidade. É pertinente entender alguns conceitos, e todos são conceitos válidos; no entanto, ao tratar da ideia de adoção, percorre-se muito além de seus conceitos ou definições, é importante conhecer um pouco de sua história.

Hodiernamente, a legislação brasileira integra no processo de adoção os dispositivos legais da Lei nº 12.010/09²⁸, trazendo ao ECA novos entendimentos. Primeiramente, importa saber que a Carta Magna é clara quanto ao seu art 227²⁹em seu parágrafo 5º, que a adoção se trata de uma ato bastante complexo e que exige sentença judicial.

Neste sentido, a adoção pe ser definida como um caso de ordem pública cabendo ao poder público legislar sobre a matéria. Ademais, a Lei 12.010/09 que dispõe sobre a adoção juntamente ao ECA, tem como objetivo primaz se tornar facilitadora do processo de adoção no Brasil.

Diniz³⁰ assevera que quando fala que a adoção se constitui num ato jurídico, haja vista que se faz necessário observar os requisitos legais de forma solene, independentemente de vínculo consanguíneo ou afim, ou seja, é um vínculo fictício de filiação trazendo para a família, na condição de filho, uma pessoa estranha. Sobre isso já foi lecionado neste estudo logo em seu início, sobre adoção. No entanto, é importante demonstrar que o objetivo da nova lei está em, sobretudo, assegurar ao menor, direitos à convivência familiar no menor prazo possível.

Para tanto, o perfil do adotado, segue uma regra macro, ou seja, todas as pessoas físicas podem ser adotadas. Consdera-se que sejam adotadas pessoas

²⁷ MARQUES, Eliane de Oliveira. O processo burocrático da adoção no Brasil. 2010

²⁸ BRASIL. **Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm.

²⁹ Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. **§ 5º** A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

³⁰ Cf. DINIZ, Maria H. Berenice. **Curso de direito civil brasileiro** - direito das sucessões, 2022.

tanto do sexo masculino com feminino. Como já supracitado, a exigência para que a criança ou o adolescente possa figurar como adotada está a diferença etária de 16 anos entre adotante e adotado, cujo adotante deve possuir no máximo 18 anos a data do pedido, salvo se o mesmo estiver sob guarda ou tutela dos adotantes. Ainda com relação ao perfil do adotando leciona: Nader ³¹“sobre a adoção por ascendentes ou irmãos: As vedações do ECA se justificam,” pois seria inconcebível que alguém pudesse ser ao mesmo tempo avô biológico e pai adotivo.”

É de suma relevância pontuar que a relação entre adotante e adotado é, para todos os efeitos, de pai e filho e não entre irmãos, fato este que descaracteriza por inteiro o instituto da adoção. Para Olivera³², a melhor forma será sempre aquilo que beneficiar a criança e o a respeito da adoção entre ascendentes e descendentes, pode-se afirmar que esta não é absoluta, uma vez que a mesma pode ser flexibilizada por razões humanitárias e sociais.

No entanto, há casos excepcionais, como o entendimento unânime da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ consoante a ação em questão é de uma avó paterna que pretende adotar a neta. No caso, discute-se se a avó teria legitimidade para ajuizar a ação de destituição do poder familiar da mãe biológica, e posteriormente, pedir a adoção da adolescente.

A ministra e relatora do caso Nancy Andrichi destacou que, apesar da vedação expressa no ECA de adoção de netos pelos avós, o dispositivo legal tem sofrido flexibilizações pela Corte. Para Nancy, a vedação não é absoluta, podendo ser flexibilizada em circunstâncias excepcionais, conforme o seguinte recurso especial:

CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR CUMULADA COM ADOÇÃO DE NETA PELA AVÓ. VEDAÇÃO A ADOÇÃO DOS NETOS PELA AVÓ. VEDAÇÃO POR REGRA EXPRESSA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA AVÓ. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. FLEXIBILIZAÇÃO EXCEPCIONAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO ACERCA DOS REQUISITOS PARA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E DOS PRESSUPOSTOS EXCEPCIONAIS QUE JUSTIFICAM A ADOÇÃO ENTRE AVÓS E NETOS. INCOMPATIBILIDADE DA INDISPENSÁVEL ATIVIDADE INSTRUTÓRIA PARA ESSES FINS E A EXTINÇÃO PREMATURA E LIMINAR DO PROCESSO. FATOS E CAUSAS DE PEDIR DELINEADAS NA PETIÇÃO INICIAL QUE INDICAM, EM TESE, A POSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DOS PEDIDOS. CASSAÇÃO DA

³¹ NADER, Paulo. **Direito de Família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, P. 333

³² Cf. OLIVEIRA, Ingrid Cristina, Op. Cit. p.26

SENTENÇA COM DETERMINAÇÃO DE EXAURIENTE INSTRUÇÃO. 1- Ação ajuizada em 07/11/2019. Recurso especial interposto em 02/01/2021 e atribuído à Relatora em 16/09/2021. 2- O propósito recursal é definir se a avó paterna é parte legítima para ajuizar ação de destituição de poder familiar da genitora biológica cumulada com pedido de adoção da neta. 3- Conquanto a regra do art. 42, § 1º, do ECA, vede expressamente a adoção dos netos pelos avós, o referido dispositivo legal tem sofrido flexibilizações nesta Corte, sempre excepcionais, por razões humanitárias e sociais, bem como para preservar situações de fato consolidadas. 4- A partir do exame dos precedentes desta Corte a respeito da matéria, verifica-se que os elementos que justificam a vedação à adoção por ascendentes são: (i) a possível confusão na estrutura familiar; (ii) problemas decorrentes de questões hereditárias; (iii) fraudes previdenciárias; e (iv) a inocuidade da medida em termos de transferência de amor/afeto para o adotando". 5- Dado que a vedação à adoção entre avós e netos não é absoluta, podendo ser flexibilizada a regra do art. 42, § 1º, do ECA, em circunstâncias excepcionais, é imprescindível que haja exauriente instrução acerca da presença dos requisitos justificadores da destituição do poder familiar pelos genitores biológicos e da presença dos requisitos traçados pela jurisprudência desta Corte e que justificariam, excepcionalmente, a adoção entre avós e netos. 6- Na hipótese, os fatos e as causas de pedir deduzidas na petição inicial apontam: (i) que a adotanda residiria com a avó desde tenra idade, uma vez que abandonada em definitivo pela mãe biológica alguns meses após o nascimento; (ii) que a paternidade biológica somente veio a ser reconhecida em ação investigatória post mortem; (iii) que a avó mantém a guarda da adolescente desde janeiro/2007, tudo a sugerir a possibilidade de, em princípio, existir um vínculo socio afetivo não apenas avoengo, mas materno-filial. 7- Recurso especial conhecido e provido, a fim de, afastados os óbices da ilegitimidade ativa e da impossibilidade jurídica do pedido, anular a sentença e determinar que seja dado regular prosseguimento ao processo, com exauriente instrução acerca da matéria.³³

No caso em epígrafe, a ministra verificou ainda que a adotanda mora com a avó desde a 'a pouca idade', uma vez que foi abandonada pela mãe biológica meses depois de seu nascimento. No entendimento da relatora, os indícios demonstram a existência de vínculo afetivo entre a adolescente e a avó paterna. Por unanimidade, o colegiado anulou a sentença para que seja dado o regular prosseguimento ao processo.³⁴

Já quanto ao nascituro, é importante ressaltar que somente adquirirá direito

³³ BRASIL. (STJ - REsp: 1957849 MG 2021/0279299-3, Data de Julgamento: 14/06/2022, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2022).

³⁴ IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito da Família. **Adoção de netos por avós é possível em circunstâncias excepcionais decide STJ**, 05 de junho de 2022. Disponível em:

à personalidade em seu nascimento. Sendo desta forma entendido por diversos doutrinadores que o nascituro não pode ser adotado, uma vez que o instituto da adoção somente é válido para pessoas revestidas de personalidade civil.

Gonçalves ³⁵corrobora que: “O nascituro não pode ser adotado uma vez que é incerto seu nascimento”. De fato, é um entendimento que parte do seguinte pressuposto: ninguém deveria ser facultado adotar uma criatura ainda não nascida, uma vez que sequer se sabe se nascerá ou não com vida. É pertinente aqui salientar que do ponto de vista jurídico, a adoção se sujeitaria a um acontecimento impreciso, sendo assim, torna-se óbvio que a legislação vigente não tenha dado devido importância a esse tema.

É essencial tratar das formalidades no processo de adoção no que tange ao seu pedido. Insta salientar que a adoção só poderá ter início mediante processo judicial. O ECA preconiza que a adoção somente será deferida se apresentar reais vantagens para o adotando, e ainda desde que esteja fundada em motivos legítimos. Ou seja, o curador ou tutor não estará apta à adoção enquanto não prestar contas

AÇÃO DE ADOÇÃO E O FENÔMENO DA DEVOUÇÃO DE CRIANÇAS

De acordo com o cadastro Nacional de Adoção (CNA), há mais de 5 mil crianças em condições perfeitas para adoção, e o número de famílias que aguarda a chance de conseguir adotar chega a quase 30 mil.

Neste sentido, o Brasil possui cerca de 44 mil crianças e adolescentes atualmente vivendo em abrigos, conforme o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes (CNCA). Contudo, são algumas situações que podem ser discutidas, como por exemplo, já que há tantas crianças para serem adotadas e famílias para serem adotadas, o número de crianças do cadastro nacional está em constante crescimento⁴⁸³⁶.

Mediante a avaliação do CNJ, compreende-se que a hipótese seja a discordância entre os perfis de grande parte das crianças do cadastro em relação

³⁵ Idem, p. 27

³⁶ BRASIL. **Realidade brasileira sobre adoção.** A diferença entre o perfil desejado pelos pais adotantes e as crianças disponíveis para serem adotadas. Disponível em:

ao perfil idealizado pelos adotantes do que desejam como filho. “Nacionalmente, verifica-se que o perfil das crianças e adolescentes cadastrados no CNA é destoante quando comparado ao perfil das crianças pretendidas, fato que reveste a questão como de grande complexidade”,⁴⁹ admite o CNJ no documento Encontros e Desencontros da Adoção no Brasil: uma análise do Cadastro Nacional de Adoção, de outubro de 2012.

De acordo com o que foi levantado junto ao CNA, mediante a entrada em vigor da nova legislação sobre o tema, o CNA tinha objetivava acelerar e dar maior transparência ao processo de adoção. Após três anos cerca de 3.015 adoções no Brasil foram realizadas, ou seja, uma média de quase três por dia.

Segundo dados da Seção de Colocação em Família Substituta da 1ª Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, verifica-se que a média mensal de adoções reduziu-se após novas exigências legais³⁷. Também, em 2010, a Justiça autorizou 195 adoções no Distrito Federal - DF média mensal de 16,25 casos. Em 2011, foram menos: 144 no total, ou apenas 12 por mês.³⁸

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA DIANTE DO FENÔMENO DA DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO DECORRER DO PROCESSO DE ADOÇÃO

É sabido que o ECA estabelece em seu artigo 46 sobre o estágio de convivência, porém, não especifica a forma como o referido procedimento deve ser realizado, assim como não menciona acerca da possibilidade da ocorrência de incompatibilidade nesta aproximação, porventura, tendo como resultado o insucesso entre adotantes e adotados ao ser deferido o procedimento da guarda.

No entanto, o artigo 28, § 5º do ECA³⁹ também estabelece que ao iniciar o

³⁷ Lei **13.509/2017**, que cria novas regras para acelerar adoções no Brasil e prioriza a adoção de grupos de irmãos e crianças, além de adolescentes com problemas de saúde. Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/24/sancionada-lei-que-acelera-processos-de-adoção>. Acesso em: 08 de outubro de 2022.

³⁸ Cf. BRASIL. **Realidade brasileira sobre adoção**. A diferença entre o perfil desejado pelos pais adotantes e as crianças disponíveis para serem adotadas. 2021

³⁹ **Art. 28.** A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 5o A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução

processo de adoção o mesmo deve ser precedido de preparação de forma gradativa e com acompanhamento posterior a fim de saber a evolução de inserção da criança ou adolescente em família substituta.

Esse acompanhamento é realizado por equipe de multiprofissional da Justiça da Infância e da Juventude. Cabe salientar que neste contexto, o ECA não faz menção da possibilidade do fracasso da adoção, que faz parte de todo processo de convivência, uma vez que o juízo pertinente à vara da infância e da juventude, diante da demanda em que os adotantes querem devolver o infante à tutela do Estado, ponderar qual a melhor providência a ser tomada para resguardar os direitos da criança/adolescente envolvidos no fato.

A DEVOLUÇÃO NA DOUTRINA BRASILEIRA.

É fato que há inúmeras crianças e adolescentes que se encontram em instituição de acolhimento e novamente disponíveis para adoção, de acordo com o Ministério Público estadual – MPPR⁴⁰. No entanto, considerando que as barreiras da adoção sejam superadas, existência de crianças que anseiam por um lar e pela concretização do sonho de ter uma família. Porém, a adoção, quando se trata de termos legais, após finalizada, torna-se irreversível.

A adoção é irrevogável e a "devolução" de uma criança adotada não apenas é juridicamente impossível, como também pode dar causa a uma série de sanções de natureza civil (incluindo indenização por dano moral) e administrativa (como as previstas nos arts. 129 e 249, da Lei nº 8.069/90)⁴¹. Em casos extremos, como se houver eventual "abandono", pode também gerar sanções de natureza penal. A impossibilidade de "devolução" de uma criança/adolescente adotada é, inclusive, uma das razões pelas quais é tão importante submeter os pretendentes à adoção a um curso preparatório, assim como a uma avaliação técnica criteriosa, seja por ocasião do processo de habilitação, seja por ocasião da decisão quanto à adoção propriamente dita.⁴²

da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

⁴⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ – MPPR. **Adoção**. Decisão Judicial condena a devolução de crianças adotadas, 2019. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/2019/07/152/ADOCADO-Decision-judicial-condena-devolucao-de-criancas-adotadas.html>. Acesso em: 13 de novembro de 2022.

⁴¹ **Art. 249.** Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

⁴² Cf. BRASIL, Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Porém, o ECA tem como previsão um período de adaptação na convivência, esse momento é importante, pois nesse período será avaliado a compatibilidade, assim, minimizam os riscos de haver arrependimentos por parte dos pais adotivos e da criança.⁴³

Neste sentido, é fundamental que seja explicado como a doutrina entende a devolução na adoção.

A DEVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A devolução na adoção ainda tem sido alvo de discussões no âmbito judicial. Para Gagliano e Barreto ⁴⁴ a desistência da adoção pode acontecer em momentos distintos, que se dá durante o estágio de convivência, durante a guarda provisória ou após o trânsito em julgado da sentença, sendo essa a definição de que todo o processo de adoção restou concluído. No entanto a legislação brasileira não possibilita a devolução da adoção após a mesma efetivada, existe uma brecha, ou seja, no momento da convivência isso pode acontecer. Pois se trata do período em que se busca estreitar o relacionamento entre os adotantes e os adotados. Na jurisprudência, pôde-se encontrar um caso em que ocorre a devolução na adoção. No caso em epigrafe, Os agravantes alegam que alguns dias após a concessão da Guarda Provisória aos Requeridos, os menores começaram a apresentar um comportamento diferente do que demonstraram no estágio de convivência.

O novo comportamento foi uma surpresa para os Requeridos, pois durante todo o período do estágio as crianças se comportaram de maneira muito diferente, o que causou insegurança nos Requeridos ocasionando na desistência da adoção, pedido que foi protocolado em 07/11/2020 e que em nenhum momento causou satisfação nos adotantes, muito pelo contrário, sentiram-se culpados pelos transtornos que causaram na vida das crianças. Ressaltam o arrependimento após a devolução das crianças ao abrigo. Alegam falta de responsabilidade e possibilidade no pagamento da indenização. Como descrito a seguir:

VOTO Nº: 26288 AGRADO DE INSTRUMENTO Nº: 2024767-39.2021.8.26.0000 COMARCA: FORO DE SÃO MIGUEL ARCANJO AGRAVANTE: ALTIVO NUNES PEREIRA E OUTRO AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO JUIZ: DR.

⁴³ Cf. Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

⁴⁴ Cf. Estatuto da Criança e Adolescente (ECA)

MATHEUS OLIVEIRA NERY BORGES R.G. Agravo de instrumento. Ação de responsabilidade civil. Adoção. A devolução das crianças que se achavam em estágio de convivência três meses depois não mostra de pronto que existe o dano a ser fixado como antecipação da tutela. Ainda que a devolução das crianças possa causar danos irreparáveis isso deverá ser objeto de provas. A indenização por força da responsabilidade civil nos termos do artigo 186 do Código Civil exige a violação do direito e ao mesmo tempo que provoque dano. Essas circunstâncias ainda dependem de dilação probatória. Agravo provido. Trata-se de ação de responsabilidade civil com pedido de tutela de urgência ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo após os Agravantes terem desistido de um processo de adoção dos menores M.S.B. e L.S. (Processo nº 1000408-76.2020.8.26.0582), buscando, em síntese, a condenação dos agravantes ao pagamento de danos materiais no importe de ½ salário mínimo para cada infante desde seus abrigamentos até sua maioridade ou a colocação dos mesmos em nova família substituta, bem como, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, págs. 202/205. É o relatório. Conforme despacho inicial, no caso dos autos os agravantes devidamente inscritos no cadastro de adoção receberam por decisão judicial datada de 6 de julho de 2020, a guarda provisória das crianças, com a finalidade de início do estágio de convivência, previsto no artigo 46 do Estatuto da Criança e Adolescente, que antecede o deferimento da adoção. Como é sobejamente sabido o estágio de convivência é o período no qual a criança ou adolescente é confiada aos cuidados das pessoas interessadas na adoção. É o período de aproximação e convivência que deve necessariamente ser cumprido para depois se aferir da viabilidade da adoção.

Agravo de instrumento. Ação de responsabilidade civil. Adoção. A devolução das crianças que se achavam em estágio de convivência três meses depois não mostra de pronto que existe o dano a ser fixado como antecipação da tutela. Ainda que a devolução das crianças possa causar danos irreparáveis isso deverá ser objeto de provas. A indenização por força da responsabilidade civil nos termos do artigo 186 do Código Civil exige a violação do direito e ao mesmo tempo que provoque dano. Essas circunstâncias ainda dependem de dilação probatória. Agravo provido.⁴⁵

(TJ-SP - AI: 20247673920218260000 SP 2024767-39.2021.8.26.0000, Relator: Silvério da Silva, Data de Julgamento: 18/08/2021, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/08/2021)

Desse modo, é fundamental esclarecer que conforme preceitua o artigo 39, §1º do ECA, a adoção é irrevogável, ou seja, após ocorrido o procedimento, prolatada a sentença e ocorrendo o trânsito em julgado desta, não há mais a

⁴⁵ (TJ-SP - AI: **20247673920218260000** SP 2024767-39.2021.8.26.0000, Relator: Silvério da Silva, Data de Julgamento: 18/08/2021, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/08/2021)

possibilidade de desistência. Em que pese, a legislação discipline a adoção como um instituto irrevogável e irrenunciável, observa-se que há uma realidade diferente sendo aplicada no cotidiano dos Tribunais de Justiça.

AS CONSEQUÊNCIAS DA DEVOLUÇÃO

O dano causado em crianças e adolescentes diante da ação de devolução traz questões bastantes delicadas. Sabe-se que o dano causado após o trânsito em julgado da ação de adoção, entende-se que os Tribunais de Justiça estão avançando em busca de reparação do prejuízo causado, ou seja, penalizando os adotantes que praticam tal ato de forma indiscriminada.

Embora não haja previsão legal no ordenamento brasileiro sobre isso, trata-se de uma situação fatídica. Entretanto, mediante as decisões proferidas no primeiro grau e as jurisprudências, observa-se que tais decisões têm sido no sentido de impor aos adotantes o dever de pagar alimentos, contribuindo financeiramente para tratamento psicológico da criança que fora mais vezes abandonada, até que lhe seja oportunizada uma nova família se for o caso. Ademais, haverá a possibilidade dos adotantes terem o poder familiar suspenso ou destituído, de acordo com os arts. 1.635 e 1.638 do CC.⁴⁶

As consequências da devolução na adoção se refletem tanto nos adotantes, por meio de consequências jurídicas ou penalidades, assim como as consequências psicológicas sofridas pelos adotados, ora devolvidos à instituição de acolhimento. Ademais, considera-se que é um momento da vida da criança grande trauma, fruto de uma nova rejeição, que acarreta sérios danos a sua integridade psíquica e moral (por vezes, física), e que devem ser ressarcidos, pelo menos, com acompanhamento psicológico a ser financiado, pelo tempo que for necessário, pelo casal ou pessoa que deu causa (art. 186 do CC)⁴⁷

Diante do que foi dito até aqui, é importante trazer um caso de grande repercussão na mídia em que uma influencer diz que um erro da justiça a fez devolver o filho adotado. Isso aconteceu quando em 2018 entrou num processo de

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

⁴⁷ **CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**
Institui o Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

adoção e segundo ela, seguiu todos os protocolos, inclusive, o curso exigido para emissão de um certificado e a mesma afirma que nunca recebeu esse certificado, afirma que precisava do documento para dar sequência ao processo de adoção, porém mesmo diante de todos os esforços, não conseguiu o certificado.

No entanto, mesmo com a falta do documento, o juiz a convocou para a adoção, após isso, levou a criança consigo, criou vínculo, e depois foi chamada para devolver a criança pois não estavam completos seus documentos dentro do processo, e que deveria voltar para o final da fila de adoção.

Segundo a influenciadora a situação causou grande sofrimento para ela para o marido, pois haviam seis casais na frente e que dois deles mostraram interesse em adotar a criança que ela havia adotado e já o via como filho. De acordo com a adotante foi um grave erro da justiça.⁴⁸

O caso apresentado traz mais um fato de consequências que podem desestruturar os envolvidos na adoção, ou seja, a devolução da criança ao centro de acolhimento quando as expectativas dos pais e dos filhos não são realizadas. Sabe-se que o grande sonho dos “pais” é frustrado ao primeiro sinal de desobediência ou não adaptação da criança, que muitas das vezes seria considerado aceitável no filho biológico⁴⁹. Porém no caso supracitado a frustração se deu por um erro fatídico.

CONCLUSÃO

O estudo buscou levantar um tema bastante relevante e que traz sobre o processo de adoção na questão da devolução de crianças e adolescentes. Muitas são as mudanças que vem sofrendo a legislação. O objetivo deste trabalho foi apresentar discorrer para o meio acadêmico e para a sociedade o tema que envolve a devolução na adoção e para isso demonstrou sobre o processo da adoção no Brasil, explicou sobre ações de adoção e como ocorre o fenômeno da

⁴⁸ MANFRENATO, I. **Influencer diz que erro da justiça a fez devolver filho que adotou; aos prantos a mãe faz apelo emocionante**: “É nossa única esperança” HUGO GLOSS BRASIL. UOL, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://hugogloss.uol.com.br/brasil/influencer-diz-que-erro-da-justica-a-fez-devolver-filho-que-adotou-aos-prantos-mae-faz-apelo-emocionante-e-nossa-unica-esperanca-assista/>. Acesso em: 19 de novembro de 2022.

⁴⁹ SILVEIRA; G.G.R.P; MONTEIRO, I.B. A devolução da criança no processo de adoção e suas consequências jurídicas. **Doutrina Pátria**, 24 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/devolucao-da-crianca-no-processo-de-adocao-e-suas-consequencias-juridicas/#:~:text=927%20e%20186%20do%20C%C3%B3digo,sentimentos%2C%20e%20n%C3%A3o%20meros%20objetos.>

devolução de crianças bem como suas consequências tanto para os adotantes como para os adotados. as medidas que devem ser tomadas para evitar sua

Buscou-se refletir e discutir o processo da destituição do poder familiar, bem como explicar quais direitos ela poderá ter frente a esta situação

Os resultados da pesquisa apontaram, primeiro, para a possibilidade de responsabilização civil dos pais adotivos, sendo estes condenados a arcar com danos morais causados pela devolução, bem como com a obrigação alimentar, também trouxe o esclarecimento que a adoção seja irrevogável e que o período de convivência existe exatamente para que por meio de adaptações, tanto o adotante quanto o adotado estejam familiarizados e possa conviver em família harmoniosamente.

No entanto, o estudo demonstrou que há casos em que após esse período de convivência e a adoção deferida, caso ocorra a devolução, como do caso apresentado no Agravo de Instrumento, se faz necessário que os adotantes sejam responsabilizados com o pagamento de indenizações à criança tendo em vista que a mesma passa por um novo processo de rejeição podendo afetá-la sobremodo psicologicamente. Neste sentido, a adoção é um ato de amor e que durante o percurso pode ocorrer situações difíceis tanto quanto a adaptações ou insucessos para o adotante e adotado, no entanto, é importante que a lei esteja pronta para lidar com a questão, considerando que decisões de indenizações e condenações dos pais adotivos ao pagamento por danos morais e materiais, bem como de alimentos, devem se tornar uma alternativa para coibir essas situações de devolução.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos** 10ª ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 5 de outubro de 1988 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília:10 de janeiro de 2002; 181o da Independência e 114o da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 03 de setembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: **REsp 1957849 MG 2021/0279299-3**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1553469840>. Acesso em: 19 de novembro de 2022.

BOREL. Edna Fátima; Santos, Rosilene Bastos dos; Costa, Dorival. A evolução da Legislação Brasileira no tocante à adoção e evolução de crianças e adolescentes adotados no Brasil. Uninter. **Revista Humanidades e perspectivas**, v.2, n.1, 2019. Disponível em: <https://revistasuninter.com/revista-humanidades/index.php/revista-humanidades/article/view/23>. Acesso em: 03 de setembro de 2022.

DIAS, Maria H. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria H. Berenice. Curso de direito civil brasileiro - direito das sucessões - Vol 6 - 36ª edição 2022: Volume 6 Capa comum – 20 janeiro 2022.

FRASSÃO, M.C.G.O. **Devolução de crianças colocadas em famílias substitutas: Uma compreensão dos aspectos psicológicos, através dos procedimentos legais**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/78106> Acesso em: 03 de setembro de 2022.

GHIRARDI. Maria. **Devolução de Crianças adotadas: Um estudo Psicanalítico**. 1ª ed. São Paulo: Primavera editorial, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.**

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito da Família. **Adoção de netos por avós é possível em circunstâncias excepcionais decide STJ**, 05 de junho de 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9770/Ado%C3%A7%C3%A3o+de+netos+por+av%C3%B3s+%C3%A9+poss%C3%ADvel+em+circunst%C3%A2ncias+excepcionais%2C+decide+STJ#:~:text=Ado%C3%A7%C3%A3o%20de%20netos%20por%20av%C3%B3s%20%C3%A9%20poss%C3%ADvel%20em%20circunst%C3%A2ncias%20excepcionais%2C%20decide%20STJ,15%2F06%2F2022&text=A%20veda%C3%A7%C3%A3o%20imposta%20pelo%20ECA,Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20%2D%20STJ>. Acesso em: 18 de novembro de 2022.

MANFRENATO, I. **Influencer diz que erro da justiça a fez devolver filho que adotou; aos prantos a mãe faz apelo emocionante**: “É nossa única esperança” HUGO GLOSS BRASIL. UOL, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://hugogloss.uol.com.br/brasil/influencer-diz-que-erro-da-justica-a-fez-devolver-filho-que-adotou-aos-prantos-mae-faz-apelo-emocionante-e-nossa-unica-esperanca->

assista/. Acesso em: 19 de novembro de 2022.

MARQUES, Eliane de Oliveira. **O processo burocrático da adoção no Brasil**. 2010. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/1519/3/Eliane%20de%20Oliveira%20Souza%20Marques.pdf>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

MIRANDA, Alessandro. **Adoção, breves considerações**. In: *Jusbrasil*. 2013. Disponível em: <https://advalessandro.jusbrasil.com.br/artigos/111925780/adocaobreves-consideracoes>. Acesso em: 08 de outubro de 2022.

NADER, Paulo. **Direito de Família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, P. 333

OLIVEIRA, Ingrid Cristina de. **O processo de adoção no Brasil**. UNICEM, 2012. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/918/TCC%20Ingrid.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 de setembro de 2022.

RIEDER, Jane Elizabeth; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes. **PERSPECTIVA**, Erechim. v.37, n.138, p.143-154, junho/2013. Disponível em: https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138_354.pdf. Acesso em: 22 de setembro de 2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, Volume 6, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 380.

SILVEIRA; G.G.R.P; MONTEIRO, I.B. A devolução da criança no processo de adoção e suas consequências jurídicas. **Doutrina Pátria**, 24 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/devolucao-da-crianca-no-processo-de-adoacao-e-suas-consequencias-juridicas/#:~:text=927%20e%20186%20do%20C%C3%B3digo,sentimentos%20e%20n%C3%A3o%20meros%20objetos>.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção é doação**. Curitiba: Juruá, 2001, p.24

**LA GOBERNANZA MIGRATÓRIA, EL ÉXODO VENEZOLANO Y LA
OPERACIÓN ACOGIDA
IMMIGRATION GOVERNANCE, THE VENEZUELAN EXODUS AND THE
WELCOME OPERATION**

Sidney Guerra*

RESUMEN

La migración es una práctica social antigua que ha experimentado nuevas configuraciones a partir de la globalización y el surgimiento de nuevas tecnologías y comunicaciones. De hecho, esta nueva realidad ha dado lugar a consecuencias negativas, como el aumento de la desigualdad económica y la disminución del poder de los gobiernos. Por lo tanto, la presente investigación aborda el derecho de los refugiados a buscar asilo en otro país y regresar con seguridad a su país de origen, analizando las obligaciones y compromisos de la Gobernanza Global en relación con las migraciones para proteger a los refugiados y a las personas que buscan refugio. La propuesta busca promover la acogida humanitaria, la integración de migrantes en situación de vulnerabilidad y garantizar sus derechos humanos y bienestar. Se destaca la importancia de la acogida humanitaria como principio para sustituir el papel de los operadores de la legislación migratoria en Brasil y una nueva perspectiva de "regularización de los irregulares" en lugar de la despenalización de los "inmigrantes ilegales".

Palabras clave: migración; refugiados; acogida humanitaria.

ABSTRACT

Migration is an ancient social practice that has experienced new configurations as a result of globalization and the emergence of new technologies and communications. In fact, negative consequences have been raised by this new reality, such as the increase in economic inequality and the decrease in government power. Therefore, this investigation addresses the right of refugees to seek asylum in another country and safely return to their country of origin, analyzing the obligations and commitments of Global Governance regarding

* Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor em Cultura pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Pós-Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Doutor e Mestre em Direito (UGF). Doutorando em Relações Internacionais (Universidade Católica de Córdoba). Doutorando em Meio Ambiente (UERJ). Professor Titular da UFRJ e Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ). Professor Titular da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Coordenador do Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional e Ambiental (LEPADIA/UFRJ) e do Grupo de Pesquisas Direitos Humanos, Estado e Cidadania (UNIGRANRIO). Advogado. E-mail: sidneyguerra@terra.com.br

migrations, to protect refugees and people seeking refuge. The proposal seeks to promote humanitarian reception, integrate migrants in situations of vulnerability, and guarantee their human rights and well-being. The importance of humanitarian reception is highlighted as a principle to replace the role of migration law operators in Brazil and a new perspective of "regularization of irregulars" instead of the decriminalization of "illegal immigrants".

Keywords: migration; refugees; humanitarian reception.

INTRODUCCIÓN

Ciertamente, si bien el fenómeno de la migración no es reciente, ha ganado nuevos contornos a partir del escenario de globalización surgido de los avances tecnológicos y de las comunicaciones, especialmente en las últimas dos décadas.

Este otro fenómeno, el de la globalidad, multifacético y transnacional, ha traído consigo, además de estos avances, consecuencias consideradas nocivas, como el aumento de la desigualdad económica y la ampliación de la actuación de los actores privados, lo que ha debilitado mucho el poder de los gobiernos estatales, especialmente en lo que se refiere a la promoción y garantía mínima de los derechos fundamentales de los ciudadanos para una vida digna.

El escenario descrito, aliado al acontecimiento de las guerras en el mundo contemporáneo ya los desastres ambientales causados por el hombre, ha acelerado el proceso de desplazamiento humano en gran escala. Crisis económica mundial, profundas crisis ambientales, crisis alimentaria, conflictos en el mundo árabe, etc. estos son solo algunos de los grandes aspectos que dieron lugar a una nueva configuración en el ámbito de la migración y al surgimiento de políticas nacionales e internacionales de protección de la persona humana.

En este contexto, Brasil se ha caracterizado como uno de los principales destinos de migrantes y refugiados, que buscan y encuentran un nuevo hogar y nuevas oportunidades de vida. Con la misión de ofrecer una acogida humanizada, buscando el bien y mitigando el sufrimiento de los migrantes, las organizaciones humanitarias internacionales y las ONGs locales basadas en

Brasil han colaborado activamente con el Ejército Brasileño, en acciones para la internalización de los migrantes en el territorio brasileño.

Las propuestas concebidas en este trabajo pretenden promover la acogida humanitaria; la integración de contingentes de población extranjera en situación de vulnerabilidad y sufrimiento; y la salvaguarda de sus derechos humanos y bienestar.

LOS INDICADORES MUNDIALES DE GOBERNANZA MIGRATORIA

Cumpliendo con los tiempos y objetivos señalados en la Declaración de Nueva York, la OIM presentó en 2015 el Marco de Gobernanza de la Migración (MGdM) para ayudar a los estados a definir los elementos esenciales que constituyen la base necesaria para una política de migración bien gestionada a nivel nacional.

Se trata del documento que establece las bases para monitorear el número de países que han implementado leyes y políticas públicas que han mejorado notablemente la gobernanza migratoria y que, a su vez, identifica los indicadores que medirán el progreso en el cumplimiento de la meta 10.7 de los ODS hasta el año 2030. El MGdM contiene alrededor de noventa Indicadores de Gobernanza Migratoria (IGM) agrupados en seis dimensiones claves de políticas públicas, cubriendo actualmente treinta y nueve países².

Este marco se construye sobre el análisis de las estructuras de la gobernanza migratoria de los estados, ofreciendo recomendaciones para ayudarlos a evaluar sus políticas migratorias e identificar las áreas que deben mejorar. Su objetivo es llevar más allá del enunciado de la séptima meta del décimo ODS el diálogo sobre la gobernanza de la migración. Los lineamientos que propone la OIM en este documento del año 2015 para que un sistema migratorio promueva la movilidad y gestione la migración en beneficio tanto de los migrantes como de la sociedad son tres: 1) Debe estar sujeto a las normas

² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). **Marco de Gobernanza de la Migración**. Elementos esenciales para facilitar la migración y la movilidad de manera ordenada, segura, regular y responsable gracias a políticas migratorias planificadas y bien gestionadas. Centésimo sexta Reunión del Consejo. C/106/40, de 4 de noviembre de 2015.

internacionales y respetar los derechos de los migrantes; 2) Debe formular políticas contrastadas y utilizar un enfoque integrado de gobierno; y 3) Debe asegurar la colaboración efectiva con sus socios.

Las leyes y políticas relacionadas con los flujos migratorios abarcan múltiples aspectos como lo son las fronteras y visados, los tipos de autorizaciones, la nacionalidad, la seguridad, el mercado laboral, la cohesión social, el desarrollo económico, los servicios sociales, la salud, la educación y la vivienda, entre otros. De esta forma, la perspectiva que adopte un Estado de cara al sistema migratorio que decida seguir en su territorio tendrá incidencia en otras esferas de gobierno, principalmente en los territorios autonómicos y los municipios. Para que la gobernanza de la migración sea adecuada es necesario adoptar un enfoque integrado que involucre a todos los entes gubernamentales cuyas competencias y responsabilidades estén relacionadas con el movimiento de las personas³.

Por otra parte, la naturaleza misma de las migraciones implica a diversos interlocutores no gubernamentales cuya participación es determinante en las políticas y acciones que deben conducir a una buena gobernanza. Algunos ejemplos serían los propios migrantes y sus familias, las diásporas, el sector empresarial, los sindicatos, las organizaciones no gubernamentales, asociaciones de migrantes, instituciones académicas, la iglesia y la sociedad civil. La buena gobernanza de la migración exige que se creen asociaciones entre los diferentes actores para indagar en la comprensión del fenómeno y desarrollar enfoques más precisos y eficaces⁴.

Al pensar en la gobernanza de la migración, su creación, su estructura y los actores involucrados, es necesario trabajar con una variedad de desafíos epistemológicos, como la inconmensurabilidad, el etnocentrismo, el colonialismo y el imperialismo.

³ VERA, Marcia; BRUMAT, Leiza; GEDDES, Andrew Geddes. **Migration Governance in South America: Where is the region heading?** 4 de agosto de 2017. Disponible em: <<https://blogs.eui.eu/migrationpolicycentre/migration-governance-in-south-america-where-is-the-region-heading/>>. Acesso em 13 jul. 2022

⁴ Esthimer, M. (2016), **'Protecting the Forcibly Displaced: Latin America's Evolving Refugee and Asylum Framework'**, Migration Information Source, Migration Policy Institute. Acesso em 13 jul de 2022 em: <www.migrationpolicy.org/article/protecting-forcibly-displaced-latinamerica%E2%80%99s-evolving-refugee-and-asylum-framework>

Por tanto, hay que analizar cuánto de lo que se ha aplicado en el sur global es herencia del colonialismo reflejado en las políticas de gobernanza migratoria, cuánto de ello se ha aplicado adoptando una perspectiva funcionalista y acrítica y cuánto de ello se ha pensado a la propia realidad en una política menos sesgada al norte y podría adaptarse más fácilmente a varios escenarios diferentes (incluido el europeo, que es más plural y diverso de lo que le gustaría admitir al occidental), y sería, en última instancia, incluso una gobernanza de la migración más productiva y eficaz construida con la ayuda de un sur menos ambicioso (y posiblemente menos sesgado).

Para responder a esas preguntas, se debe entender el desarrollo de las políticas migratorias en el contexto del sistema de estados, que ha mostrado tres enfoques diferentes. En primer lugar, está la visión securitaria, que apunta a defender la soberanía nacional de posibles amenazas de personas de otros Estados. Así, el extranjero no es deseable, pero es considerado una persona que potencialmente romperá el orden social y el equilibrio nacional⁵.

Frente a este enfoque, el segundo defiende la presencia de inmigrantes en el país de “destino” desde una perspectiva económica, basada en la “aportación económica” del extranjero. Por tanto, el inmigrante aparece como “deseable” y una “solución” a los problemas económicos del país. Esta es la situación mencionada anteriormente en el apartado histórico durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, cuando el inmigrante europeo era visto como la solución económica a la mano de obra libre (mientras que, en cuanto al inmigrante africano, se seguiría aplicando el enfoque securitario)⁶.

Con base en este argumento, los inmigrantes son considerados una presencia ilegítima, obligándolos a realizar constantes tareas de “legitimidad” para justificar su presencia y lugar en la sociedad en la que residen. Así, tendrían un “derecho” a quedarse solo mientras contribuyen al país, lo que

⁵ TAPPA, T. **A política brasileira de migrações no contexto da governança global migratória.** Brasília: UNB, 2017, p. 53.

⁶ FULGÊNCIO, R. F. **O paradigma racista da política de imigração brasileira e os debates sobre a "Questão Chinesa" nos primeiros anos da República.** Revista de informação legislativa, v. 51, n. 202, p. 203-221, abr./jun. 2014, p. 205.

significa que están sujetos a una evaluación permanente y que, si dejan de hacer ese aporte, su presencia puede volver a ser cuestionada⁷.

En este punto, se puede notar la incertidumbre que trae este discurso, especialmente en tiempos de crisis económicas (como la provocada por la pandemia de Covid-19 –la recesión más profunda desde el final de la Segunda Guerra Mundial), o en el caso de incapacidad laboral por motivos de salud, o incluso la situación de quienes operan en el mercado informal y, por tanto, no realizan aportes a la pensión⁸.

Con respecto a este enfoque, se puede mencionar, por ejemplo, el sistema checo de seguro público de pensiones, que es un sistema social moderno y sostenible a largo plazo. Los riesgos más significativos para su funcionamiento no los imponen los inmigrantes (ni siquiera los que trabajan informalmente) o la política para favorecer a los solicitantes de asilo, refugiados o personas a las que se les otorga algún tipo de protección internacional, sino por “*reckless decisions of domestic political elites subject to local lobbying pressures*”⁹. Así, en muchos casos, la economía del país no se ve amenazada por un nuevo factor externo sino por uno muy tradicional e interno.

Finalmente, la última perspectiva sería la centrada en los derechos humanos. Dentro del prisma que asume la defensa de los migrantes, la perspectiva de los “derechos humanos” abarca el tema de la migración, considerando que estas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad y necesitan protección internacional¹⁰. Organismos internacionales como ACNUR y OIM han sido los principales patrocinadores de este enfoque, que permea el debate sudamericano y de varios países en particular, como Brasil.

Luego de varias décadas del predominio de una visión securitaria de las migraciones (generalmente combinada con la económica para grupos

⁷ TAPPA, T. **A política brasileira de migrações no contexto da governança global migratória**. Brasília: UNB, 2017, p. 55.

⁸ Ibidem

⁹ ŠTEFKO, M. **Vybrané otázky českého práva sociálního zabezpečení jako prointegračního nástroje**. Acta Universitatis Carolinae Iuridica. p. 73-83. Disponible en: <https://karolinum.cz/casopis/auc-iuridica/rocnik-64/cislo-2/clanek-5826>. Acceso en: 13 jul. 2022.

¹⁰ TAPPA, T. **A política brasileira de migrações no contexto da governança global migratória**. Brasília: UNB, 2017, p. 55.

específicos de inmigrantes), ciertos sectores sociales (especialmente organizaciones sociales, académicos y algunos políticos) celebraron el debate migratorio en términos de "humanidad". derechos". De hecho, el inmigrante pasó de ser una "amenaza" a la "seguridad nacional" o, según la situación, salvación y amenaza a la "economía nacional" a ser un sujeto de derechos¹¹. Es relevante resaltar que, si bien se podría hablar de una "evolución" en términos de perspectivas, los enfoques económicos y de derechos humanos aparecen hoy en día en diálogo con una visión más sutil de la seguridad, que sigue presente y no superada por los otros dos.

A nivel regional, los impulsores de los esquemas regionales de gobernanza de la migración siguen un proceso de difusión de arriba hacia abajo de guiones globales adoptados por algunos bloques comerciales regionales o un proceso de toma de decisiones independiente y de abajo hacia arriba que considera preocupaciones regionales particulares o intereses nacionales.

La primera explicación se concentra en valores comunes o valores universales, como los derechos humanos, o modelos regionales supuestamente exitosos de gestión de la migración que otras regiones adoptan debido a una preferencia por la información fácilmente disponible para dar forma a sus decisiones y, por otro lado, la explicación del proceso independiente de toma de decisiones. apunta a intereses regionales o domésticos particulares, como el efecto indirecto de los proyectos de integración económica o los intereses domésticos de los estados.

La institucionalización formal de la Unión Europea o los esquemas de gobernanza de las organizaciones internacionales han sido las plantillas para crear y comparar otras formas de integración regional y gobernanza regional a nivel mundial. Si bien este pensamiento era predominante, en el Mercosur era posible criticar en algún nivel el enfoque occidental o eurocéntrico, rechazando la tendencia a ver los modelos occidentales como casos paradigmáticos a seguir.

¹¹ ŠTEFKO, M. **Vybrané otázky českého práva sociálního zabezpečení jako prointegračního nástroje**. Acta Universitatis Carolinae Iuridica. p. 73-83. Disponible en: <https://karolinum.cz/casopis/au-iuridica/rocnik-64/cislo-2/clanek-5826>. Acceso en: 13 jul. 2022.

La negociación del Acuerdo de Residencia para Ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur y los Estados Asociados — el Acuerdo de Residencia (AR) — firmado en 2002 presenta un excelente caso ilustrativo para el enfoque de abajo hacia arriba, negando la visión eurocéntrica de la gobernanza migratoria en esta región. Es necesario señalar que el Acuerdo de Residencia constituye, incluso 20 años después:

A cornerstone in the advances of migration policy worldwide, as regional migrants only have to prove to be a national of one of the signatory states in order to access temporary or permanent residence in another signatory state and this was a stark difference from the traditional migratory legislation criteria, which usually link a residence permit to labour, family reunification, studies, etc¹².

Cuando comenzaron las negociaciones para diseñar el proyecto de AR, principalmente entre Argentina y Brasil, ya sabían que era una tarea imposible frenar los movimientos migratorios en países con grandes fronteras como esos dos. Por lo tanto, en su momento, concluyeron que la Unión Europea no proporcionaba un modelo para las políticas migratorias en la región, y que era necesario construir una política migratoria diferente.

Si bien el Acuerdo de Residencia otorga derechos fundamentales a los migrantes de los países signatarios, las principales preocupaciones fueron identificar a los migrantes dentro del territorio de los estados miembros y controlar las actividades ilegales relacionadas con la migración. Sin embargo, esto fue:

An advanced and a reformist perspective by international standards, where most migration laws were based on the closure of borders and established throughout the securitarian migration laws of Mercosur's member states, most of them developed during periods of dictatorship.¹³

Fue un proceso de intensas y largas negociaciones entre los países y su Congreso, las instituciones encargadas de la migración y la sociedad civil. Fueron estas discusiones participativas, bajo una perspectiva más humana y social, las que influyeron en el discurso sobre los asuntos migratorios en

¹² MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD HUMANA. **Acuerdo sobre residencia para nacionales Estados parte MERCOSUR**. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2014.

¹³ Ibidem.

general y configuraron la futura política migratoria, no solo a nivel del Mercosur sino también a nivel nacional.

Por último, vale la pena destacar que el proceso de rotulación de los migrantes es una práctica de gobernanza migratoria que, al interpretar los matices de los flujos migratorios, determina sus medios adecuados de regularización a partir de la implementación de las disposiciones de los instrumentos vigentes (por ejemplo, la reciente activación de los TPD) o la creación de nuevo.

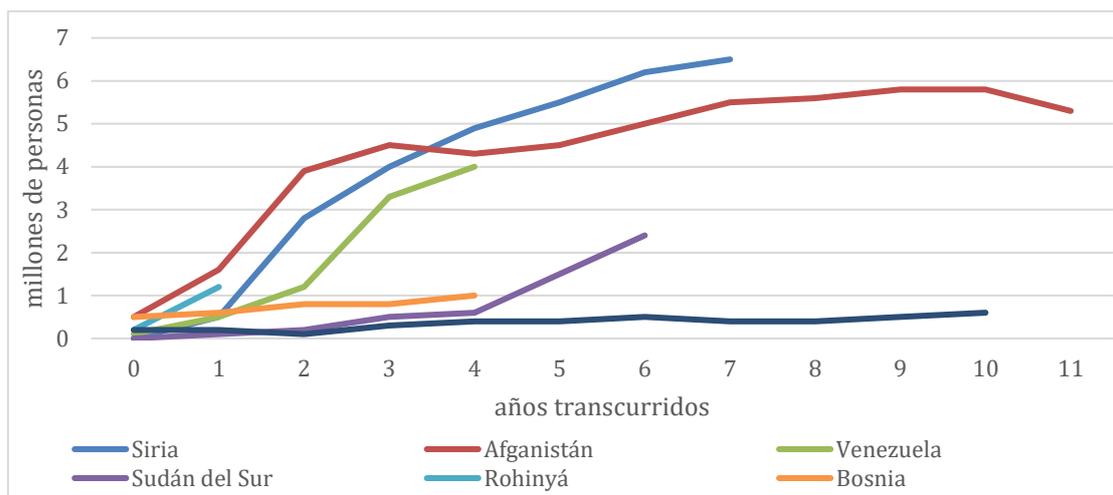
Este proceso se basa en los intereses del Estado en la política interior y exterior de los países receptores y, por tanto, las “etiquetas” aplicadas a los migrantes no pueden considerarse “neutrales”, sino que representan posiciones políticas (como toda práctica de gobernanza migratoria en la perspectiva adoptado en esta tesis).

Calificar a los migrantes como refugiados implica denunciar al país de origen como un Estado que no respeta los derechos más básicos de su población y, por tanto, no se constituye como democrático. Por ello, se debe tener en cuenta que la gobernanza migratoria es al mismo tiempo un proceso policial de creación de reglas, sino también para elegir a quién se aplicarían esas reglas.

EL ÉXODO VENEZOLANO

El éxodo venezolano hace mucho ya es comparado con los originados por los conflictos bélicos de Siria y Afganistán. Para tener una comparativa con el mapa mundial, se muestra a continuación una tabla con los datos de las diásporas generadas por algunos de los conflictos más longevos de la última década.

Gráfico 1: Migrantes y refugiados por año y origen desde el inicio de la crisis/conflicto (en millones de personas)



Fuente: Portal de ACNUR <https://data2.unhcr.org/en/situations> y portal de IOM/ACNUR de monitoreo de la situación venezolana por R4V <https://r4v.info/es/situations/platform>

Las cifras que se manejan en esta investigación han sido tomadas de varias fuentes oficiales que se especifican en todo momento. Sin embargo, es importante tener en cuenta que cada mes aparecen nuevos informes de organismos nacionales e internacionales, nuevos reportes y titulares de medios de comunicación que desmienten las anteriores y presentan estadísticas que las superan constantemente.

Este panorama incierto ha sido uno de los detonantes para que las Naciones Unidas hayan incluido, por primera vez en su historia, la preocupación por los migrantes en su agenda quincenal¹⁴.

La Agenda para el Desarrollo Sostenible 2015-2030 contiene los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que deberán lograrse en este periodo. El décimo ODS proclama que “facilitar la migración y la movilidad segura de las personas es un factor clave para reducir las desigualdades”, y una de las metas incluidas en el bloque se refiere directamente a la gobernanza de las migraciones con la expresión “políticas migratorias

¹⁴ GAMMELTOFT-HANSEN, T.; GUILD, E.; MORENO-LAX, V.; PANIZZON, M.; ROELE, I. **What is a compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration**. 2017.

planificadas y bien gestionadas”¹⁵. La migración es un tema transversal, relevante para todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), 10 de las 17 metas contienen indicadores relevantes para la migración o la movilidad.

La referencia central de los ODS a la migración se hace en el Objetivo 10.7 para facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso a través de la implementación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas, que aparecen en el Objetivo 10 para reducir la desigualdad dentro del país y entre países.

Además, se establece un indicador que medirá el progreso en el cumplimiento de esta meta, el número de países que han implementado políticas migratorias bien gestionadas¹⁶. Se trata de un hecho que constituye un gran avance con respecto al programa quinquenal anterior, donde los migrantes internacionales, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados internos habían quedado prácticamente invisibilizados¹⁷.

Siguiendo la hoja de ruta marcada en la Agenda 2030, en septiembre de 2016 la Asamblea General de la ONU reunió a los Jefes de Estado y de Gobierno de sus Estados miembros para discutir temas relacionados con la migración y los refugiados e intentar alcanzar un acuerdo global. En esta sesión se aprobó la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, la cual reconoció la necesidad de un enfoque global en este tema.

El anexo II de este documento lleva por título “Hacia un pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular”, estableciendo que el mismo se concretaría en 2018, como así se hizo¹⁸. Esta declaración es el origen del Pacto Mundial sobre Migración (PMM), que es el primer acuerdo negociado entre los países miembros de Naciones Unidas que cubre todas las

¹⁵ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible**. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 [A/RES/70/1]. 2015.

¹⁶ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible**. Resolución aprobada por la Asamblea General el 6 de julio de 2017 [A/RES/71/313]. 2017.

¹⁷ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Declaración del Milenio**. Resolución aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2000 [A/RES/55/2]. 2000.

¹⁸ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016** [A/RES/71/1]. 2016.

dimensiones de la migración internacional, pero del que se retiraron varios de los convocados en su presentación oficial en la Conferencia Intergubernamental celebrada en Marruecos en diciembre de 2018¹⁹. El último país en abandonar el Pacto, incluso después de haberlo ratificado, fue Brasil en enero de 2019.

LA OPERACIÓN ACOGIDA Y LA LEGISLACIÓN DE MIGRACIÓN BRASILEÑA

Con el aumento exponencial de la demanda de asistencia a los refugiados en el estado de Roraima, frontera con la Venezuela, fue establecida la Operación Acogida, que busca, en ese contexto, aliviar el sufrimiento de quienes son desplazados forzosamente, con la implementación de integración local y acogida humanitaria.

Al analizar las demandas recibidas de la población refugiada venezolana, se percibió la urgente necesidad de crear una serie de servicios para reducir las dificultades que enfrentan estas personas frente a esta nueva realidad. Los refugiados venezolanos que llegan al estado de Roraima, con el fin de retomar el rumbo de sus vidas, que en ocasiones han visto denigrada su dignidad humana, enfrentan aquí una serie de desafíos, que deben ser mitigados y finalmente, extinguidos, en un futuro prometedor.

La Operación Acogida es una estrategia federal para ofrecer asistencia de emergencia a las personas refugiadas y migrantes venezolanas, a través de la gestión de albergues federalizados en la frontera y el traslado voluntario de inmigrantes de ciudades fronterizas a otros estados brasileños²⁰.

La intención es ofrecer asistencia de emergencia a las personas refugiadas y migrantes venezolanas que ingresan a Brasil por la frontera con Roraima, organizando su llegada, buscando la inserción social y económica y

¹⁹ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. **Proyecto de documento final de la Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, a celebrar en Marrakech (Marruecos), los días 10 y 11 de diciembre de 2018** [A/CONF.231/3]. 2018.

²⁰ ACNUR. **Interiorização**. 2018. Disponible en: <https://www.acnur.org/portugues/temas-especificos/interiorizacao/> Acceso en: 04 nov. 2022.

apoyando la búsqueda de empleo y vivienda, principalmente en los municipios de Boa Vista y Pacaraima, en el estado de Roraima²¹.

Más de cinco millones de personas se han visto obligadas a salir de Venezuela en busca de mejores condiciones de vida desde el inicio de la crisis. Según el informe “Refugio en Números” solo en 2021 se realizaron 29.107 solicitudes de la condición de refugiado y el CONARE reconoció como refugiados a 3.086 personas de diferentes nacionalidades²².

La nacionalidad con mayor número de refugiados reconocidos entre 2011 y 2021 es la venezolana (48.789). Es importante destacar la diversidad de países de origen de los solicitantes de asilo en Brasil en 2021. Brasil recibió solicitudes de personas de 117 países, la mayoría venezolanos (78,5%), angoleños (6,7%) y haitianos (2,7%)²³.

Los sistemas nacionales de protección y refugio existen para decidir qué solicitantes de asilo necesitan protección internacional. Es por ello que el tema central de la protección es el principio de no devolución (*non-refoulement*): los solicitantes de asilo y refugiados no pueden ser devueltos a ningún país o territorio donde su vida e integridad estén en riesgo. La Operación Acogida se organiza en tres pilares:

(I) El ordenamiento y documentación en frontera: consiste en acciones encaminadas a facilitar la regularización en el país, tales como el acceso a la documentación, vacunación e identificación de casos de vulnerabilidad para las correspondientes derivaciones específicas; (II) Acogida y asistencia humanitaria: se refiere al apoyo de emergencia de albergue, alimentación y atención en salud, dando respuesta a las necesidades más inmediatas y urgentes en la atención de la población venezolana; (III) Interiorización: estrategia que facilita, de forma gratuita y ordenada, la reubicación voluntaria de personas refugiadas y migrantes venezolanas a otros municipios, con el objetivo de la inclusión socioeconómica y la integración local²⁴.

²¹ Ibidem.

²² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Portal da Imigração**. Disponible en: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados> Acceso en: 04 nov. 2022.

²³ ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil**. 2021. Disponible en: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/> Acceso en: 04 nov. 2022

²⁴ ACNUR. **Interiorização**. 2018. Disponible en: <https://www.acnur.org/portugues/temas-especificos/interiorizacao/> Acceso en: 04 nov. 2022.

La internalización se divide en cuatro modalidades, que son (I) institucional; (II) reunificación familiar; (III) reunión social; y (IV) puesto vacante señalado. ACNUR apoya todas las modalidades y actúa en todas las etapas, ya sea antes de la salida, durante el viaje e incluso en el destino final. Cuánto a las diferentes metas bajo los ODS 2030 y el Marco de Sendai, que la operación intenta alcanzar pódese decir que están involucrados los ODS y los objetivos del Marco de Sendai:

(SDG 2) End hunger, achieve food security and improved nutrition;
 (SDG 3) Ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages;
 (SDG 4) Ensure inclusive and equitable quality education and promote lifelong learning opportunities for all; (SDG 6) Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all ²⁵.

Substantially reduce disaster damage to critical infrastructure and disruption of basic services, among them health and educational facilities, including through developing their resilience by 2030. [...] Substantially enhance international cooperation to developing countries through adequate and sustainable support to complement their national actions for implementation of this framework by 2030²⁶.

Además, una de las revoluciones conceptuales surgidas de la nueva Ley de Migración brasileña (Ley nº 13.445/2017), que ya tiene cinco años de existencia, es precisamente la acogida humanitaria.

En términos de legislación migratoria, la acogida humanitaria representa una nueva posibilidad de llegar a aquellos migrantes internacionales necesitados de protección, pero no pueden ser fácilmente amparados por la definición clásica de refugiado – contenida en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados – que se refiere a aquella persona que “temiendo ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y

²⁵ Ibidem.

²⁶ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible**. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 [A/RES/70/1]. 2015.

que no puede o, a causa de ese temor, no quiere acogerse a la protección de ese país”²⁷.

Sigue siendo importante considerar como perspectiva inicial, la comprensión de la acogida humanitaria como principio rector tanto en la política migratoria brasileña como en la actuación de las redes locales, regionales y nacionales de acogida de refugiados y migrantes, que involucran a todos los sectores privados, públicos y privados. instituciones del tercer sector que convergen su trabajo hacia razones humanitarias.

Al orientar la nueva definición de lo que sería la política migratoria brasileña, la acogida humanitaria representa una promoción de la regularización de documentos y la declaración de la promoción de la entrada regular como pilares del sistema ²⁸.

CONSIDERACIONES FINALES

Esta investigación buscó analizar el derecho a buscar y recibir refugio en otro país, así como regresar a su país de origen de manera segura. Además de analizar las obligaciones y compromisos en relación a la Gobernanza Global en materia de migraciones que intentan brindar protección a los refugiados y a todas las personas que buscan refugio.

Esta propuesta presentó, por lo tanto, los siguientes objetivos: la promoción de la acogida humanitaria; la integración de contingentes de población migrante en situación de vulnerabilidad y sufrimiento; y la salvaguarda de sus derechos humanos y bienestar. En ese sentido, hay que señalar la importancia de la acogida humanitaria como principio radiante para suplantar el papel de los operadores de la legislación migratoria en Brasil.

²⁷ ACNUR. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados**. Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Série Tratados da ONU, Nº 2545, Vol. 189, p. 137.

²⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU); ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES (OIM). **Uma introdução às migrações internacionais no Brasil contemporâneo. Módulo II**. IOM Development Fund; Escola Superior da Defensoria Pública da União, 2018.

Esta nueva perspectiva sobre “la regularización de los irregulares” y no la despenalización de los “inmigrantes ilegales” centraliza en la dignificación del beneficiario o destinatario, que puede recuperar la condición de ciudadano ingresando a una nueva nación sin mayores dificultades, ya que se le ha garantizado este derecho por un cuerpo legal que piense en los migrantes como protagonistas de su historia, dignos de protección y mejores condiciones de vida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados**. Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Série Tratados da ONU, Nº 2545, Vol. 189.

ACNUR. **Interiorização**. 2018. Disponible en: <https://www.acnur.org/portugues/temas-especificos/interiorizacao/> Acceso en: 04 nov. 2022.

ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil**. 2021. Disponible en: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/> Acceso en: 04 nov. 2022

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU); ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES (OIM). **Uma introdução às migrações internacionais no Brasil contemporâneo**. Módulo II. IOM Development Fund; Escola Superior da Defensoria Pública da União, 2018.

FULGÊNCIO, R. F. **O paradigma racista da política de imigração brasileira e os debates sobre a "Questão Chinesa" nos primeiros anos da República**. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 202, p. 203-221, abr./jun. 2014.

GAMMELTOFT-HANSEN, T.; GUILD, E.; MORENO-LAX, V.; PANIZZON, M.; ROELE, I. **What is a compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration**. 2017.

GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Portal da Imigração**. Disponible en: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados> Acceso en: 04 nov. 2022.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD HUMANA. **Acuerdo sobre residencia para nacionales Estados partes MERCOSUR**. Quito: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2014.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Declaración del Milenio**. Resolución aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2000 [A/RES/55/2]. 2000.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible**. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 [A/RES/70/1]. 2015.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes**. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016 [A/RES/71/1]. 2016.

NACIONES UNIDAS. **Asamblea General. Marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.** Resolución aprobada por la Asamblea General el 6 de julio de 2017 [A/RES/71/313]. 2017.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.** Proyecto de documento final de la Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, a celebrar en Marrakech (Marruecos), los días 10 y 11 de diciembre de 2018 [A/CONF.231/3]. 2018.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). **Marco de Gobernanza de la Migración. Elementos esenciales para facilitar la migración y la movilidad de manera ordenada, segura, regular y responsable gracias a políticas migratorias planificadas y bien gestionadas.** Centésimo sexta Reunión del Consejo. C/106/40, de 4 de noviembre de 2015.

ŠTEFKO, M. **Vybrané otázky českého práva sociálního zabezpečení jako prointegračního nástroje.** Acta Universitatis Carolinae Iuridica. p. 73-83. Disponible en: <https://karolinum.cz/casopis/auc-iuridica/rocnik-64/cislo-2/clanek-5826>. Acceso en: 13 jul. 2022.

TAPPA, T. **A política brasileira de migrações no contexto da governança global migratória.** Brasília: UNB, 2017.

UNITED NATIONS; UNDRR. **Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030.** Geneva: UNISDR, 2015. Disponible en: <https://www.undrr.org/publication/sendai-framework-disaster-risk-reduction-2015-2030> Acceso en: 04 nov. 2022.

UNITED NATIONS. **Sustainable Development: the 17 goals**. Disponibile en:
<https://sdgs.un.org/goals> Accesso en: 04 nov. 2022.

AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E OS DEVERES DAS GRANDES EMPRESAS DE CARBONO: BREVE REFLEXÕES SOBRE O SEGUNDO CAPÍTULO DA OBRA CLIMATE JUSTICE BEYOND THE STATE

CLIMATE CHANGE AND THE DUTIES OF LARGE CARBON COMPANIES: BRIEF REFLECTIONS ON THE SECOND CHAPTER OF CLIMATE JUSTICE BEYOND THE STATE

Sabrina Pacheco de Souza*
Caio César Moraes Grande Guerra*

RESUMO

As mudanças climáticas referem-se a alterações nos padrões climáticos da Terra e justificam-se principalmente pelas atividades humanas, especialmente pela queima de combustíveis fósseis, como carvão, petróleo e gás natural, e pela liberação de gases de efeito estufa resultantes dessas atividades. Os gases de efeito estufa (GEE) são substâncias que retêm o calor na atmosfera, causando o chamado efeito estufa. Os principais GEE incluem dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄) e óxido nitroso (N₂O). Quando liberados na atmosfera em grandes corpos, criam o aumento da temperatura média do planeta, causando mudanças climáticas. As grandes empresas industriais possuem um papel significativo nessas mudanças devido à sua produção em larga escala e ao uso intensivo de energia. Essas empresas frequentemente consomem grandes quantidades de combustíveis fósseis em seus processos de produção, o que resulta na emissão de grandes quantidades de GEE. Além disso, várias espécies também liberam outros poluentes atmosféricos, como óxidos de partículas, óxidos de enxofre e partículas de poeira, que podem contribuir para a poluição do ar e para eventuais riscos à saúde. O objetivo do presente estudo se trata de uma revisão bibliográfica da obra *Climate Justice Beyond the State* dos autores Lachan Umbers e Jeremy Moss. A metodologia recorre ao método

* Pós-graduanda em Direito Marítimo (Verbo Jurídico). Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal (Legale). Bacharela em Direito pela Universidade do Grande Rio (Unigranrio). Pesquisadora no Laboratório Especializado em Pesquisas Avançadas sobre Direito Ambiental (LEPADIA) pela FND/UFRJ. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Direito Humanos, Cidadania e Estado (GPDHCE) pela UNIGRANRIO. Advogada atuante no Grande & Guerra Advogados. E-mail: sabrinapacieco21@gmail.com.

* Mestre em Direito Constitucional no PPGDC da Universidade Federal Fluminense (UFF), Especialista em Direitos Humanos e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO) e bacharelado em Sociologia na Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro da comissão de Direito Constitucional da OAB/ RJ. Assessor do Procurador Geral do Município de Duque de Caxias. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Celso Lisboa. Pesquisador do Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Direito Constitucional Latino-Americano (LEICLA) da Universidade Federal Fluminense (UFF), do Observatório do Acesso à Justiça na Iberoamérica da UNESA e também no Grupo de Pesquisa de Direito Internacional (GPDI) FND - UFRJ. Realizou programa de intercâmbio por convênio bilateral na Universidade de Santiago de Compostela no período 2015/2016.

hipotético-dedutivo, com análise da obra e afirmações sobre o assunto consideravelmente recentes, e por isso, escasso de obras jurídicas.

Palavras-chave: Mudanças Climáticas; Constitucionalismo Ambiental; Direitos da Natureza.

ABSTRACT

Climate change refers to changes in Earth's weather patterns and is mainly explained by human activities, especially the burning of fossil fuels such as coal, oil and natural gas, and the release of greenhouse gases resulting from these activities. Greenhouse gases (GHG) are substances that retain heat in the atmosphere, causing the so-called greenhouse effect. Major GHGs include carbon dioxide (CO₂), methane (CH₄) and nitrous oxide (N₂O). When released into the atmosphere in large bodies, they create an increase in the average temperature of the planet, causing climate change. Large industrial companies play a significant role in these changes due to their large-scale production and intensive use of energy. These companies often consume large amounts of fossil fuels in their production processes, which results in the emission of large amounts of GHG. In addition, several species also release other air pollutants, such as particulate oxides, sulfur oxides and dust particles, which can contribute to air pollution and possible health risks. The aim of this study is a bibliographic review of the work *Climate Justice Beyond the State* by authors Lachan Umbers and Jeremy Moss. The methodology resorts to the hypothetical-deductive method, with analysis of the work and statements on the subject considerably recent, and therefore, scarce of legal works.

Keywords: Climate Change; Responsibility of companies; Environmental law.

INTRODUÇÃO

A emissão de gases poluentes é uma questão complexa e multifacetada, na qual vários atores desempenham funções importantes, incluindo os Estados. Ocorre que alguns Estados não lograram êxito nas obrigações perante a redução de emissões de gases e falharam na aplicação de medidas e implementações de políticas públicas que permitissem um controle eficiente da utilização de combustíveis e produções de gases capazes que são capazes de contribuir nas mudanças climáticas³.

Alguns Estados podem não ter políticas e regulamentações adotadas para controlar e reduzir as emissões de gases poluentes. Isso pode ser justificado devido

³ UMBERS, Lachlan. MOSS, Jeremy. **Climate Justice Beyond The State**. Routledge Environmental Ethics. 1st edition, December 31, 2020. p. 55.

a uma falta de consciência sobre os impactos ambientais, pressões políticas, preocupações psicológicas ou falta de recursos para implementar medidas eficazes.

Por outro lado, é preciso reconhecer que as empresas desempenham um papel crucial na resposta às mudanças climáticas, pois suas atividades têm um impacto significativo no meio ambiente. A conscientização sobre os efeitos das mudanças climáticas tem aumentado nos últimos anos, e algumas empresas estão adotando medidas para reduzir suas emissões de gases de efeito estufa e adotar práticas comerciais sustentáveis, sendo estas: a redução das emissões de gases de efeito estufa através de várias medidas, como a melhoria da eficiência energética, o uso de energias renováveis, a adoção de tecnologias mais limpas e a implementação de práticas de transporte ambiental.

Diante desse desafio e o reconhecimento da falha dos Estados em produzir um resultado capaz de mitigar as questões climáticas, a presente pesquisa se propôs a analisar minuciosamente a obra jurídica *Climate Justice Beyond the State* acerca das considerações dos autores Lachan Umbers e Jeremy Moss a respeito dos deveres das grandes empresas de carbono diante do fracasso do governo a nível nacional e internacional e quais medidas são necessárias para regulamentar tal atividade⁴.

O estudo será fundamentado a partir de uma revisão bibliográfica, recorrendo-se ao método hipotético-dedutivo, analisando obras nacionais e estrangeiras, com intuito de analisar minuciosamente os artigos, convenções e teses doutrinárias acerca do desafio da construção de um sistema de proteção jurídica ou social da natureza em face da crise climática a partir de um pensamento analítico com posterior interesse de contribuir para complementar a lacuna normativa existente na sociedade, tendo em vista as condições emergentes da crise climática e a insuficiência jurídica para mitigar as consequências das mudanças climáticas.

BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

As mudanças climáticas podem ser contextualizadas como adversidades climáticas que ocorrem a longo prazo e necessitam de respostas emergentes para mitigar suas consequências no cenário ambiental e econômico oferecendo o risco para as presentes e futuras gerações. Para Bottcher, as alterações climáticas

⁴ Idem, p. 2.

naturalmente já iriam ocorrer na terra, no entanto, sua forma agravada se deu através das atividades do homem, tornando-se um dos maiores desafios e ameaças para a sociedade⁵.

Em razão dos seus impactos desconhecidos, em 1988 surgiu o Painel Intergovernamental de Mudança Climática (*International Panel on Climate Change - IPCC*) ao qual é reconhecido como o principal avaliador das mudanças climáticas. Este órgão é responsável por elaborar relatórios atuais, capazes de diagnosticar projeções futuras e questões relacionadas a mitigação de gases do efeito estufa, abordando temas acordados pelos Estados-membros, fornecendo diretrizes para Relatórios de Metodologia e elaborar inventários de gases de efeito estufa.⁶

Atualmente o IPCC está finalizando o Sexto Relatório de avaliação, que compõe três contribuições de grupos de trabalho, sendo o primeiro finalizado em agosto de 2021, a segunda em fevereiro de 2023 e a terceira em abril de 2022 e o relatório em possui previsão para março de 2028.

Para Stefano, as causas das variações climáticas é um assunto debatido entre os pesquisadores e cientistas como emergente em razão do seu potencial repercutir a destruição. Curiosamente salienta-se, que o maior desafio se permeia através do desconhecido, devido à dificuldade de medir seu tempo e impacto⁷.

O efeito estufa é responsável por realizar a manutenção da temperatura da terra, no entanto, ao ocorrer excesso de gases que possuem efeito estufa (GEE), surge uma cobertura densa na atmosfera que ocasiona conseqüentemente uma retenção de calor que será responsável por superaquecer a superfície terrestre, produzindo dessa forma, as variações climáticas advindas do aquecimento global.⁸

A utilização dos combustíveis fósseis pelo setor industrial é justificante para intensificar a produção dos gases do efeito estufa reproduzidos pelos gases dióxido de carbono (CO₂), metano, óxido de nitro e O₃⁹. De acordo com o relatório do *Carbon Disclosure Program* de 2016, em média 45% das empresas integram táticas climáticas em suas gestões de negócio, seja por incentivo ou espontaneamente. Dessa forma, as empresas do setor industrial afirmam um importante papel de

⁵ KUMER, Isabela. **Challenges And Barrieirs For Climate Change Management**. Revista de Sustentabilidade e empreendedorismo. N. 8, 2023. p. 5. Disponível em: <http://relise.eco.br/index.php/relise/index>.

⁶ Idem. p. 2.

⁷ Idem, p. 3.

⁸ IPCC. The Intergovernmental Panel on Climate Change. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/>.

⁹ Idem, p. 4.

colaboração na proteção do meio ambiente estável e sadio. Mas como seria se essa colaboração fosse mais acentuada e participativa? Teno em vista que as grandes empresas são as maiores produtoras de emissão de gases poluentes. Seria sua colaboração uma reparação espontânea ou um dever?

CONSIDERAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS SOBRE A OBRA CLIMATE JUSTICE BEYOND THE STATE

A obra *Climate Justice Beyond The State* é composta por três capítulos que trazem consideráveis informações à respeito das mudanças climáticas e sua mitigação, em razão da falha dos Estados em regulamentar as atividades empresariais nocivas ao meio ambiente. Além disso, apresentou importantes dados que serão trazidos aqui e contribuirão para sua tese que se baseia na responsabilização das grandes produtoras de combustíveis fósseis, também denominadas, segundo os autores, de “Carbon majors”¹⁰.

É necessário considerar que atualmente há extensas recomendações sobre as políticas públicas que devem ser adotadas pelos Estados para diminuir a emissão de GEE, bem como: cobrar imposto sobre o carbono, impor regimes de comércio de emissões, aplicar subsídios às energias renováveis, além de impostos fronteiriços, entre outros. No entanto, tais orientações estabelecidas pelos “ativistas do clima”, sendo estes responsáveis por pressionar governos e organizações internacionais para tomar medidas decisivas a respeito das medidas decisivas de mitigação e estratégias às alterações climáticas, não lograram êxito em suas aplicações, fazendo-se necessário redigir novas formas de deveres e cumprimentos pelas empresas¹¹.

O objetivo do capítulo é defender a afirmação dos deveres das grandes empresas, ainda que moralmente, perante as medidas a serem adotadas em suas práticas de produções para promover a mitigação dos danos causados pelas mudanças climáticas de acordo com as especificidades de suas produções, não cabendo aqui uma espécie de generalização ao comportamento das empresas, mas sim uma individualização de seus atos e reparos.

¹⁰ Idem, p. 2.

¹¹ ALMEIDA, Cláudia Maria. **Os olhares da imprensa portuguesa sobre o ativismo climático**. p. 113. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/106337>.

Além disso, Umbers e Moss, defendem que a literatura atual preocupa-se em responsabilizar ou conscientizar mais os consumidores do que as grandes empresas, não se debruçando sobre a responsabilização dos produtores, indagando como equivocado esse pensamento, tendo em vista que aos agentes devem ser observados os pesos de suas ações de forma individual.

In our view, it cannot reasonably be denied that the carbon majors are, indeed, responsible for making an enormously significant contribution to the problem of climate change. We simply need to do a bit of 'moral mathematics' if we are to understand how this is so. The difficulty lies in the fact that the harms of climate change are the product of the actions of a very large set of agents, of which the carbon majors are merely one proper subset. The solution, we think, lies in recognising that there are several ways in which agents can make wrongful contributions to harm. In particular, we think that the notion of complicity constitutes a helpful framework for thinking through agents' duties in cases of this kind¹².

Dessa forma, ao analisar os produtores e os consumidores enquanto "agentes", ambos deverão colaborar impreterivelmente nas ações políticas e sociais de cunho ambiental que visam não apenas a diminuição dos danos climáticos, mas sua reversão.

PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL E RESPONSABILIZAÇÕES

Para justificar as responsabilizações dos agentes, em especial, as grandes empresas produtoras "Carbon majors", um importante instrumento a ser utilizado enquanto base, são as aplicações dos Princípios norteadores do Direito Ambiental, bem como: devolução, cumplicidade, cooperação e do poluidor pagador.

A ideia de responsabilização surge a partir do reconhecimento das grandes empresas como indivíduos de "direitos" e "deveres" na sociedade. Assim como o ser humano possui a responsabilidade moral e jurídica de contribuir para o meio ambiente sadio, tendo em vista esse ser um direito fundamental, demarcado inclusive como direitos de terceira geração. As empresas possuem igualmente a responsabilidade de preocupar-se com o meio ambiente, sua utilização e estratégias de compensação para repor o equilíbrio ambiental e indenizar as vítimas atingidas pelas consequências climáticas.

¹² Idem, p.2.

Nesse viés, os Princípios Ambientais são capazes de nortear as legislações e condutas dos agentes terrestres, ainda em passos de equiparação de sujeitos, é possível utilizar os Princípios aplicados ao indivíduo nas grandes empresas.

PRINCÍPIO DA DEVOLUÇÃO

O contexto apresentado pela obra em estudo acentua que o Princípio da Devolução é aplicado de acordo com o reconhecimento do dever das empresas enquanto agentes subcoletivos de uma Nação que não implementa políticas públicas ambientais de maneira minimamente satisfatória. Dessa forma, as *Carbon majors* poderiam contribuir adequadamente para os esforços do coletivo enquanto agente pertencente desta cadeia de utilização dos recursos naturais.

Devolution Principle: If there is some duty, D, which applies to some collective, C, some sub-collective, S, belonging to C will have a pro tanto duty to act unilaterally so as to at least partially discharge D if (1) S is an agent, (2) the considerations which give rise to D also apply to S, (3) those considerations would have given rise to a duty on the part of S to contribute to C's efforts to discharge D had C been sufficiently likely to act so as to discharge D, and (4) C has either failed to discharge D or is insufficiently likely to act so as to discharge D¹³.

Os autores ainda contextualizam que para a aplicação deste princípio junto as *Carbon majors*, é crucial caracterizar as empresas enquanto agentes, reconhecendo dessa forma que os “deveres” de combater as mudanças climáticas dados aos agentes, deveriam ser adotados pelas empresas.

Ainda no primeiro capítulo, foi possível verificar que o embasamento teórico deste reconhecimento se deu através da necessidade de mitigar as mudanças climáticas através das ferramentas de cooperação entre os agentes, que utilizam a “contribuição” e a “capacidade”, sendo a contribuição o dever de não se manter inerte diante das responsabilizações climáticas e da capacidade, considerando que se há capacidade é conectada a ideia de reparação ou compensação pelos danos causados. Argumentam os autores que se houvesse anteriormente a aplicação de políticas públicas ambientais adequadas, as empresas já haveriam sido reconhecidas enquanto agentes e responsabilizadas enquanto deveres.

¹³ Idem, p.2.

As grandes empresas são significativamente responsáveis por motivarem de forma acentuada a crise climática em razão do uso desenfreado e da falha nas aplicações de políticas públicas pelos Estados, dessa forma, a solução apresenta-se através da noção de cumplicidade, ao qual conceitua o pensar dos deveres do agente.

PRINCÍPIO DA CUMPLICIDADE

O Princípio da cumplicidade é apresentado neste capítulo como a ideia de alguém cometer um equívoco por estar associado ao equívoco de terceiros em razão do coletivo ao qual se faz parte¹⁴. Se verifica então, que as ações em grandes escalas das *Carbon majors* são equiparadas a ações de cumplicidade, ao qual os danos climáticos são originários do ato inicial e equivocado das grandes empresas, funcionando como uma espécie de “efeito borboleta”, como se observa abaixo:

Having set out the notion of complicity, we must now establish that the carbon majors are, indeed, complicit in the wrongful harm with which climate change is and will be associated. There can surely be little doubt that the knowledge condition is satisfied – i.e. that the carbon majors were and are aware of the link between fossil fuels and climate change. There is evidence that many individual carbon majors, and the industry as a whole, had access to research about climate change well before it was widely available to the public. A report by the Centre for International Environmental Law, for example, outlines how scientists at Humble Oil (now ExxonMobil) were conducting research into climate change and its relation to CO₂ emissions as early as 1957 (CIEL, 2017 , p. 8). The same report notes that by 1958, the American oil industry – via the industry’s peak body, the American Petroleum Institute (API) – “were collaborating in and through API to investigate carbon dioxide as an atmospheric pollutant”. In 1968, a report from the Stanford Research Institute (itself closely linked to the petroleum industry) was delivered to the API. The report cautioned that rising levels of CO₂ were likely to cause an increase in global temperatures and that the burning fossil fuels was likely the best explanation for rising atmospheric levels of CO₂ (CIEL, 2017 , p. 12). Through-out the 1970s and 1980s, some oil companies were actively managing their own assets to take into account climate risks (e.g. modifying oil rig design to account for potential sea-level rises) while at the same time downplaying those risks in public (CIEL, 2017 , pp. 15–17). In 1990, the IPCC published its landmark First Assessment Report, after which time there could presumably be no excuse, what- ever, for ignorance as to the harmful effects of the greenhouse gases with which fossil fuels are associated.¹⁰ There can be no question, then, that the carbon majors were and are aware that their activities are associated with

¹⁴ Idem, p.2.

phenomenon of climate change and, by extension, the wrongful harms it entails¹⁵.

Um dos danos emergentes e visíveis causados pela crise climática, é o aumento do nível do mar, ao qual da origem há diversos danos à sociedade, bem como a extinção de recursos naturais, de regiões insulares e conseqüentemente a extinção de um país com o deslocamento do seu povo. Através da concepção da cumplicidade que foi apresentada, é possível dizer que parte dessas responsabilizações são de autoria das grandes empresas, então dessa forma, será possível identificar a cumplicidade da conduta desde a primeira emissão do GEE, até as conseqüências climáticas na humanidade.¹⁶

Nesse íngreme de estudos, os autores consideram em sua obra a terminologia cumplicidade e a divide entre agentes primários e agentes secundários, sendo os primários autuados como principais e os secundários como cúmplices, dessa forma, são aqueles que contribuem de forma casual para atos considerados como ilícitos¹⁷.

Após contextualizar os supramencionados princípios, é possível compreender que os principais ou grandes produtores de carbono são cúmplices das ações ilícitas que contribuem para as mudanças climáticas, sendo o principal agente a emissão direta e seu causador indireto.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

O Princípio do poluidor-pagador surgiu há mais de quatro décadas, através de uma Recomendação do Conselho da Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico (OCDE), tal princípio surgiu como estratégia para impor aos poluidores os custos das atividades executadas pelo Estado para a prevenção da degradação ambiental.¹⁸

Importante destacar, que o referido princípio não se confunde com uma mera responsabilização ambiental por danos ocasionados e está longe de ser considerado um “pague e passe” para a livre exploração dos recursos naturais. Para a doutrina e

¹⁵ Idem, p.2.

¹⁶ GUERRA, Sidney. **Intervenção Estatal Ambiental**. 2012. p. 15.

¹⁷ Idem.p.2.

¹⁸ OCDE. Recomendação do Conselho da Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>

a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, tal princípio é contextualizado pela finalidade de preservação da degradação ambiental e a finalidade de reparação é ato acessório ao objetivo principal. Atualmente a utilização do princípio do poluidor-pagador foi ampliada para alcançar os gastos advindos das indenizações decorrentes da contaminação realizada, podendo-se falar em alcance as vítimas diretas e indiretas atingidas pelas consequências ambientais.¹⁹

Pode-se falar que todos os princípios mencionados são coerentes entre si, objetivando sempre como incentivo principal a preservação ambiental e a prevenção da degradação do meio ambiente. Ao compreender estes como forma de estratégia e auxílio a serem utilizados em resposta aos problemas climáticos presentes, parte da ausência legislativas e perguntas seriam facilmente respondidas e cobranças e fiscalizações poderiam ser realizadas por parte do Estado.

O TERMO RESTITUIÇÃO CONTIDO NO CAPÍTULO II

A restituição está contextualizada no segundo capítulo, ao qual os autores conceituam como sendo a possibilidade de as grandes empresas utilizarem partes de seus lucros para colaborar nas obrigações climáticas. Assim, as empresas poderiam encaminhar recursos para apoiar as vítimas da crise climática através do dever de compensação por danos causados.²⁰

É impossível negar a essencialidade da restituição às vítimas atingidas pelas mudanças climáticas, pois se há como comprovar a culpabilidade, logo surge o dever de indenizar. Mas quando não há provas de culpabilidade direta? Como seria o formato de amparo e restituição? Basta retornar ao princípio da cumplicidade e analisar que a causa, ainda que indiretamente, é capaz de alcançar a consequência, pois seus atos são cúmplices.

Ainda, é necessário considerar de que forma poderá ser aplicada esta restituição e se esta será mais danosa à sociedade, pois ao pagar indenizações às vítimas, as grandes empresas poderiam utilizar as receitas de combustíveis fósseis para efetuar os devidos pagamentos, gerando assim mais comprometimento para as futuras gerações.

¹⁹ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Ambiental**. Grande Editora, RJ. 2023. p. 47.

²⁰ Idem, p.2.

Os autores denominam essa prática como “incentivo perverso” ao qual iria incentivar ainda mais a produção das *Carbon Majors*, que agiriam com o objetivo de cobrir os custos (consideravelmente elevados) de indenizações. No entanto, se essas indenizações fossem ligadas a cadeia de produção, como uma espécie de limitador e quantificador de emissão de gases para aquela região, a proposta poderia alcançar uma mitigação das mudanças climáticas.

O MOVIMENTO DESINVESTIMENTO

Dentre as ações a serem desenvolvidas pelas grandes empresas, surge em um movimento crescente, o desinvestimento. Caracterizado por uma constante pressão em face de empresas e governos, esta estratégia busca levar os principais produtores de carbono a retirar seus investimentos no campo dos combustíveis fósseis, cumprindo com seus deveres e promovendo mudanças climáticas positivas.²¹

Nesse sentido, cabe destacar que a importância do desinvestimento não se dá pelos seus efeitos mitigativos na produção de carbono, tendo em vista que o simples ato de vender tais ativos de produção de combustíveis fósseis não proporciona grandes impactos, mas na certeza de que tais agentes não prosseguiram como contribuidores negativos para o meio ambiente.

Entretanto, cabe destacar que a simples inação dessas grandes empresas e de seus respectivos governos não deve restituí-las da culpa decorrente de sua cumplicidade, uma vez que, ainda que os ativos tenham sido vendidos, os mesmos ainda estarão em posse de seus compradores, perpetuando, agora por meio de um novo agente, a produção e venda de combustíveis fósseis.

Por esse motivo, muitos ambientalistas, assim como Umbers e Moss não se vêm satisfeitos pela adoção de tais medidas, destacando a evidente ineficácia de tais ações que aparentam ter cunho ambientalista, mas que, em verdade, somente transferem o cerne da problemática para outro ente.²²

Logo, deverão ser consideradas outras estratégias que visem a solução de tais impasses, sendo proposto, no próximo tópico, a adoção de uma política baseada na transformação.

²¹ Idem, p.2.

²² Idem, p.2.

TRANSFORMAÇÃO

Para contrastar o desinvestimento, é possível falar em transformação, também prevista no segundo capítulo e contextualizada como uma estratégia que permite a produção de combustíveis fósseis pelas grandes empresas, desde que estas apliquem medidas internas para eliminar os efeitos da crise climática. Observa-se que obviamente não há possibilidade de eliminar completamente todos os efeitos climáticos, mas criar estratégias para reduzi-los consideravelmente. Por exemplo: adotando tecnologias capazes de capturar e armazenar os gases carbônicos, o que permitiria dar continuidade às atividades de produção com os combustíveis fósseis, mas ainda sim seria possível minimizar a emissão dos gases de efeito estufa na atmosfera ou a compensação, podendo as Carbon Majors continuarem utilizando os combustíveis fósseis e simultaneamente financiar projetos que visam a reflorestação e tecnologias capazes de renovar os gases de efeito estufa.²³

Diversas empresas “Carbon Majors” vem demonstrando interesses nessas estratégias tecnológicas, dessa forma, é possível apresentar o dado da *Royal Dutch Shell*, que se comprometeu a se tornar uma empresa “net-zero” até 2050. Tal estratégia envolve um considerável investimento tecnológico que prevê a captura e armazenamento de carbono, além disso, parte de seus lucros será utilizado para financiar projetos de escala ambiental como compensação pelos danos causados.²⁴

É importante destacar que se as grandes empresas produtoras de carbono seguissem com qualidade ambas as estratégias, seria possível falar em avanço ambiental e que a longo prazo, os resultados objetivados, seriam alcançados e possivelmente os danos existentes seriam revertidos. No entanto, em contrapeso é possível demonstrar dificuldades que distanciam a realidade atual deste cenário um tanto, quanto, educado. Sendo em primeiro lugar, os valores dessas estratégias, ao qual não incentivam as grandes empresas adotarem práticas tecnológicas, pois há previsão de gastos primários e secundários, desde a instalações de novos equipamentos, até a especialização de mão-de-obra laborativa.

Além disso, é necessário considerar que a adoção dessas medidas poderia ser considerada como temporárias, para conceder resultados emergentes sobre a

²³ Idem, p.2

²⁴ Idem, p.2.

mitigação das mudanças climáticas a curto e longo prazo, fazendo-se assim uma eliminação progressiva²⁵.

ELIMINAÇÃO PROGRESSIVA

As reduções progressivas são voltadas para o para o encerramento das atividades que utilizam os combustíveis fósseis para a operação das atividades empresariais. Tendo em vista a importância e emergência ambiental, não podendo permanecer normalizada a produção de gás carbônico de efeito estufa na atmosfera.

Nessa modalidade, seria possível aplicar as demais estratégias em conjunto, porém, todas objetivando o fim da utilização de gases de efeito estufa, bem como: as empresas que não pudessem finalizar imediatamente as atividades de exploração de combustíveis fósseis, deveriam responder com o dever de indenizar as vítimas dos efeitos climáticos, adotarem tecnologias necessárias para armazenar gás carbônico e utilizar parte de seus lucros para o incentivo ambiental, gerando assim um apoio a eliminação progressiva e alcançando a mitigação da crise climática e reversão de seus danos na terra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças climáticas são consideradas um assunto de extrema preocupação entre os Estados, considerando que suas consequências ultrapassam toda e qualquer fronteira, trata-se de um assunto de interesse internacional, ao qual os governos foram e são pressionados por ativistas climáticos para adotarem medidas que possam atenuar os impactos ocasionados pelas variações do clima.

O meio ambiente sadio é considerado fundamental dentro dos direitos humanos, sendo este internacionalmente reconhecido como direitos de terceira geração através da teoria geracional de Vasak e nacionalmente constitucionalizando dentro das Constituições dos Estados, em especial, a Constituição brasileira, também denominada ambientalista em razão do vasto conteúdo que permite legislar

²⁵ It is important not to overstate the point, here. As we have said, the extraction and production of fossil fuels will (regrettably) have to continue in the short term – though, as the IPCC (2018) has recently made clear, the time available for the world to effect substantial emissions-reductions is very limited if global warming is to be contained to no more than 1.5°C. The transition to renewable energy cannot be expected to occur overnight. Some of these strategies may be required in the short term – but only as an intermediate, temporary measure to help minimise the climatic costs of fossil fuels for the period during which we must continue to rely upon them. Phasing out, as we shall argue momentarily, must be the ultimate goal”. Idem, p. 28.

sobre as questões ambientais. No entanto, apesar do reconhecimento e da constitucionalização do meio ambiente nos Estados, há uma falha na fiscalização dos governamentais que se perdura há anos. Tal falha permitiu agravar as condições climáticas e seus impactos na sociedade, causando risco para as presentes e futuras gerações.

Ante as falhas do Estado, o presente estudo buscou analisar a possibilidade de construir estratégias emergentes independentemente da participação direta ou de incentivos governamentais. Sendo assim, ao conscientizar o indivíduo que este deve preservar o meio ambiente em que vive, espera-se dele uma conduta voluntária de preservação e de fiscalização do meio ambiente. Utilizando-se dessa lógica, o presente estudo fundamenta um pensamento de reconhecimento das empresas produtoras de carbono como agentes e propor a estes uma equiparação de deveres do indivíduo.

As grandes empresas produtoras de carbono possuem um papel fundamental no avanço industrial e tecnológico da sociedade, ainda, são responsáveis por girar a economia entre os governos, permitirem a globalização entre os Estados e gerarem empregos aos indivíduos na sociedade, sendo assim, é possível falar na essencialidade de suas funções na sociedade. Ocorre que tal produção a longo prazo põe em xeque o meio ambiente sadio das presentes e futuras gerações, pois as emissões de GEE (gases de efeito estufa) na atmosfera terrestre, causam uma camada resistente que permite armazenar o calor e superaquecer a superfície terrestre, gerando assim catástrofes ambientais como aumento no nível do mar, escassez de recursos e espécies naturais, extinção de ilhas, países insulares e consequentemente a possibilidade de habitação do ser humano.

Diante das drásticas consequências, o presente estudo preocupou-se em se debruçar diante das possibilidades de mitigar os impactos climáticos através de princípios norteadores de preservação, como o princípio da devolução, princípio da cumplicidade, princípio do poluidor-pagador, práticas de restituição, desinvestimento, transformação e eliminação progressiva. Tais instrumentos são desenrolados ao longo da pesquisa e apresentam características semelhantes entre si, sendo esta, o meio ambiente como preocupação principal e a compensação como item acessório. Ainda, tais considerações explicitam a capacidade das grandes e pequenas empresas contribuírem para a preservação ambiental e mitigar os impactos

climáticos na adoção de medidas tecnológicas que permitem a captura e armazenamento de gás carbônico, utilizar energias renováveis e financiar projetos de reflorestação.

É importante destacar que a obra utilizada não esgota o assunto considerado relativamente novo, esta foi utilizada como base fundamental para desenvolver o presente estudo que busca o reconhecimento das empresas enquanto sujeitos de direitos e deveres. Pois, se houvesse conscientização e maior incentivo para o reconhecimento das empresas produtoras de carbono como indivíduo na sociedade e como parte fundamental na preservação e responsabilização, se despertaria o instinto de protetor ambiental consideraria as medidas indicadas acima e até mesmo o comportamento de fiscalização de conduta entre as empresas.

Sem dúvidas tais implementações seriam consideravelmente importantes para o equilíbrio do clima e a reversão pelos danos já existentes, o que permitirá uma vida saudável para as presentes e futuras gerações. É preciso criar sistemas que possuam capacidade de oferecer respostas aos problemas apresentados em relação as mudanças climáticas e a ordem ambiental, tendo em vista a necessidade de ajustes e acertos para obter a estabilidade ameaçada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cláudia Maria. **Os olhares da imprensa portuguesa sobre o ativismo climático**. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/106337>.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Ambiental**. Grande Editora, RJ. 2023.

GUERRA, Sidney. GUERRA, Sérgio. **Intervenção Estatal Ambiental**. Atlas, SP. 2012.

IPCC. **The Intergovernmental Panel on Climate Change**. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/>.

KUMER, Isabela. Challenges And Barriers For Climate Change Management. **Revista de Sustentabilidade e empreendedorismo**. N. 8, 2023. Disponível em: <http://relise.eco.br/index.php/relise/index>.

OCDE. **Recomendação do Conselho da Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico.** Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>.

UMBERS, Lachlan. MOSS, Jeremy. **Climate Justice Beyond The State.** Routledge Environmental Ethics. 1st edition, December 31, 2020.

DIREITOS HUMANOS E O SANEAMENTO BÁSICO COMO CONDIÇÃO PARA A DIGNIDADE HUMANA

HUMAN RIGHTS AND BASIC SANITATION AS A CONDITION FOR HUMAN DIGNITY

Erick Franck Nogueira da Paixão*

Jennefer Lavor Bentes*

RESUMO

Este artigo visa apresentar o vínculo entre os direitos humanos e o setor de saneamento básico com o objetivo de demonstrar como essa interdependência é condição necessária para a garantia de efetivação da dignidade humana de maneira igualitária. Partimos da compreensão das principais características e aspectos históricos dos direitos humanos, apresentando a evolução das gerações de direitos e sua positivação no direito internacional com o advento das revoluções ao redor do mundo, da reinvenção da democracia, da vitória do sistema capitalista sobre o socialismo e da união dos países ocidentais através do surgimento da ONU, em prol de políticas internacionais que buscam garantir a efetivação dos direitos humanos consensualmente pactuados entre as nações. O vínculo dos direitos humanos com o setor de saneamento básico é demonstrado por ser a água potável um elemento vital, insubstituível e em constante processo de escassez ao redor do mundo, tendo a ONU já reconhecido a importância dos serviços desse setor como um direito humano autônomo e fundamental para o usufruto de todos os demais direitos. Entretanto, identifica-se na política brasileira a permanência da abordagem do setor de saneamento como subordinado aos demais direitos e alinhado a interesses mercantilistas, haja vista a ausência de inclusão de pautas para a busca de soluções para as situações mais complexas, que são as que atingem as populações periféricas, precarizadas e sem condições financeiras para o pagamento dos serviços. Para estes, a tendência é de manutenção dos serviços sob a gestão do poder público, enquanto para as zonas urbanas, com grande potencial para retorno financeiro lucrativo, os serviços tendem a ser privatizados. Concluimos em defesa da importância do reconhecimento dos serviços de saneamento básico como um direito humano fundamental pelos setores governamentais, enfatizando que esta consideração não representa a preferência de gestão pública sobre o privado, mas sim da possibilidade de construção de um modelo que garanta o atendimento igualitário para os iguais, e desigual para os desiguais, na medida das desigualdades da sociedade brasileira. Este princípio em conformidade com o que Aristóteles há séculos já sustenta como elemento fundamental para os regimes democráticos.

* Doutorando no Dinter UFRJ/UNIFAP. Professor da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP)

* Doutoranda em Políticas Públicas (UECE). Professora da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP)

Palavras-chave: direitos humanos; dignidade humana; saneamento básico; políticas públicas.

ABSTRACT

This article aims to present the link between human rights and the basic sanitation sector in order to demonstrate how this interdependence is a necessary condition for guaranteeing the realization of human dignity in an equal manner. We start from the understanding of the main characteristics and historical aspects of human rights, presenting the evolution of generations of rights and their positivization in international law with the advent of revolutions around the world, the reinvention of democracy, the victory of the capitalist system over socialism and of the union of western countries through the emergence of the UN, in favor of international policies that seek to guarantee the realization of human rights consensually agreed between nations. The link between human rights and the basic sanitation sector is demonstrated by the fact that drinking water is a vital element, irreplaceable and in a constant process of scarcity around the world, with the UN having already recognized the importance of services in this sector as an autonomous human right and fundamental for the enjoyment of all other rights. However, in Brazilian politics, the sanitation sector remains subordinated to other rights and aligned with mercantilist interests, given the lack of inclusion of guidelines for the search for solutions for the most complex situations, which are those that reach peripheral populations, precarious and without financial conditions to pay for services. For these, the tendency is to maintain services under the management of the public power, while for urban areas, with great potential for lucrative financial return, services tend to be privatized. We conclude in defense of the importance of recognizing basic sanitation services as a fundamental human right by government sectors, emphasizing that this consideration does not represent a preference for public management over private, but rather the possibility of building a model that guarantees equal care for equals, and unequal for unequals, according to the inequalities of Brazilian society. This principle is in line with what Aristotle has maintained for centuries as a fundamental element for democratic regimes.

Keywords: human rights; human dignity; basic sanitation; public policy.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história aconteceram grandes revoluções que transformaram os aspectos políticos, econômicos e sociais das comunidades. Nos dias atuais, caracterizado como um período pós-moderno, um dos principais problemas sociais consiste na efetivação dos direitos humanos fundamentais, construídos através do consenso e de pactos internacionais entre diferentes nações.

Dentre as diversas violações de direitos humanos na contemporaneidade, este artigo aborda a realidade desafiadora de consolidar o direito humano (DH) à água e ao saneamento básico (DHAS) como um direito fundamental autônomo. E mais especificamente na realidade brasileira.

A importância da abordagem do tema dos DH junto ao DHAS justifica-se por ser a água potável um elemento vital que junto aos demais serviços de saneamento básico, são essenciais para a garantia da dignidade humana e oportuniza para a sociedade a efetivação de todos os demais DH.

Estas razões somam-se aos demais problemas referentes às crescentes crises de escassez hídrica ao redor do mundo, ao aumento da poluição e degradação do meio ambiente, ao aumento populacional, ao fluxo desordenado entre diversos países, ao aumento dos conflitos territoriais por locais detentores de recursos naturais, entre outros.

Entretanto, após mais de 70 anos da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e mesmo sendo o Brasil um dos membros-fundadores da Organização das Nações Unidas (ONU), a maioria da população brasileira ainda sofre com os problemas de ordem social (saúde, moradia, educação, trabalho, segurança pública, etc), econômicos e ambientais. Para os quais, as políticas governamentais poderiam oferecer melhores perspectivas de soluções democráticas se considerassem a inclusão do tema de DH e DHAS nas ações decisórias das políticas públicas nacionais.

Nesse contexto, objetivamos inicialmente apresentar as principais características e o histórico de desenvolvimento dos DH, a evolução das gerações de direitos e sua positivação no direito internacional e sobre a união dos países ocidentais do bloco capitalista através do surgimento da ONU. Em seguida, abordamos sobre os serviços de saneamento básico analisando como estes estão positivados no direito internacional e na constituição brasileira, e quais as consequências para a população brasileira devido às mudanças cíclicas de políticas públicas sem a consideração do saneamento básico como direito humano fundamental. Por fim, buscamos fornecer subsídios para defesa do saneamento básico como direito autônomo, com o objetivo de incentivar que as políticas públicas sirvam efetivamente para a garantia da cidadania e da dignidade humana de maneira igualitária para toda a população.

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

A construção lógica sobre o significado da dignidade humana atravessa diferentes campos de reflexão, como o da religião, da filosofia e das ciências. No campo da religião, Lafer³ destaca que no primeiro livro da Bíblia, Gênesis (1:27), o cristianismo ensina que “Deus criou o homem à sua imagem” e que no Velho Testamento o homem assinala o ponto culminante da criação e detém a importância suprema na economia do universo. Lafer ao dialogar com Hannah Arendt destaca que os hebreus sempre sustentaram que a própria vida é sagrada, mais sagrada que tudo mais no mundo, e que o homem é o ser supremo sobre a terra.

As vantagens sobre os ensinamentos cristãos foram os elementos fundamentais que tornaram possíveis as discussões sobre o tema dos Direitos Humanos. Por outro lado, o advento da reflexão sobre o tema considerando o individualismo na sua acepção mais ampla, substituiu a preocupação com a vida e imortalidade da polis (*vita activa*) pela superioridade e preocupação com a vida e a imortalidade do indivíduo (*vita contemplativa*). Como consequência, a maioria dos indivíduos se tornaram alienados com relação aos problemas coletivos do mundo⁴.

Segundo Comparato⁵, no campo da filosofia, uma das interpretações sobre a compreensão do ser humano, como sujeito de direitos universais, parte de um conceito da filosofia kantiana denominado razão prática. Kant explica que a razão prática, que garantiria as condições para a dignidade da pessoa humana, corresponde ao fato do homem, como um ser racional e dotado de vontade própria, ser o único capaz de viver e agir com respeito a si mesmo e ao outro segundo as leis e os princípios que ele próprio edita.

Um dos princípios sustentados pelo filósofo é sobre a ética da dignidade das pessoas que deve sempre prevalecer sobre o valor das coisas, visto não somente o ser humano ser individual e sem equivalente, mas também porque “o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante”⁶.

³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo; Companhia das Letras, 1988.

⁴ Ibidem

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶ Apud. Ibidem.

O advento do sistema capitalista transformou este fundamento ético baseado no princípio da dignidade humana, para o predomínio da liberdade do ser humano imerso em um novo universo valorativo. Neste universo, o capital é personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito e o ser humano passa a ter valor de mercado, pois é transformado em meio dentro de um sistema de produção com a finalidade principal de viabilizar a lucratividade e o acúmulo de capital.

A expansão do capitalismo a nível global e sua evolução em diversas formas transformou a maneira ética de valorar a importância do ser humano, criando não somente novas formas de poderes governamentais, mas também novas formas de mercado e de trabalho no mundo. O alcance do sistema capitalista em comunidades longínquas à Inglaterra (local de marco da Revolução Industrial de meados do Séc. XVIII) foi possibilitado principalmente pelo desenvolvimento da ciência e da tecnologia. As grandes massas de trabalhadores no início do Séc. XIX, provenientes das transformações sociais do sistema capitalista, já sofriam com os impactos da desigualdade social e econômica e reivindicavam por direitos humanos que efetivassem o real usufruto da dignidade humana, da qualidade de vida e do bem-estar social (*welfare state*).

No campo da ciência, a descoberta da evolução das espécies por Charles Darwin abriu caminho para a reflexão sobre a importância do ser humano, visto este ser a espécie viva que representa o ápice de toda a cadeia evolutiva. A ciência compreende que tudo que existe foi substancialmente influenciado pelo aparecimento da espécie humana, a qual é fruto de um processo aleatório, único e insuscetível de reprodução.

No mundo das artes, William Shakespeare através de Macbeth pensou a humanidade da seguinte forma⁷:

Se a humanidade ignora o sentido da Vida e jamais poderá discerni-lo, é impossível distinguir a justiça da iniquidade, o belo do horrendo, o criminoso do sublime, a dignidade do aviltamento.

AS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E O DESAFIO DA EFETIVIDADE

A positivação dos direitos humanos, com o objetivo de dar garantias ao verdadeiro valor do ser humano, construída a partir de um consenso, do contrato ou do pacto das vontades coletivas, encontra sua expressão jurídica nos direitos

⁷ Apud. Ibidem.

fundamentais do homem. Para Bobbio, esse consenso é fruto da afirmação dos direitos humanos que começa na modernidade e que procede por “gerações de direitos”⁸.

Consideramos pertinente observar sobre o uso da terminologia “gerações de direitos”, visto que encontramos na literatura recomendações para o uso do termo “dimensões de direitos”. Isto ocorre porque apesar da compreensão sobre o assunto ser facilitada pela abordagem lógica de utilizar o aspecto temporal de surgimento e posituação dos direitos, defende-se que a abordagem seria mais apropriada à luz do termo “dimensões”, visto que “gerações” transmitiria a ideia de substituição de uma geração por uma nova, e não ao fato de acréscimo e de complementariedade entre os direitos fundamentais.

Portanto, corroboramos a opinião de Sereno⁹ quanto ao entendimento de que falar “geração” ou “dimensão” é apenas uma questão de nomenclatura. Visto que, podemos continuar a falar de “geração” desde que entendamos que elas não se substituem, mas sim que se somam.

A primeira geração de direitos humanos nasceu das revoluções americana e francesa.

No contexto da Revolução Americana, a posituação dos direitos à vida, à liberdade e à igualdade, os quais são considerados direitos naturais por serem considerados inerentes ao ser humano, uma vez que precedem o contrato social (*jusnaturalismo*); bem como a reivindicação pelo direito à “busca da felicidade e segurança”, constam no Artigo 1º da Declaração de Direitos da Virgínia, proclamada em 16 de junho de 1776:

Artigo 1º da Declaração de Direitos da Virgínia - Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

No contexto da Revolução Francesa, a reivindicação dos direitos à liberdade e igualdade, inspirados na Revolução Americana quanto aos ideais iluministas e

⁸ TOSI, Giuseppe. **10 Lições sobre Bobbio**. Vozes, 2016.

⁹ SERENO, A. (2019). Proteção internacional dos direitos humanos. O direito de acesso à água e saneamento. **Revista Recursos Hídricos**. Disponível em: <https://doi.org/10.5894/rh40n1-acq1>

contratualistas, constam também no Artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789:

Artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – Os homens nascem iguais e permanecem livres e iguais em direitos.

Essas revoluções, a positivação dos direitos humanos e a reinvenção da democracia no estilo moderno, significou a vitória dos interesses da classe burguesa que reivindicou por liberdade individual e igualdade de “todos perante a lei”, de maneira a limitar a arbitrariedade da ação dos poderes governamentais e assim garantir a segurança jurídica de suas propriedades, negociações e a participação destes nas decisões de políticas governamentais.

Sobre a reinvenção da democracia e o predomínio do interesse da minoria rica sobre a maioria pobre, Comparato¹⁰ manifesta que:

A democracia moderna surgiu como um movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica. As instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático.

A segunda geração de direitos humanos corresponde às positivações dos direitos referentes às reivindicações econômicas e sociais. Segundo Lafer¹¹, a importância desses direitos aparece primeiramente reconhecida na Constituição Francesa de 1791 quando a sociedade demonstrou preocupação coletiva de atendimento às necessidades de tratamento de crianças abandonadas, dos problemas de saúde pública e da garantia de trabalho para as pessoas pobres. No Séc. XIX, devido aos problemas sociais trazidos pela Revolução Industrial, a coletividade reivindicou por atribuição de deveres ao Estado quanto às garantias de efetivação dos direitos sociais, os quais foram promulgados na constituição francesa de 1848. Posteriormente, outras positivações vieram a ocorrer, mas somente no início do Séc. XX após a influência da Revolução Russa (1917), da Revolução Mexicana (Constituição Mexicana de 1917) e da Constituição de Weimar (1919).

A heterogeneidade quanto à origem dos direitos humanos de primeira e segunda geração levam a diferenças de interpretação quanto ao papel do Estado na

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo; Companhia das Letras, 1988.

sociedade. Lafer¹² aborda a complementariedade dos direitos de primeira geração pelos direitos de segunda geração, visto que, com o legado do socialismo os povos reivindicavam o direito de participação do “bem-estar social” como se fossem “direitos de crédito” do indivíduo com relação à coletividade, tendo sido o Estado nomeado como o responsável pela gestão e efetivação do real usufruto desses direitos pelos cidadãos.

Essa heterogeneidade entre as duas gerações de direitos, estende-se também para o aspecto da positivação quando abordados os problemas práticos de tutela, os quais podem ser interpretados de duas maneiras diferentes quanto ao papel do Estado, do indivíduo e do coletivo: sob a perspectiva *ex parte principis* e sob a perspectiva *ex parte populi*.

Segundo Lafer¹³, o viés sob *ex parte principis* corresponde à perspectiva da governabilidade e o *ex parte populi* é a perspectiva da liberdade. Na primeira perspectiva, o Estado é preocupado com a ordem e por isso impõe limites aos direitos de primeira geração. Quanto aos direitos de segunda geração, o Estado como sujeito passivo e representante da coletividade é quem define em que medida pode e pretende saldar os compromissos assumidos em relação aos indivíduos em matéria, por exemplo, de saúde, educação, trabalho e saneamento básico. Na segunda perspectiva, existe uma contradição, visto que ao mesmo tempo em que as garantias das liberdades clássicas limitam o poder de atuação do Estado, os deveres dos chamados direitos de crédito (econômicos e sociais) ampliam os poderes e responsabilidades deste.

Os direitos de terceira e quarta geração são mais recentes, emergiram no Séc. XX e XXI e são elencados como direitos de titularidade coletiva, podendo, inclusive ter validade para além da espécie humana. Estes direitos ainda não dispõem de uma classificação específica, mas de maneira sucinta os direitos de terceira geração abordam os direitos reivindicados pelos movimentos ecológicos, como o direito ao meio ambiente; o direito ao desenvolvimento, reivindicados pelos países subdesenvolvidos quanto à ordem econômica internacional; o direito à paz, nas discussões sobre desarmamento; e o reconhecimento dos fundos oceânicos como patrimônio comum da humanidade¹⁴. Os direitos de quarta geração são os

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

referentes aos efeitos da biotecnologia, como, por exemplo, quanto à manipulação do patrimônio genético dos indivíduos e demais seres vivos.

Há ainda uma frente mais recente, do Séc.XXI, em defesa de posituação de direitos de quinta e sexta geração. Segundo Gaspari¹⁵, os direitos de quinta geração são os chamados direitos virtuais referentes a todos os valores do princípio da dignidade da pessoa humana. Pode-se citar, por exemplo, a proteção quanto à honra e a imagem. Portanto, o resguardo de bens e valores a serem protegidos em face ao uso dos meios de comunicação eletrônica em massa.

Os direitos de sexta geração são os referentes ao reconhecimento do acesso à água potável e o saneamento básico como direito humano fundamental, visto que, sem água não há vida e haja vista a crise hídrica ser uma das maiores preocupações na atualidade. O problema de acesso à água potável diz respeito, principalmente, quanto à quantidade e a qualidade, devido ao crescimento acelerado da população, do crescimento dos índices de poluição do meio ambiente e da falta de saneamento básico nas regiões mais periféricas e precarizadas.

Entretanto, somente em meados do Séc. XX, após o final da 2ª Guerra Mundial, que pela primeira vez o grupo internacional intitulado Organização das Nações Unidas (ONU), com membros representantes de inúmeros povos da Terra, proclamou em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH). Essa declaração resguardou os princípios históricos das revoluções e incluiu os novos direitos referentes ao reconhecimento de autodeterminação dos povos e da humanidade.

Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

(...)

Artigo 3º da Declaração Universal de Direitos Humanos - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

A heterogeneidade representativa do reflexo das origens de classe das duas primeiras gerações de direitos humanos também é presente nas proclamações de direito internacional da ONU de 1966, uma vez que existem dois pactos distintos: o

¹⁵ GASPARI, Marli. DUARTE, Patricia F. (2013). Direito humano de sexta geração: o acesso à água potável. **Anais do 1º Congresso Internacional da AJES - 25 Anos de Constituição Cidadã e 65 anos de Declaração Universal dos direitos Humanos: uma Pausa para reflexão**. <http://site.ajes.edu.br/direito/arquivos/20131030203605.pdf>

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Quanto ao acompanhamento da ONU sobre a efetivação dos direitos humanos pelos Estados membros, a organização considera que os direitos de primeira geração são de aplicação praticamente imediata e que podem resultar de uma garantia coletiva criada através de instituições e convenções sobre os direitos humanos. Diferentemente dos direitos de segunda geração, visto que pelas suas características são realizados progressivamente, através da ação estatal, e seu acompanhamento se faz através de relatórios que afetam grupos ou coletividades humanas que são discutidos e examinados por um organismo internacional¹⁶.

Apesar da importância notável da DUDH, compete observar a motivação dos países do bloco capitalista para a promulgação da declaração, devido à ameaça de expansão dos movimentos socialistas do leste mundial, visando enfraquecer a ascensão do socialismo e como resposta às centenas de convenções realizadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) que foram dedicadas à matéria de direitos humanos.

Uma vez a DUDH proclamada e fundamentada internacionalmente, esperava-se que pelo menos os países membros da Assembleia da ONU, viabilizassem políticas públicas nacionais que garantissem os direitos humanos e o real usufruto desses direitos pela maioria da população.

Entretanto, conforme pronunciado por Bobbio¹⁷, “uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente”. Como bem observado pelo autor, combinado com a dificuldade de afirmação dos direitos humanos nas sociedades, percebe-se na democracia contemporânea o paradoxo do uso retórico e ambíguo da linguagem persuasiva dos direitos humanos como instrumento político. Pois, a política na democracia atual apesar de retoricamente reconhecer a importância e a necessidade de vigência dos direitos humanos, na prática não realiza políticas governamentais em prol da efetivação dos direitos humanos à maioria da sociedade civil.

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. & CHAÚÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

¹⁷ BOBBIO, Norberto, 1909. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

Ademais, ainda que ocorra a positivação dos direitos humanos nas constituições dos países, o reconhecimento estatal não tem sido suficiente para a vigência desses direitos.

Segundo Comparato¹⁸, a vigência dos direitos humanos aconteceria a partir de uma consciência ética coletiva, combinada à convicção longa e largamente estabelecida nas comunidades, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não positivados nacionalmente ou em documentos normativos internacionais.

Para Bobbio¹⁹ o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos humanos, não seria mais o de fundamentá-los, mas sim de protegê-los. E que, atualmente, não teríamos mais um problema de ordem filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. E isto não significa a defesa da extinção da reflexão fundamentada na ética moral e histórica da evolução dos direitos humanos, mas sim da necessidade de busca política por parte do Estado de cumprimento de seus deveres de saneamento das injustiças provenientes dos direitos de liberdade do sistema capitalista e financeiro, os quais, estes sim, são cada vez mais assegurados juridicamente e amplamente garantidos.

Entretanto, conforme observado por Lafer²⁰, as dificuldades políticas ao longo do processo histórico de afirmação dos direitos humanos, são heranças advindas da disputa entre o sistema liberal e o socialista. O autor resgata os princípios das revoluções e explica que, concomitantemente, a revolução americana e os seus herdeiros ideológicos defendem uma sociedade autônoma e um Estado mínimo, ou seja, uma visão liberal clássica. Enquanto a revolução francesa e seus herdeiros ideológicos defendem que os direitos naturais só se positivariam perante uma iniciativa política visando uma correção voluntária que transformaria a ordem social corrompida, tornando-a conforme a um ideal de virtude, a partir de um horizonte norteado por um poder onipotente e constantemente ativo.

A crítica do autor às ideologias das duas revoluções, diz respeito ao que a história já demonstrou na prática de que a crença no liberalismo clássico não

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁹ BOBBIO, Norberto, 1909. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

²⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo; Companhia das Letras, 1988.

resolveu os problemas sociais e políticos das desigualdades e que no limite o poder do Estado poder levar ao terror.

Bobbio²¹ também se manifesta sobre a crença na incompatibilidade entre a liberdade e a justiça social da seguinte maneira:

Pode-se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres. Esclareço dizendo que chamo de “liberdades” os direitos que são garantidos quando o Estado não intervém; e de “poderes” os direitos que exigem uma intervenção do Estado para sua efetivação. Pois bem: liberdades e poderes, com frequência, não são – como se crê – complementares, mas incompatíveis.

Seja o poder do liberalismo ou o poder do Estado como os norteadores das políticas econômicas e sociais, a história nas últimas três décadas nos demonstra o consenso entre os interesses desses poderes em detrimento dos interesses coletivos da sociedade. Visto que, as condicionantes atualmente impostas pelo mercado financeiro internacional, os efeitos da transnacionalização dos países em desenvolvimento, a perda de soberania dos Estados com a diluição de seus poderes junto ao poder econômico, não permitem a efetivação de políticas governamentais que cessariam a continuidade de violação dos direitos humanos.

Sumarizados os importantes aspectos e o contexto histórico de evolução dos direitos humanos, os quais são fundamentais para a garantia da dignidade humana na sociedade contemporânea, apresentamos no próximo capítulo a problemática de efetivação desses direitos com relação ao setor do saneamento básico.

O SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO HUMANO AUTÔNOMO

O saneamento básico consiste no conjunto de serviços fundamentais para a garantia da vida e da dignidade humana, bem como das condições mínimas essenciais para o desenvolvimento ético da economia, da sociedade e da proteção ao meio ambiente.

O conjunto de serviços de saneamento básico abrange quatro eixos: fornecimento de água tratada; coleta, tratamento e destinação de esgoto sanitário, águas pluviais e resíduos sólidos. O fornecimento e controle desses serviços, em

²¹ BOBBIO, Norberto, 1909. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

quantidade e qualidade suficientes, são fundamentais para a garantia do bem estar físico, mental e social do ser humano e garante à sociedade o usufruto de todos os outros direitos humanos.

Internacionalmente a ONU reconhece a água e o saneamento básico como direito humano após décadas de discussões e promulgação de diversas outras convenções. Outras convenções que visavam, por exemplo, assegurar este DH a crianças, mulheres, idosos, pessoas com deficiência e prisioneiros de guerra, visto que, na DUDH de 1946 este direito aparecia apenas de maneira implícita no Art. 25.1:

Artigo 25.1 da DUDH - Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Promulgado em 1966, o PIDESC também não mencionava de maneira expressa o direito ao saneamento básico, deixando de maneira implícita a interpretação através do Art.11.1 e Art.12.1:

Artigo 11.1 do PIDESC - Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Artigo 12.1 do PIDESC - Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

O direito humano à água e saneamento básico (DHAS) foi reconhecido pela Assembleia Geral da ONU, em 28 de julho de 2010, através da Resolução A/RES/64/292. Esta resolução adotou o Comentário Geral N°15, de novembro de 2002, a respeito da interpretação dos Art. 11.1 e 12.1 da PIDESC supracitados, confirmando o DHAS no Direito Internacional:

Item 1º da Resolução A/RES/64/292 - Reconhece que o direito à água potável e o saneamento é um direito humano essencial para o pleno desfrute da vida e de todos os direitos humanos.

O conteúdo normativo do DHAS consiste na garantia a todas as pessoas, sem discriminação, de serviços de água para uso pessoal e doméstico, em todas as esferas da vida e com solução suficiente, disponível, acessível, segura, aceitável (inclusive social e culturalmente), fisicamente acessível e ofertada a preços razoáveis. Para o caso do saneamento, todos os mesmos conteúdos normativos são aplicados, com a inclusão do aspecto de segurança quanto às soluções técnicas e a promoção da privacidade como forma de garantir a dignidade.

Além do reconhecimento do DHAS, a Assembleia Geral da ONU proclamou em setembro de 2015, no encontro de revisão dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), o período de 2018-2028 como a *Década Internacional para a Ação: Água para o Desenvolvimento Sustentável*, que começa no Dia Mundial da Água, em 22 de março de 2018, e termina no Dia Mundial da Água, em 22 de março de 2028. Essa ação destaca a importância de implantação pelos Estados do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável N°6 (ODS 6), qual corresponde a execução das metas universais quanto ao DHAS.

O destaque dado pela ONU ao ODS 6 representa o significado da relação deste objetivo com todos os demais 16 objetivos de desenvolvimento sustentável, visto que, uma vez atendidas as metas da ODS 6, de maneira direta serão atingidos todos os demais, como por exemplo, a oportunidade de extinção da pobreza, a garantia da saúde e bem-estar, a redução das desigualdades, a melhoria das cidades e suas condições de acessibilidade, segurança, resiliência, sustentabilidade, entre outros.

No Brasil, com a justificativa principal de segurança à soberania nacional, os direitos declarados na ONU são válidos somente após aprovação pelo poder legislativo e homologação pelo poder executivo. Por isso, chegam a levar décadas para a positivação no ordenamento jurídico nacional. Nesse contexto, o PIDESC foi positivado 26 anos depois, após a ditadura militar, no período da redemocratização, através do Decreto N°591, de 6 de julho de 1992.

Segundo Comparato²², essa necessidade positivada na constituição, de prévia aprovação pelo Congresso Nacional, dos DH pactuado no direito internacional, representou a vitória da imposição de um grupo oligárquico dominante, o qual, submetido à crescente pressão internacional, não quis abrir mão do seu

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

tradicional privilégio de impunidade ao desrespeitar os direitos humanos dos mais fracos e pobres.

Na Constituição Federal Brasileira (CFB) vigente, promulgada em 1988, o saneamento básico ainda não é expressamente previsto como um direito humano autônomo. A abordagem jurídica sobre o saneamento acontece a partir de referência às demais gerações de direitos, sendo usualmente o saneamento básico subordinado aos direitos sociais e ambientais, constantes no Art. 6º e Art. 225 da CFB/88:

Art. 6º da CFB/88 - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 225 da CFB/88 - 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.

Identificam-se algumas tentativas de encaminhamentos de emendas constitucionais que buscavam inserir na CFB/88 o saneamento como um direito social, como forma de suprir a deficiência de reconhecimento do saneamento básico como direito, através de um acréscimo no texto do Art.6º e Art. 225 supracitados. Uma primeira através da PEC N°39/2007, apresentada pelo Deputado Raimundo Gomes de Matos; a PEC N°07/2010, de autoria do Senador Renato Casagrande (PSB/ES); e a PEC N°213/2012, de autoria da Deputada Janete Rocha Pietá (PT/SP)²³.

Minuta da proposta de alteração do Art. 6º da CFB/88 - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, o acesso à água potável e ao saneamento básico, na forma desta Constituição.

Minuta da proposta de alteração do Art. 225 da CFB/88 - § 7º A água é um bem de domínio público e um recurso natural limitado, dotado de valor econômico, social e ambiental.

Entretanto, todas as PEC supracitadas foram arquivadas e atualmente tramita no Congresso o Projeto de Lei 3189/19 que altera a Lei 11.445/07 (Lei de

²³ MORLIN, Vanessa T. EUZEBIO, Silvio R. M. Direito à água: um direito humano de três dimensões. **Revista do CNMP: água, vida e direitos humanos / Conselho Nacional do Ministério Público.** – n. 7 (2018). – Brasília: CNMP, 2018. v. 260 p.

Saneamento Básico), de maneira a proibir os municípios (detentores da tutela do saneamento básico) de repassar a gestão dos serviços de saneamento básico ao Estado, sem prévia disponibilização da oferta destes serviços para a livre concorrência entre a iniciativa privada e poder público.

No entanto, a alteração proposta na Lei de Saneamento Básico diz respeito às regras de contratação dos serviços e não quanto ao reconhecimento na constituição do saneamento básico como um direito autônomo, mantendo-se o não atendimento às recomendações da ONU e a subordinação do saneamento básico às demais gerações de direitos, conforme o Art.2º da Lei 11.445/07:

Art. 2º. Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

[...]

III- abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV- disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

Para Sereno²⁴, o DHAS deve ser um direito autônomo, visto que não pertence especificamente a nenhuma das gerações de direitos previamente mencionados, senão perpassa por todos os outros, conforme vigência do direito internacional e ONU. A autora explica a interdependência dos DH e que, em geral, não se pode usufruir ou exercer uns sem os outros. Outra abordagem importante pela autora é sobre a diferença entre o direito ao uso da água e o direito ao acesso à água, visto que uma coisa é chegar até onde a água se encontra, outra coisa são as propriedades físico-químicas se apropriadas para o consumo.

Morlin²⁵ também defende a afirmação de que o DHAS está emoldurado nas três gerações de direitos, uma vez que, por ser indispensável à vida, corresponde aos direitos individuais; por ser fundamental à efetivação dos demais direitos sociais, como, por exemplo, à saúde e moradia, corresponde a categoria dos direitos de segunda geração; e por ser fundamental à qualidade de vida não somente do

²⁴ SERENO, A. (2019). Proteção internacional dos direitos humanos. O direito de acesso à água e saneamento. **Revista Recursos Hídricos**. <https://doi.org/10.5894/rh40n1-acq1>

²⁵ MORLIN, Vanessa T. EUZEBIO, Silvio R. M. Direito à água: um direito humano de três dimensões. **Revista do CNMP: água, vida e direitos humanos / Conselho Nacional do Ministério Público**. – n. 7 (2018). – Brasília: CNMP, 2018. v. 260 p.

indivíduo, mas do coletivo em um meio ambiente saudável, seria o DHAS inerente à terceira geração de direitos.

De toda forma, ainda que considerado no espectro de direitos de primeira, segunda ou terceira geração, o setor do saneamento básico sofre, como todos os demais direitos, com o problema da efetividade. Dentre os principais limites para a aplicação dos DH, Sarlet²⁶ aponta três causas predominantes, abordando que por motivos fáticos, jurídicos e contingenciais, estes direitos teriam a precária aplicabilidade social e ambiental justificada. Os motivos fáticos correspondem ao pragmatismo de que não há recursos financeiros para atender a todos; os jurídicos correspondem ao fato do judiciário não poder interferir nas questões orçamentárias, por ser de competência do legislativo; e contingenciais porque não somente os direitos sociais e ambientais têm custos. Nestas razões compete acrescentar os motivos políticos, defendidos por Bobbio²⁷ como um dos maiores desafios de efetivação dos direitos na contemporaneidade.

Por estes fatos, observamos que a efetivação dos DHAS não tem sido prioridade para a política atual no Brasil, visto que os poderes atuam segundo a prioridade e alinhamento às tratativas e promulgações de leis que mais atendem a lógica neoliberal, mercantilista e da financeirização, ao invés do enfrentamento através de uma revolução ética, moral e administrativa que viabilizaria a efetivação do DHAS e dos DH em respeito à heterogeneidade dos problemas nacionais e conforme orientações do direito internacional.

Nesse contexto, compete observar importantes manifestações de Léo Heller em sua palestra no “Foro de la Economía del Agua”, em 16 de setembro de 2016. O relator especial da ONU destaca que há uma declaração de DHAS vinculada aos DH. Portanto, não podemos criar vazios nos processos decisórios que demandam sobre a água, o saneamento básico e estes direitos, devendo-se ter em consideração que o enfoque dos direitos humanos não tem preferência por nenhum tipo de gestão, e que realizar progressivamente os DHAS significa eliminar progressivamente as desigualdades.

Outra manifestação importante sobre o relator diz respeito à débil e praticamente inexistente regulação dos serviços de saneamento básico pelo Estado,

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

²⁷ BOBBIO, Norberto, 1909. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

no caso de países em desenvolvimento e com políticas de privatização dos serviços. Resgata a lógica capitalista de objetivo quanto à lucratividade, através da redução dos custos e ampliação dos serviços com prioridade apenas para regiões urbanas aptas para o retorno financeiro, mantendo, dessa forma, a exclusão dos mais necessitados.

O distanciamento das políticas públicas de saneamento básico das recomendações da ONU tende a agravar os problemas socioambientais, com destaque para o aumento da desigualdade social no Brasil. A abordagem da discussão sobre saneamento básico distante da esfera dos direitos humanos, afasta da discussão política a heterogeneidade da realidade da maioria da população brasileira que cada vez mais a maioria sobrevive em condições precárias e reside em áreas periféricas. Sem contar quanto à realidade das comunidades indígenas, quilombolas, assentamentos rurais, e daqueles que mesmo em setores urbanos vivem em áreas sem solo urbanizado, sem a adequada infraestrutura para o adequado fornecimento dos serviços públicos, e sem condições financeiras para o pagamento dos serviços.

A tendência para estes casos é de manutenção da gestão dos serviços de saneamento básico pelo setor público e o repasse para a iniciativa privada apenas dos setores urbanos financeiramente rentáveis, visto que para o mercado prevalece a lógica capitalista de merecimento dos serviços apenas para os aptos financeiramente para o pagamento deles.

Essa ambiguidade entre a lógica do saneamento básico como direito socioambiental junto à lógica mercantilizadora não demonstra interesse político na efetivação dos serviços conforme a lógica de tratamento do problema de saneamento básico como um direito fundamental, autônomo e necessário para dar condições de vida digna e de cidadania à maioria da população brasileira.

Há décadas, no Brasil, ocorrem ciclos de reviravoltas de políticas públicas que se reorganizam conforme as decisões políticas e em velocidade maior que sua capacidade de desenvolvimento e de alcance de resultados. O fracasso de seus indicadores reflete além dos desafios técnicos e de administração de empresas públicas, reflete também os conflitos e as discontinuidades das políticas nacionais, visto que o histórico dessas políticas varia junto com as mudanças de governo, mesmo quando utilizadas estratégias legais para transforma-las em políticas de Estado. Por isso, identificamos entre governos, períodos além do razoável de

paralisação dos investimentos e melhorias dos serviços, perante o aguardo das redefinições políticas e econômicas alinhadas com as “novas” ideologias político-partidárias.

Nessas condições, o Brasil mantém um dos piores indicadores da América Latina, com a estimativa de que, dentre os 200 milhões de brasileiros, ainda existem aproximadamente 114,42 milhões vivendo sob péssimas ou nenhuma condição de atendimento de esgotamento sanitário, 76,9 milhões vivendo sob péssimas ou nenhuma condição de atendimento de abastecimento de água, e 78,9 milhões que não dispõem de serviços de manejo de resíduos sólidos de maneira adequada. Este cenário demonstra que mesmo após mais de 10 anos do direito estabelecido na Lei Federal Nº11.445/2007, o quanto as políticas públicas ainda não foram capazes de universalizar o acesso às soluções e aos serviços públicos de saneamento básico de qualidade no Brasil²⁸.

Essa injustiça na realidade do setor de saneamento básico requer uma consciência ecológica política dos poderes governamentais, de maneira a politizar o debate sobre a importância desses serviços como um elemento vital e também como de importância social, ambiental, intelectual, cultural e que internaliza relações poder.

Entretanto, pelo contrário, testemunhamos que na lógica do campo político brasileiro não há inclusão do DHAS nos temas sobre a água e saneamento básico, assuntos que quando discutidos, versam politicamente cada vez mais na defesa da ideologia de que apenas as empresas do setor privado estariam aptas e capacitadas para a universalização dos serviços, a partir do acesso destas aos fundos de investimentos dos bancos públicos e de uma efetiva política de preços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade há séculos almeja a dignidade humana. As transformações políticas, econômicas, sociais e ambientais, provenientes das revoluções modernas, da reinvenção da democracia, do desenvolvimento da ciência e tecnologia e da globalização, possibilitaram para muitos o usufruto da vida na sua plenitude, através do bem estar físico, mental e social. Mas não para todos.

²⁸ PLANSAB. **Plano Nacional de Saneamento Básico. Ministério das Cidades.** Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Brasília, dezembro de 2013.

Após a devastação de milhares de pessoas ao redor do mundo, somente no Século XIX um grupo internacional composto por diversos países do mundo, intitulado Organização das Nações Unidas (ONU), reconheceu a primeira Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Este reconhecimento resguardou os princípios históricos dos séculos de revoluções e positivou as gerações de DH em consonância com as suas origens de classe.

A primeira geração de DH corresponde às reivindicações burguesas por direitos civis e políticos, ligados ao valor da liberdade. A segunda geração de DH corresponde às reivindicações populares decorrentes das transformações econômicas e sociais, ocorridas devido a Revolução Industrial. A terceira geração de DH, defendidos após a II Guerra Mundial, estendeu os direitos para além da espécie humana e destinados a proteger a coletividade.

Ademais, no Séc XXI surgiram novas reivindicações de direitos, dentre eles os classificados como direitos de quinta e sexta geração. Sendo o de quinta, resultado da evolução da Tecnologia da Informação devido à necessidade de proteção da dignidade e valores humanos em face ao uso dos meios de comunicação eletrônica em massa. O de sexta geração corresponde ao direito humano de acesso à água e aos serviços de saneamento básico (DHAS), conforme já reconhecido pela ONU como direito autônomo, devido à água ser um elemento vital, as crescentes crises hídricas no mundo, o crescimento acelerado e desordenado da população, do crescimento dos índices de poluição do meio ambiente e da falta de serviços de saneamento básico em diversas regiões do mundo.

Apesar do reconhecimento internacional do DHAS e deste como autônomo ser fundamental para a garantia de todos os demais DH, no Brasil o saneamento básico ainda persiste na constituição como subordinado aos demais direitos, ou seja, não é reconhecido como DH autônomo, mesmo após diversas tentativas parlamentares de atualização da CFB/88.

Esse problema grave de nosso tempo resgata os princípios das gerações dos direitos, no sentido de que existem frentes ideológicas que defendem uma visão liberal clássica, através da construção de uma sociedade livre e um Estado mínimo. E outras frentes que defendem a importância de um Estado forte, onipotente e constantemente ativo capaz de viabilizar uma correção voluntária que transformaria a ordem social corrompida, conforme ideais de virtude. Entretanto, intelectuais como

Bobbio observam a incompatibilidade entre a liberdade e a justiça social, além dos perigos da transformação do Estado conforme os limites de qualquer ideologia.

O que tem se observado é que, mesmo em tramitação no Congresso de um novo marco para o saneamento básico, a efetivação dos DHAS não tem sido prioridade para a política atual no Brasil, visto que os poderes têm atuado segundo a prioridade e alinhamento às tratativas e promulgações de leis que mais atendem a lógica neoliberal, mercantilista e da financeirização, ao invés do enfretamento do problema através de uma revolução ética, moral e administrativa que viabilizaria a efetivação do DHAS e dos DH em respeito à heterogeneidade dos problemas nacionais e conforme orientações do direito internacional.

Outro fato diz respeito à frágil discussão sobre a regulação do setor e fiscalização dos serviços a serem privatizados. Visto a liberdade de atuação ao mercado está sendo efetivada junto com o despreparo regulatório do setor público que poderá ensejar em contratos incompletos de obrigações que de fato manifestem o coletivo e em dificuldades de ações de controle e transparência, e eventuais ações judiciais para os casos de desvios de finalidade do modelo proposto, que poderão não somente agravar a situação do setor, mas aumentar a desigualdade social.

Neste contexto, defendemos a abordagem do setor do saneamento básico com a inclusão da pauta do DHAS, como forma de incluir na discussão política a heterogeneidade da realidade da população brasileira que cada vez mais sobrevive em condições precárias e reside em áreas periféricas. Em particular quanto a realidade das comunidades indígenas, quilombolas, dos assentamentos rurais, e daqueles que mesmo em setores urbanos vivem em áreas sem solo urbanizado, em áreas informais, em áreas de proteção permanente (APP), sem a adequada infraestrutura para o adequado fornecimento dos serviços públicos, e sem população com condições financeiras para o pagamento dos serviços. E esta defesa do DHAS não significa qualquer preferência de gestão pública sobre o privado, mas sim da possibilidade de construção de um modelo que garanta o atendimento igualitário para os iguais, e desigual para os desiguais, na medida das desigualdades da sociedade brasileira.

Por fim, acreditamos no ideal de que é através da efetiva convergência complementar entre as ideologias dos direitos humanos de todas as gerações, devidamente reconhecidos e protegidos, que viabilizariam a democracia no mundo

contemporâneo e a tornaria capaz de solucionar pacificamente os conflitos, pois, segundo Bobbio²⁹:

(...) sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto, 1909. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7º reimpressão.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao> > Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Lei n.º 11.445/2007, de 05 de Janeiro de 2007. Lei Nacional de Saneamento Básico; **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007_2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRITTO, A. L., & Rezende, S. C. (2017). A política pública para os serviços urbanos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil: financeirização, mercantilização e perspectivas de resistência. **Cadernos MetrÓpole**. <https://doi.org/10.1590/2236-9996.2017-3909>

CARVALHO, S. A., & Adolfo, L. G. S. (2012). O Direito Fundamental ao Saneamento Básico como Garantia do Mínimo Existencial Social e Ambiental. **Revista Brasileira de Direito**. <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n2p6-37>

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GASPARI, Marli. DUARTE, Patricia F. (2013). Direito humano de sexta geração: o acesso à água potável. **Anais do 1º Congresso Internacional da AJES - 25 Anos de Constituição Cidadã e 65 anos de Declaração Universal dos direitos**

²⁹ BOBBIO, Norberto, 1909. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7º reimpressão.

Humanos: uma Pausa para reflexão.

<http://site.ajes.edu.br/direito/arquivos/20131030203605.pdf>

HELLER, Léo. **Discurso por ocasião do Foro de la Economía del Agua.** Barcelona, 16 de setembro de 2016. Disponível em <https://www.saneamentobasico.com.br/enfoque-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 11 de dezembro de 2019.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo; Companhia das Letras, 1988.

PLANSAB. **Plano Nacional de Saneamento Básico.** Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Brasília, dezembro de 2013.

MORLIN, Vanessa T. EUZEBIO, Silvio R. M. Direito à água: um direito humano de três dimensões. **Revista do CNMP: água, vida e direitos humanos / Conselho Nacional do Ministério Público.** – n. 7 (2018). – Brasília: CNMP, 2018. v. 260 p.

ONU in Water for Life. (2014). **O Direito Humano à Água e Saneamento.** Water for Life Decade.

SANTOS, Boaventura de Sousa. & CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento.** São Paulo: Cortez, 2013.

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

SERENO, A. (2019). **Proteção internacional dos direitos humanos.** O direito de acesso à água e saneamento. *Revista Recursos Hídricos.* <https://doi.org/10.5894/rh40n1-acq1>

TOSI, Giuseppe. **10 Lições sobre Bobbio.** Vozes, 2016.

**O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO:
UMA REFELXÃO ACERCA DA TEMÁTICA
THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM:
A REFELCTION ON THE THEME**

Tancredo Castelo Branco Neto*
Antônio Sabino da Silva Neto*
Kamila Pereira Tavares*

RESUMO

Ao examinar o desenvolvimento e as consequências do pensamento ocidental, este estudo examina as falhas da referida retórica, apontando inconsistências no que ela pode realizar. Especificamente, esta investigação pretende explorar os vários aspectos que envolvem os direitos humanos, o constitucionalismo, a ciência jurídica e a dignidade através de uma compreensão mais aprofundada da modernidade com enfoque na discussão sobre o novo constitucionalismo Latino Americano. Problematisa-se assim o direito como um fenômeno social, em busca de desmistificar o mito de que a ciência jurídica é uma ciência pura. Por fim, se esclarece que a presente pesquisa bibliográfica combina múltiplos vieses epistemológicos, cuja análise propicia um estudo interdisciplinar, levando a um diálogo entre teorias de diferentes campos.

Palavras-chave: Decolonialidade; Direitos Humanos; Constitucionalismo; Desconstrução; Interdisciplinariedade; Globalização.

ABSTRACT

By examining the development and consequences of Western thought, this study examines the flaws in said rhetoric, pointing out inconsistencies in what it can accomplish. Specifically, this investigation intends to explore the various aspects that involve human rights, constitutionalism, legal science and dignity through a deeper

* Bacharel em Direito - UESPI (2009). Advogado (2010). Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil - CEUT (2011). Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL (2018-interrompido). Mestre pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI (2020). Doutorando em Direito UFRJ/FND (2022). Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Amapá – UNIFAP (2015). Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica - NPJ. Bolsista – CNPq de Doutorado.

* Doutor em Sociologia (UFC). Doutorando em Direito (UFRJ). Professor do curso de Direito da Universidade Federal do Amapá. Líder do grupo Direito e Sociedade (UNIFAP/CNPq).

* Professora efetiva do magistério superior na Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). Doutoranda em Direito (UFRJ). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Amapá. Especialista em Gestão Empresarial (FGV), Arranjos Produtivos Locais (UEAP) e Docência do Ensino Superior (IESAP). Exerceu a função consultora empresarial e de professora substituta na Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). Atuou como docente na Faculdade Estácio do Amapá (Estácio Amapá).

understanding of modernity with a focus on the discussion of the new Latin American constitutionalism. Thus, law is problematized as a social phenomenon, seeking to demystify the myth that legal science is a pure science. Finally, it is clarified that the present bibliographical research combines multiple epistemological biases, whose analysis provides an interdisciplinary study, leading to a dialogue between theories from different fields.

Keywords: Decoloniality; Human rights; Constitutionalism; Deconstruction; Interdisciplinarity; Globalization.

INTRODUÇÃO

Ao examinar o desenvolvimento e as consequências do pensamento ocidental, este estudo examina as falhas da retórica, apontando inconsistências no que ela pode realizar. Isso ocorre porque a retórica por natureza não pode criar novas ideias, pois existe em um estado de contínuas contradições. Este estudo também examina as dificuldades da modernidade devido a problemas com os seus princípios fundadores, esta investigação pretende explorar os vários aspectos que envolvem os direitos humanos, o constitucionalismo, a ciência jurídica e a dignidade através de uma compreensão mais aprofundada da modernidade. Trabalhos como este, podem criar a possibilidade de desconstruir conceitos como individualismo e direitos para ver como eles se relacionam com o pensamento colonial, levantando questões sobre se o pensamento do novo constitucionalismo pode oferecer novas ideias para o sistema jurídico⁴.

O foco principal deste estudo é a desconstrução da opressão sistêmica por meio do pensamento decolonial. Ele destaca a importância de capacitar os indivíduos para compreender os contextos históricos e sociais que moldam suas identidades. Ao fazer isso, esta pesquisa abre as portas para a compreensão de soluções alternativas para problemas comuns nos países latino-americanos. Essas soluções podem vir da reinvenção do eu por meio de diferentes instituições, ideologias e procedimentos. Não se pretende que o pensamento decolonial se radicalize e não é suposto rejeitar tudo derivado de outras correntes de pensamento.

⁴ VALENÇA, Daniel Araújo; MAIA JÚNIOR, Ronaldo Moreira Maia; GOMES, Rayane Cristina de Andrade. **O novo constitucionalismo latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Considera-se apenas que haja a delimitação dos limites e alcances do direito no que diz respeito ao pensamento decolonial⁵.

A necessidade de juristas e pesquisas científicas exige a criação de imagens refletidas, que devido à dinâmica de poder contida na construção social da ciência moderna, a pesquisa jurídica não pode ignorar. Os advogados usam a lei para se defender das pessoas que os oprimem, mas os juristas críticos expõem as injustiças que o sistema legal permite. Eles são uma parte crucial dos esforços para reformar a lei e torná-la mais justa e qualquer um pode ser um jurista crítico, pois o trabalho nunca termina⁶.

O primeiro tópico considera a historicidade crítica como um elemento chave de desmistificação. Ele redefine o direito como um fenômeno social, desmistificando o mito de que é uma ciência pura e mitificada. Ao explorar essa ideia, estudos mostram que a universalidade proclamada pelo Ocidente é, na verdade, um movimento político para a globalização de um pensamento local, que é a crença no direito. Conforme Alves⁷, esses esforços resgatam contribuições teóricas e reflexões ao direito ao demonstrar sua incompatibilidade com a realidade e suas características geográficas e políticas. No segundo tópico, os pensamentos decoloniais desvendaram realidades ocultas ao revelar um mistério epistemológico. Eles confrontaram criticamente a visão de mundo moderno/colonial e suas relações coloniais formadas pelos movimentos hegemônicos do mundo. Com base nas epistemologias do sul, uma nova perspectiva do Direito é possível. Segundo Val et al.⁸, a jurisprudência latino-americana deve ter identidade própria, independente da jurisprudência ocidental, essa necessidade decorre de um desejo de cumprir as promessas da modernidade que não se cumprem. Uma jurisprudência latino-americana baseada nessas ideologias exigiria que seus constituintes questionassem e considerassem tudo e todos antes de qualquer liberdade ser considerada.

Por fim se esclarece que a presente pesquisa bibliográfica combina múltiplos vieses epistemológicos para criar um amplo estudo interdisciplinar, levando a um

⁵ DALMAU, Rubén Martínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel. O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da constituinte no Brasil. **CONSTITUINTE EXCLUSIVA**, p. 20, 2014.

⁶ ALVES, Marina Vitória. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. **Revista SJRJ, Rio de Janeiro**, v. 19, n. 34, p. 133-145, 2012.

⁷ Ibidem

⁸ VAL, Eduardo Manuel et al. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. **Val, Eduardo Manuel**, 2014.

diálogo entre teorias de diferentes campos, assim como, retratado nos estudos realizados por Bragato e Castilho⁹.

O DIREITO DECOLONIAL

As pessoas têm pressionado por mudanças sociais ao longo da história, no entanto, o colonialismo enganou suas vítimas para servir aos interesses financeiros e culturais de seus criadores, porque a lei apoia práticas opressivas sem que eles saibam¹⁰. Pode um direito latino-americano ser descolonizado da mesma forma que os sistemas ocidentais que ele emula? Ou estamos simplesmente replicando as leis existentes? A resposta a esta pergunta depende do layout da forma como enxergamos o problema.

Os pensadores latino-americanos usam teorias críticas para desconstruir o hemisfério sul, examinando uma ampla gama de ideias e tópicos, o que os ajuda a descobrir a dinâmica de poder por trás da região. As pessoas também usam essas teorias para pensar criticamente sobre seu próprio conhecimento e suas crenças, o que mostra a existência de métodos e crenças alternativas para desafiar as ideologias predominantes¹¹.

Segundo Val et al.¹², as pessoas na América Latina podem entender seus processos históricos e sociais através do uso do pensamento decolonial, que também dá autonomia ao indivíduo para que ele possa reconhecer o colonialismo inerente à sua terra natal. Além disso, mostra apreço pelos vários movimentos sociais que lutam contra a opressão e o silenciamento, destacando sua importância. As leis desenvolvem um sentimento de pertencimento, alteridade e desejo de mudança nas mentes das pessoas. Muitas pessoas lutam para serem vistas ou ouvidas porque o direito está vinculado às memórias sociais e, leva as pessoas a criar identidades e encontrar uma maneira de se transformar devido ao seu desejo

⁹ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. **O pensamento pós e decolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: Educs**, p. 11-25, 2014.

¹⁰ DE CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 8, n. 1, p. 220-239, 2013.

¹¹ TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão S. Pachamama e o Direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino americano. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 12, n. 23, p. 23-23, 2015.

¹² VAL, Eduardo Manuel et al. O pensamento pós e decolonial no novo constitucionalismo latino-americano. **Val, Eduardo Manuel**, 2014.

de libertação. Consequentemente, é possível para os nativos latino-americanos resistirem à colonização das superpotências e à própria colonização.

Uma desconstrução do que está posto requer identificar o fundamento ideológico dos interesses de alguém e questionar leis, ensinamentos e livros existentes. Trata-se também de desvendar o saber, a cultura e a economia que se impõem através de um sistema monocultural que justifica a sua existência ao fornecer fundamentos transcendentais ou absolutos. Essas fundações rejeitam tudo o que é diferente e desvalorizam outras identidades e formas de vida¹³.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO SOBRE A ÓTICA MARXISTA

Em 2000, a Bolívia elegeu um líder indígena como seu presidente, e também fundou o Estado Plurinacional da Bolívia; o que representava o início do século 21 para o país. Vários estudos acadêmicos foram realizados posteriormente, como os de De Cademartori e Costa¹⁴. É importante entender que o processo eleitoral da Bolívia teve contradições intrínsecas – contendo divergências a depender do ponto de vista adotado.

A Constituição boliviana de 2009, assim como os novos conceitos que ela acrescentou, revelam que é de suma importância mudar as condições objetivas das relações sociais. A combinação dessas novas ideias com a constituição mostra que o processo de cambio e a revolução democrática cultural não são focos separados de qualquer trabalho jurídico sobre o constitucionalismo latino-americano. As mudanças na ordem social da Bolívia revelam uma mudança de pensamento e sentimento em direção ao pensamento descolonial e às epistemologias do sul. Segundo Magalhães¹⁵, é por isso que não reconhecemos nenhuma teoria jurídica emergente sobre o “novo constitucionalismo latino-americano”. Em vez disso, reconhecemos o movimento legal significativo liderado por um foco em pilares multiculturais e na preservação do descolonialismo.

¹³ VALENÇA, Daniel Araújo; MAIA JÚNIOR, Ronaldo Moreira Maia; GOMES, Rayane Cristina de Andrade. **O novo constitucionalismo latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁴ DE CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 8, n. 1, p. 220-239, 2013.

¹⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo latino-americano 2-ruptura-diversidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, 2016.

Há uma “mistificação” dos processos históricos concretos. Isso é visto como uma tendência geral; as especificidades e formações sociais de cada país são tipicamente ignoradas. Eventos históricos concretos também são tipicamente negligenciados por essa tendência à mistificação. Isso pode ser visto na fundação do Estado Plurinacional da Bolívia em 2009 através do processo constituinte. Nesse período, também havia a necessidade de construções legais e culturais que regeriam o novo Estado¹⁶.

Apesar de ser marginal ao processo de criação constitucional, o movimento sindical boliviano ainda teve um impacto significativo na constituição. Como exemplo, o sindicato nacional dos mineiros, destacou-se como ícone anti-imperialista na constituição. Apesar de não terem participado do processo de criação, sua visão anti-imperial ainda está refletida na versão final e essa confluência de culturas faz do constitucionalismo latino-americano um movimento profundamente intercultural¹⁷.

Devido ao seu significativo impacto histórico, o constitucionalismo latino-americano refere-se a um período de tempo em que a maioria dos estados da América Latina divergiu da cultura e dos valores europeus tradicionais. Como resultado, é caracterizada por movimentos culturais e políticos únicos. A influência dos grupos de ativismo social na constituição pode ser vista em como eles estabeleceram ideias culturais únicas que normalmente são baseadas na interculturalidade e não apenas nas tradições europeias¹⁸.

Além disso, segundo Magalhães¹⁹, o constitucionalismo latino-americano é considerado um período em que outras culturas foram incorporadas ao constitucionalismo, em vez de simplesmente evoluir separadamente da cultura europeia. Mais importante ainda, esse conceito reconhece como os países latino-

¹⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: Educs**, p. 11-25, 2014.

¹⁷ TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão S. Pachamama e o Direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino americano. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 12, n. 23, p. 23-23, 2015.

¹⁸ MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 74-84, 2013.

¹⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo latino-americano 2-ruptura-diversidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, 2016.

americanos foram criados por meio de experiências culturais únicas, em vez de apenas se fundirem como os países europeus tradicionais.

Segundo Melo²⁰, a criatura pode parecer transformar-se em um criador, assim como o espírito que Hegel descreveu em sua filosofia do estado. No entanto, seu espírito é realmente um reflexo das mudanças políticas que ocorreram na Bolívia. A nova constituição e o Estado Plurinacional são dois sistemas políticos resultantes de uma transformação fundamental na forma como as pessoas se relacionam, ao mesmo tempo que essas mudanças se retroalimentam de maneira dialética.

Conforme Sousa²¹, a lei burguesa é o reflexo mais específico de toda a sociedade burguesa. Ao reconhecer-se como proprietários privados, sujeitos de direitos e entidades autônomas, o público em geral toma consciência de seu lugar específico nesse sistema hierárquico. Marx²² explicou que as relações econômicas criam os termos legais associados à propriedade privada. Isso ocorre porque as relações econômicas criam o contexto para a propriedade privada e não o contrário.

Através do raciocínio dialético, Marx²³ provou que os sistemas jurídicos são ineficazes para acabar com a opressão e a exploração. Ele conseguiu isso subvertendo a noção de que as leis podem ser implementadas por meios políticos. Apesar dessa reversão da ilusão, a sociedade capitalista ainda produz suas próprias divisões e contradições internas, o que significa que a política tem certo grau de autonomia dentro da luta de classes mais ampla que ocorre durante um período de tempo específico. Por exemplo, quando greves trabalhistas resultam de um conflito entre capitalistas e trabalhadores²⁴.

Muitos dos escritores socialistas entendiam as reivindicações legais como expressões de relações reais, bem como algum estágio da luta de classes, isso pode ser visto na dedicatória à edição alemã de 1890 do Manifesto Comunista, escrita por Engels.

²⁰ MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 74-84, 2013.

²¹ SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latino-americano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. **VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: Educs**, p. 65-86, 2014.

²² MARX, Karl. Wage-Labor and capital. 1921.

²³ Ibidem

²⁴ BACHA, Diogo et al. **Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o Tribunal Constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial**. Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2020.

Sua dedicação expressava sua esperança de que o proletariado de hoje investigue suas forças de combate pela primeira vez quando todas estavam reunidas sob uma única bandeira para um objetivo específico. Esse objetivo era estabelecer legalmente uma jornada de trabalho de oito horas por meio de um congresso internacional em Genebra em 1866 e um congresso de trabalhadores em Paris em 1889²⁵.

Marx entendia que o Estado e os sistemas jurídicos eram reflexos da luta real entre as classes na sociedade. O sistema jurídico surge de um sistema social que também faz parte de um sistema burguês mais amplo. De forma imediata, mostra o lugar da luta de classes e a função do palco através de sua implementação. Segundo Sousa²⁶, a partir de suas perspectivas, podemos perceber que o Estado é uma instituição política controlada por classes — assim como uma materialidade institucional — e que tem o poder de irradiar crenças ideológicas que possibilitam seu controle sobre uma população e a partir desses ângulos, podemos começar a entender a natureza do nosso assunto.

O CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS HUMANOS

Para entender como o potencial descolonizador do direito pode ser realizado, é preciso primeiro entender a natureza do constitucionalismo, isso é necessário porque entender as raízes epistemológicas do direito é vital para qualquer análise mais profunda do tema. Segundo Barbosa e Teixeira²⁷, o estudo da civilização e dos direitos tem sido importante por mais de cinco séculos devido à expansão marítima e comercial. No entanto, a Europa em particular ensinou ao mundo muitos assuntos importantes, como democracia, cidadania, direitos, natureza, limites do estado, constitucionalismo e organização.

²⁵ BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. 1, p. 49-61, 2015.

²⁶ SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latinoamericano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. **VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: Educs**, p. 65-86, 2014.

²⁷ BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, p. 1113-1142, 2017.

Com a crença de que o mundo precisa ser doutrinado, controlado e manipulado - assim como conhecimento e progresso - vem o desejo de ser governado pelo colonialismo ou imperialismo. Porém, mesmo os conceitos inovadores do pensamento europeu vieram acompanhados da violência que faz parte da história europeia ou americana, pois o mesmo pode ser dito sobre as atuais ideologias imperialistas da América do Norte. Estudos jurídicos críticos muitas vezes negligenciam muitas formas de opressão e dominação²⁸.

A Revolução Francesa e seus ideais nasceram do racionalismo. Essa lei natural legitimou as ideias que levaram ao despotismo e à democracia. Isso ocorreu devido à influência dos direitos naturais considerados universais como forma de libertar as pessoas da opressão. O Welfare State e a teoria dos direitos humanos surgiram da mesma ideia de gestão da desigualdade, é por isso que ambos foram usados para justificar o capitalismo através da virada kantiana e do raciocínio iluminista. Além disso, essas duas ideias ajudaram a justificar a internacionalização dos direitos humanos – que mais tarde foi usada para colonizar diferentes países ao redor do mundo²⁹.

Conforme dito por Dalmau³⁰, a história do constitucionalismo demonstra um enfoque desproporcional na estética das constituições em detrimento de seu conteúdo funcional. Abraçando o positivismo, os conceitos jurídicos e morais tornaram-se entidades separadas. No entanto, após o fim do positivismo, as ideologias pós-positivistas buscaram conciliar os dois com a ajuda de concepções eurocêntricas de direitos fundamentais que se contradizem quando aplicadas no pluralismo sociocultural.

Para Bello³¹, muitos acreditam que a desconstrução do positivismo levou à destruição do Estado, porque tanto o pós-positivismo quanto o positivismo causam perseguição estatal por meio de seus sistemas jurídicos. Principalmente, devido ao fato de que ambos os sistemas são incapazes de conciliar o direito com a realidade

²⁸ OLIVEIRA, Daltro Alberto Jaña Marques et al. O novo constitucionalismo latino-americano: paradigmas e contradições. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, p. 185-214, 2013.

²⁹ DALMAU, Rubén Martínez. AS CONSTITUIÇÕES DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO FUNCIONARAM?. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, 2018.

³⁰ Ibidem

³¹ BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. 1, p. 49-61, 2015.

social, em vez disso, eles contam com agendas políticas em vez de códigos legais que promovem a libertação.

O ocidentalismo vê todas as crenças espirituais como inferiores ao raciocínio científico, levando as pessoas a declararem os sistemas de pensamento tradicionais, tribais ou outros não-ocidentais como primitivos, ultrapassados ou mesmo falsos. O Ocidente justifica sua ciência do direito declarando que seus conceitos universais de direito, modelos e definições são mais reais do que as tradições de outras culturas. Ao ver o Outro como antiquado e primitivo, o Ocidente está reafirmando sua própria existência e visão da realidade ao rotular constantemente outras culturas dessa maneira. Essa mentalidade colonial começou com a modernidade; relegou a América Latina a uma posição secundária e os rotulou como em desenvolvimento ou subdesenvolvidos. Essa ontologia refletia a crença do Ocidente de que eles eram a única entidade real existente³².

Segundo Melo³³, as pessoas possuem direitos inatos como seres humanos e este fato prova que as pessoas naturalmente merecem respeito e igualdade. As pessoas não conquistam esses direitos, mas eles são inerentes à própria natureza dos seres humanos, portanto, ninguém pode negar o valor inerente a eles. Uma compreensão completa do ser humano exigia unificá-lo com direitos universais. Fazer isso revelou nossa identidade compartilhada, bem como nosso conhecimento do mundo e como viemos a existir, levando à criação do Norte global em uma imagem naturalista³⁴.

A compreensão da universalidade da raça humana é baseada em direitos ocidentais genéricos. Além disso, a Declaração Universal de 1948 foi criada sem a participação da maioria dos habitantes do mundo. Os que não são considerados humanos não têm lugar nesta definição de direitos, pois não se conformam com ela³⁵.

³² SPAREMBERGER, Raquel Fabiana; DAMAZIO, Eloize Peter. Discurso constitucional colonial: um olhar para a decolonialidade e para o “novo” Constitucionalismo Latino-Americano. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 1, p. 271-297, 2016.

³³ MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 74-84, 2013.

³⁴ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana; DAMAZIO, Eloize Peter. Discurso constitucional colonial: um olhar para a decolonialidade e para o “novo” Constitucionalismo Latino-Americano. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 1, p. 271-297, 2016.

³⁵ D’ÁVILA, Luciana Souza; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. **Saúde e Sociedade**, v. 29, 2020.

O ser humano é definido por traços influenciados culturalmente em vez de estrutura anatômica e a falta dessas características torna o ser humano um objeto inanimado - eles são literalmente nada. Em comparação, os direitos e a dignidade não se aplicam a todos os seres humanos porque não faz sentido dizer que a dignidade humana existe fora das diferenças da cultura. Todas as culturas têm entendimentos diferentes dos direitos universais que consideram algo inato, significa que muitos grupos e ideias culturais estão em constante estado de fluxo e divergência. Portanto, as pessoas precisam trabalhar juntas para preencher lacunas na compreensão e desenvolver novas ideias, o que requer uma abordagem crítica de quaisquer supostas verdades universais³⁶.

Magalhães³⁷ afirma que o método de tradução intercultural recomendado por Panikkar é a hermenêutica diatópica. Envolve explicar uma aspiração, necessidade ou prática em uma determinada cultura através da qual se torna compreensível e significativo para outra cultura. As epistemologias do Norte devem ser publicamente reconhecidas para que o Sul não pareça mais inferior a elas, o reconhecimento permitirá que as formas de sociabilidade vigentes continuem funcionando sem o monopólio das práticas sociais e intelectuais. Todo conhecimento intelectual é parte de um todo maior — uma "ecologia de conhecimento" — que requer reconhecimento público por sua existência continuada.

Oliveira³⁸ afirma que a compreensão da interdependência encoraja a comunicação aberta com outras epistemologias e permite um vislumbre das lacunas no sistema de classificação da cultura ocidental. Também traz à tona a divisão social e cultural criada por definições rígidas como natureza/cultura, homem/mulher, conhecimento científico/conhecimento tradicional.

A visão fundamental em que se baseia o direito, o jusnaturalismo, é o que torna fácil perceber o caráter colonialista e contra-hegemônico do direito. Por isso, é necessário redefinir completamente o jusnaturalismo usando ideias que as pessoas consideram importantes. O jusnaturalismo afirma que o direito é construído a partir do racionalismo-contratualismo, razão pela qual deve ser redefinido para romper

³⁶ BACHA, Diogo et al. **Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o Tribunal Constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial**. Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2020.

³⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo latino-americano. **Revista PGM-Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, v. 22, p. 9-34, 2014.

³⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 39, n. 2, p. 88-113, 2015.

com as dicotomias. Constatar tal divergência leva a entender a essência da dignidade humana como justificativa para a necessidade de mudar o jusnaturalismo para atender às necessidades do colonialismo. Assim como, muitos padrões culturais ajudam a definir direitos unindo seus significados e também possibilitam a criação de definições alternativas de “boa vida” e “vida digna”³⁹.

Para uma transformação descolonial, as diferenças nas percepções culturais dos direitos humanos e da dignidade precisam ser reconciliadas por meio de um diálogo intercultural. Com esse objetivo em mente, as discussões sobre universalismo e relativismo cultural precisam ser superadas. Em vez disso, a discussão deve se concentrar no estabelecimento de critérios políticos para distinguir as ideologias políticas progressistas das conservadoras. Isso deslocaria a ideia de evitar a regulamentação com a intenção de promover a emancipação do controle autoritário⁴⁰.

Em seguida, o entendimento cosmopolita de que todas as culturas têm concepções de dignidade, mas nem todas a concebem em termos de direitos humanos, precisa ser aceito. Significa que todas as culturas são falhas em relação aos direitos humanos, mas suas imperfeições são diferentes quando comparadas entre si. Então, é importante que as pessoas entendam que todas as culturas têm diferentes concepções de dignidade e que elas não são totalmente completas ou aperfeiçoadas. Além disso, as pessoas precisam entender que nenhuma cultura pode definir totalmente a dignidade como igualdade ou diferença entre os membros⁴¹.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Segundo Dalmau⁴², o constitucionalismo latino-americano renova setores políticos e tendências sociais por meio do questionamento dos sistemas e saberes dominantes. Por isso, demonstra a necessidade de repensar uma teoria crítica do

³⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo latino-americano. **Revista PGM-Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, v. 22, p. 9-34, 2014.

⁴⁰ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana; DAMAZIO, Eloize Peter. Discurso constitucional colonial: um olhar para a decolonialidade e para o “novo” Constitucionalismo Latino-Americano. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 1, p. 271-297, 2016.

⁴¹ BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, p. 1113-1142, 2017.

⁴² DALMAU, Rubén Martínez. AS CONSTITUIÇÕES DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO FUNCIONAM?. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, 2018.

Sul e de um ponto de vista periférico, já que o constitucionalismo latino-americano questiona os sistemas e saberes hegemônicos. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano trabalha para romper com a mentalidade colonial, buscando novas formas de entender o mundo por meio do empoderamento de grupos subalternos e marginalizados. Este movimento também visa apoiar os povos indígenas, os povos afrodescendentes, bem como as minorias emergentes.

O constitucionalismo latino-americano é um movimento de transição porque ainda não reformulou completamente as crenças e percepções das pessoas que vivem no sul, apesar disso, consegue conectar ações materiais com seus princípios. As pessoas da cultura andina consideram seu deus supremo como Pachamama, que é o nome de sua mãe Terra. Criar leis para proteger a Pachamama ajuda as pessoas a entender e implementar diferentes cosmologias em seus governos, como exemplo, o termo é usado nas constituições do Equador e da Bolívia⁴³.

A Constituição do Equador consagra este ser espiritual por sua rejeição aos recursos naturais capitalistas. Segundo Alves⁴⁴, isso ocorre para que o ser espiritual possa reforçar a cooperação com outros seres e exigir seu respeito.

As constituições da Bolívia e do Equador fazem parte do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Val⁴⁵ descreveu isso como um sistema constitucional multilíngue, sua redação radicaliza o ciclo constitucional proposto. Ao combinar todos os gêneros em termos gerais, como “homem” ou “indivíduo”, o texto dessas constituições muda as visões de mundo.

As epistemologias indígenas, consagradas por essas constituições, possibilitam uma revisão crítica de dogmas constitucionais ocidentais tidos como intangíveis, mostrando uma alternativa ao desenvolvimento econômico, político e social dominantes. É por isso que as atuais constituições da Bolívia (2007) e do Equador (2008) rompem com modelos ocidentais ao incorporar saberes não liberais em seus textos, tais como o Sumak Kawsay e o Suma Qamaña, que objetivam proteção à mãe-terra. Assim, inserem-se no paradigma do Novo Constitucionalismo

⁴³ ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. **Revista SJRJ, Rio de Janeiro**, v. 19, n. 34, p. 133-145, 2012.

⁴⁴ Ibidem

⁴⁵ VAL, Eduardo Manuel et al. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. **Val, Eduardo Manuel**, 2014.

Latino-Americano por proporcionarem um giro paradigmático, ao afastar o modelo constitucional ocidental antropocêntrico para vigorar um biocêntrico de dignidade⁴⁶.

Conforme Magalhães⁴⁷, o que se entende por progresso não é aquele trazido propriamente pelo conhecimento do norte global, que na verdade assinala a crise no desenvolvimento econômico-social-ambiental por possuir caráter puramente liberal. Na concepção do *buen vivir*, avanço civilizacional é aquele que proporciona garantia de vida aos seres humanos e inumanos, bem como às futuras gerações, de forma a alcançar equidade intergeracional a todos os seres vivos. Essa ética se aproxima das propostas da sustentabilidade forte e da ecologia profunda que reconhecem a interdependência entre homem-natureza. No entanto, diferem-se muito pelo fato da primeira ser fortemente marcada por um viés liberal e a segunda restrita a uma concepção ocidental da Natureza. Assim, segundo Bragato e Castilho⁴⁸, por meio das epistemologias do Sul é possível apreender uma nova perspectiva de vida.

Sendo assim, a positivação do Sumak Kawsay e do Suma Qamaña instauram um novo marco epistemológico constitucional. A inserção de cosmologias indígenas em textos constitucionais faz com que os países ameríndios tendam a atender aos anseios da América Latina⁴⁹.

Para D'ávila e Andrade⁵⁰, os mecanismos de atuação popular com legitimidade para reforma constitucional boliviana proporcionam a integração de sociabilidades até então invisibilizadas. Assim, supera-se a lógica da democracia essencialmente representativa de legitimidade participativa que se esgota no ato da eleição de seus representantes; combate os excessos de regulamentação da modernidade, por instituir outros parâmetros do que se entende por legal/ilegal; afasta as tendências hegemônicas da ordem ocidental global. Conseqüentemente, há uma quebra do padrão de juridicidade que reproduz o monismo jurídico, ao negar

⁴⁶ VALENÇA, Daniel Araújo; MAIA JÚNIOR, Ronaldo Moreira Maia; GOMES, Rayane Cristina de Andrade. **O novo constitucionalismo latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁴⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo latino-americano 2-ruptura-diversidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, 2016.

⁴⁸ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: Educs**, p. 11-25, 2014.

⁴⁹ TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão S. Pachamama e o Direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino americano. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 12, n. 23, p. 23-23, 2015.

⁵⁰ D'ÁVILA, Luciana Souza; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. **Saúde e Sociedade**, v. 29, 2020.

que o “Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do Direito”. Nesse mesmo percurso, Bacha et al.⁵¹ entende que o Estado assume uma postura correspondente à realidade social e com a insurgência das demandas da população, configurando uma nova ordem jurídica amplamente plural.

Dessa forma, ocorre a necessária redefinição não somente das funções do direito, como também das concepções hegemônicas de direitos fundamentais, rompendo com a antiga dicotomia entre estes e os direitos humanos advindos do Ocidente, redefinindo, inclusive, a base do constitucionalismo moderno: a dignidade humana. A dignidade é aquilo que cada povo entende por mais essencial, o que justifica a necessária redefinição dos pressupostos básicos do jusnaturalismo racionalista-contratualista, face sua íntima relação com o colonialismo. Como consequência, não há mais definições dos núcleos dos direitos, pois são diversas as concepções culturais, de forma a entrelaçá-las, bem como as possíveis acepções do que se entende por bem-viver, configurando um sistema de alternativas⁵².

Subjacente à legislação de reforma constitucional boliviana está um movimento popular com legitimidade, esse ethos coletivo resistiu com sucesso à influência hegemônica da sociedade ocidental moderna. Ao estabelecer outros parâmetros para o que é considerado legal ou ilegal, esse movimento retirou o caráter arbitrário das leis modernas. Com isso, eles estabeleceram um novo modelo de como a democracia deve funcionar⁵³.

Conforme Oliveira et al.⁵⁴, este novo sistema rejeita o método ultrapassado de eleger representantes. Em vez disso, estabelece novos parâmetros para o que é considerado legítimo – como declarar ilegal qualquer ato praticado pelo governo. A principal razão pela qual há quebra do padrão de legalidade é porque o Estado afirma ser o único centro do poder político e a única fonte de produção do direito. Essa afirmação nega a existência de outras fontes de poder, como as demandas

⁵¹ BACHA, Diogo et al. **Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o Tribunal Constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial**. Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2020.

⁵² D'ÁVILA, Luciana Souza; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. **Saúde e Sociedade**, v. 29, 2020.

⁵³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo latino-americano. **Revista PGM- Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, v. 22, p. 9-34, 2014.

⁵⁴ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 39, n. 2, p. 88-113, 2015.

cidadãos por mudança social. Além disso, Sousa⁵⁵ afirmou que o Estado assume a realidade social e as demandas da população. Este processo leva a um novo sistema jurídico mais plural fora do controle do Estado.

A compreensão da dignidade como a qualidade humana mais essencial cria uma mudança decisiva na forma como os direitos são vistos. Essa redefinição é necessária porque coincide com os efeitos do colonialismo – especificamente, seu impacto na compreensão ocidental dos direitos humanos. Com isso em mente, os direitos que as pessoas consideram mais importantes devem ser redefinidos devido à sua íntima relação com o colonialismo. Como resultado, não há mais definições culturais de direitos básicos; ao contrário, são várias as configurações culturais possíveis do bem viver⁵⁶.

As mudanças nas constituições do Equador e da Bolívia foram uma resposta à pressão popular. As pessoas exigiam a separação das práticas coloniais, capitalistas e monoculturais, em vez disso, eles pressionaram por culturas mistas e representação política. Essas constituições representam um lugar onde perspectivas alternativas podem ser consideradas. Por isso, chamam a atenção para questões que precisam ser resolvidas pelo povo e isso leva muitos a acreditarem que essas novas ideias são pouco atraentes ou mesmo inexistentes à primeira vista. Este projeto vai além de simplesmente reviver o estado, em vez disso, procura derrubar o colonialismo, o neocolonialismo e o desenvolvimentismo nos níveis local, regional e internacional, explorando perspectivas alternativas ignoradas pelo mundo em geral. Este é um projeto de longo prazo que leva em consideração o modo como funcionam as visões de mundo marginalizadas, excluídas e invisíveis⁵⁷.

Tentativas inclusivas de um Estado-nação multiétnico e intercultural são recebidas com protestos de outros grupos sociais. As estruturas estatais originais promovidas pelos movimentos indígenas ainda são ignoradas, apesar das tentativas de preservar a dinâmica do poder colonial. Os argumentos atuais contra as novas

⁵⁵ SOUSA, Maria Sueli Rodrigues. Constitucionalismo e colonialidade: novo constitucionalismo latino-americano e o direito da palavra da tradição africana como resistência na modernidade. **Espaço Ameríndio**, v. 14, n. 2, p. 411-411, 2020.

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latinoamericano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. **VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: Educs**, p. 65-86, 2014.

constituições dependem do uso contínuo de táticas coloniais e do domínio contínuo das ideias ocidentais sobre natureza, vida e identidade. Essas constituições são aspectos formais do processo de transição do estado; eles reconhecem a próxima mudança de estado da Bolívia e do Equador. É por isso que essas constituições são consideradas transitórias ou experimentais e a criação deste projeto é um longo processo que já está em andamento⁵⁸.

A constituição latino-americana é uma fusão de raízes imperiais e coloniais. É por isso que a constituição da região não pode abordar questões sociais como a necessidade de descolonização. No entanto, o Novo Constitucionalismo latino-americano pode fornecer novos paradigmas ao remover essas partes imateriais da constituição, porque veio de movimentos populares em vez de políticos de elite e professores de direito. Segundo Bacha et al.⁵⁹, os modelos de constitucionalismo nascem das lutas sociais dos povos oprimidos e se concentram em projetos relativos aos grupos sociais marginalizados, invisíveis ou incompreendidos. As pessoas podem mudar sua situação atual se resistirem politicamente à mudança. Uma mudança social efetiva requer a compreensão do estado atual das coisas, não apenas basear as crenças de alguém em uma constituição.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitória. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. **Revista SJRJ, Rio de Janeiro**, v. 19, n. 34, p. 133-145, 2012.

BACHA, Diogo et al. **Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o Tribunal Constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial**. Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2020.

BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, p. 1113-1142, 2017.

BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. 1, p. 49-61, 2015.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo

⁵⁸ DALMAU, Rubén Martínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel. O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da constituinte no Brasil. **CONSTITUINTE EXCLUSIVA**, p. 20, 2014.

⁵⁹ BACHA, Diogo et al. **Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o Tribunal Constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial**. Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2020.

latino-americano. **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: Educs**, p. 11-25, 2014.

D'ÁVILA, Luciana Souza; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. **Saúde e Sociedade**, v. 29, 2020.

DALMAU, Rubén Martínez. AS CONSTITUIÇÕES DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO FUNCIONARAM?. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, 2018.

DALMAU, Rubén Martínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel. O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da constituinte no Brasil. **CONSTITUINTE EXCLUSIVA**, p. 20, 2014.

DE CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 8, n. 1, p. 220-239, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo latino-americano 2-ruptura-diversidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo latino-americano. **Revista PGM-Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, v. 22, p. 9-34, 2014.

MARX, Karl. Wage-Labor and capital. 1921.

MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 74-84, 2013.

OLIVEIRA, Daltro Alberto Jaña Marques et al. O novo constitucionalismo latino-americano: paradigmas e contradições. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, p. 185-214, 2013.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 39, n. 2, p. 88-113, 2015.

SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latinoamericano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. **VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: Educs**, p. 65-86, 2014.

SOUSA, Maria Sueli Rodrigues. Constitucionalismo e colonialidade: novo constitucionalismo latino-americano e o direito da palavra da tradição africana como resistência na modernidade. **Espaço Ameríndio**, v. 14, n. 2, p. 411-411, 2020.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana; DAMAZIO, Eloize Peter. Discurso constitucional colonial: um olhar para a decolonialidade e para o “novo” Constitucionalismo Latino-Americano. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 1, p. 271-297, 2016.

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão S. Pachamama e o Direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino americano. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 12, n. 23, p. 23-23, 2015.

VAL, Eduardo Manuel et al. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. **Val, Eduardo Manuel**, 2014.

VALENÇA, Daniel Araújo; MAIA JÚNIOR, Ronaldo Moreira Maia; GOMES, Rayane Cristina de Andrade. **O novo constitucionalismo latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OS QUINZE ANOS DO ACORDO BRASIL-SANTA SÉ E AS INCIDÊNCIAS DO DIREITO CANÔNICO NO DIREITO BRASILEIRO

THE FIFTEEN YEARS OF THE BRAZIL-HOLY SEE AGREEMENT AND THE IMPACT OF CANON LAW ON BRAZILIAN LAW

Flávio Wender Meireles Paladino*

RESUMO

Transcorridos pouco menos de quinze anos após a assinatura que oficializou o Acordo celebrado entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé, em 13 de novembro de 2008, no Vaticano, enquanto governava à Igreja Católica Apostólica Romana o Sumo Pontífice Bento XVI, tendo sido promulgado no Brasil como Decreto Federal (nº. 7.107) em 10 de fevereiro de 2010, enquanto governava à nação brasileira o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, apresenta-se um breve panorama sobre o pacto diplomático cujo propósito era o estabelecimento do Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, com a intenção de consolidar e aplicar alguns entendimentos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários da Igreja Católica em um só instrumento jurídico no ordenamento brasileiro que, por si mesmo, já os reconhecia em solo nacional. Dessa maneira, ciente da impossibilidade de esgotar os questionamentos e as interpretações que se somam acerca do tema, o presente ensaio busca analisar as peculiaridades e as discussões, a eficácia e a aplicabilidade do Acordo, bem como revisar os direitos e deveres da Igreja Católica Apostólica Romana no Brasil, oficializados através do pacto. É de suma importância a celebração do décimo quinto ano em que o Acordo Brasil-Santa Sé foi reconhecido e aceito pelas autoridades civis e eclesiásticas competentes, pois, trata-se de uma norma internacional que foi recepcionada pelo Brasil e passou a ter força de Lei Ordinária no ordenamento jurídico nacional, conforme dispõe a Constituição Federal brasileira. Inobstante a publicação do Decreto Federal, percebe-se que as primeiras linhas do documento aduzem ao respeito e compromisso com a liberdade religiosa, tema de grandes discussões e questionamentos dada a assinatura do Acordo, mas, também, de eloquentes discursos e ensinamentos sobre a sua autenticidade e necessidade para o bom termo das doutrinas religiosas presentes em solo brasileiro, marcado pela incidência de costumes religiosos diversos.

Palavras-chave: Acordo Brasil-Santa Sé. República Federativa do Brasil. Direito Canônico.

ABSTRACT

A little less than fifteen years have elapsed since the signing that made official the Agreement celebrated between the Federative Republic of Brazil and the

* Graduado em Filosofia pela Universidade Católica de Petrópolis. Graduando em Teologia pela mesma Universidade. Graduação incompleta em Direito, pela Universidade do Grande Rio. E-mail: flavio.wender@gmail.com. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/7853362815970385>.

Holy See, on November 13, 2008, in the Vatican, while the Supreme Pontiff Benedict XVI was governing the Roman Catholic Church, Having been enacted in Brazil as Federal Decree (nº. 7.107) on February 10, 2010, while the President of the Republic Luiz Inácio Lula da Silva was governing the Brazilian nation, a brief overview of the diplomatic pact whose purpose was to establish of the Legal Statute of the Catholic Church in Brazil, with the intention of consolidating and applying some legislative, jurisprudential and doctrinal understandings of the Catholic Church in a single legal instrument in the Brazilian legal system which, by itself, already recognized them on national soil. In this way, aware of the impossibility of exhausting the questions and interpretations that are added on the subject, this essay seeks to analyze the peculiarities and discussions, the effectiveness and applicability of the Agreement, as well as to review the rights and duties of the Catholic Apostolic Church Romana in Brazil, made official through the pact. It is extremely important to celebrate the fifteenth year in which the Brazil-Holy See Agreement was recognized and accepted by the competent civil and ecclesiastical authorities, since it is an international norm that was accepted by Brazil and came to have the force of Law Ordinary in the national legal system, as provided for in the Brazilian Federal Constitution. Regardless of the publication of the Federal Decree, it is clear that the first lines of the document add to the respect and commitment to religious freedom, the subject of great discussions and questions given the signing of the Agreement, but also of eloquent speeches and teachings about its authenticity and necessity for the good term of the religious doctrines present in Brazilian soil, marked by the incidence of diverse religious customs.

Keywords: Agreement between the Holy See and Brazil. Federative Republic of Brazil. Canon Law.

INTRODUÇÃO

A Igreja Católica Apostólica Romana goza do privilégio de presença universal através de seus membros que, em comunhão de fé e vontade, residem nos mais diferentes lugares do mundo. Isso faz com que as legislações se encontrem e, necessariamente, estabeleçam diálogo e/ou conflito, que favoreça ou impeça a boa vivência dos cristãos católicos quanto ao conteúdo e a manifestação de sua fé.

A Igreja Católica possui o seu próprio conjunto de leis que, tendo passado pelo crivo de aprovação interna dela mesma, governa a sociedade eclesial – clérigos e fiéis leigos – suas relações pessoais e com os Estados, uma vez que, por seu caráter universal, o Estatuto Jurídico da Igreja Católica abrange todos os cristãos católicos, independentemente de

nacionalidade ou de domicílio, governando normativa e coercitivamente os seus fiéis, conforme o Direito.

Um dado histórico para o catolicismo no Brasil, foi a assinatura do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no referido país. Através desta peça jurídica, estreitaram-se os laços e criaram-se vínculos colaborativos entre os Estados do Brasil e do Vaticano, sem exclusividade do catolicismo na nação ou prioridade dele perante as demais profissões de fé e credo presentes na sociedade brasileira, marcada pelas fortes expressões culturais, convicções pluralistas e liberdade de escolha religiosa.

Inicia-se o presente, abordando sobre a natureza do Direito Canônico e os impactos ocorridos a partir da assinatura e promulgação de um Acordo internacionalmente reconhecido, o que é *sine qua non* para o entendimento da autoridade da Igreja Católica no seio de uma nação, a fim de resguardar-se a liberdade religiosa, bem como estabelecer as relações entre o Estado e a Igreja na promoção do bem geral da pessoa humana, através da cooperação entre Estados soberanos, autônomos e independentes, que auxiliem na construção de uma sociedade mais justa e fraterna.

Posteriormente será abordado o tema propriamente dito sobre o Acordo Brasil-Santa Sé e os incidentes do Direito Canônico – conjunto normativo que rege a Igreja Católica em concordância com os demais documentos magisteriais e a Tradição – enfatizando-se as garantias estabelecidas pelo Direito Internacional que prevê e resguarda a veracidade das relações estabelecidas entre Estados soberanos e autônomos.

A nível de esclarecimento, abordar-se-á o princípio constitucional da laicidade do Estado brasileiro, como garantidor da ordem constitucional da livre escolha de crença e não crença da qual goza a nação brasileira. Não obstante, verificar-se-á se existe mácula no citado princípio dada a formalização e oficialização do Acordo diplomático entre o Brasil e a Santa Sé.

Dessa maneira, a metodologia utilizada na pesquisa consiste na análise canônica e jurídica do Acordo entre a República Federativa do Brasil e

a Sé Apostólica, no tocante ao conteúdo do Direito, bem como submetê-lo ao crivo do exame de constitucionalidade referente ao Direito brasileiro, marcado pela laicidade e não confessionalidade, além de breves explanações sobre o conteúdo do Direito Internacional que envolve toda a discussão sobre o Acordo Brasil-Santa Sé.

BREVE NOÇÃO SOBRE O DIREITO CANÔNICO

Existem divergências de conteúdo e entendimento sobre três correntes que versam sobre a natureza do Direito Canônico: teológica, pastoral e jurídica. Contudo, para evitar loquacidade desnecessária, o presente estudo enfatizará o aspecto jurídico do Direito da Igreja Católica, tendo em vista o desiderato do autor por manter a intenção primária sobre a análise do Acordo Brasil-Santa Sé e suas implicações em âmbito nacional brasileiro.

A Igreja Católica, através do seu ente soberano que é a Santa Sé, é uma instituição instalada e organizada na sociedade civil, o que demanda a criação de normas que protejam os indivíduos e sirvam de orientação para o comportamento deles, bem como exerça o caráter punitivo como consequência do descumprimento dos preceitos estabelecidos pelo Estado e pela própria instituição religiosa (a Igreja).

A Santa Sé, como os demais entes soberanos, promulga seu próprio direito, o direito canônico (KLAUSNER E ROSA, 2018), com o qual se organiza e ordena as relações sob sua jurisdição estatal, eclesial e religiosa, bem como celebra tratados, tratados esses que também criam e regulam direitos (tradicionalmente conhecidos como direito concordatário) e participa de organismos internacionais.¹

Sobre o aspecto jurídico do Direito Canônico, deve-se ater às necessidades percebidas pelas autoridades papais desde o século XIX, dadas as formulações dos conjuntos legislativos publicados pelo mundo. Com isso, o Sumo Pontífice São Pio X, auxiliado por uma comissão própria, iniciou os trabalhos de codificação das leis que regem a Igreja Católica, resultando na publicação do *Motu Proprio Arduun sane múnus*.

¹ KLAUSNER, Eduardo Antônio. **Breve panorama sobre o Acordo Brasil-Santa Sé**. Lex Humana, ISSN 2175-0947, Petrópolis, V. 11, n. 2, p. 37-54, 2019, p. 39. Disponível em: <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/1842>. Acesso em: 18 out. 2022.

A aurora do primeiro Código de Direito Canônico se deu em 1917, quando governava a Igreja Católica, o Sumo Pontífice Bento XV, através da *Bula Providentissima Mater*, que revogava quaisquer legislações anteriores que fossem contrárias às matérias apresentadas pelo Código Canônico.

O instrumento jurídico da Igreja Católica passou por uma reforma à época do governo do Sumo Pontífice São João XXIII, que percebeu a necessidade de conceder novas respostas para as exigências apresentadas pelo transcurso do tempo e do desenvolvimento humano e social. Dessarte, com a convocação do Concílio Ecumênico Vaticano II, instaurou-se, dentre as Comissões diversas, a Comissão Pontifícia para a Revisão do Código de Direito Canônico.

O novo *Codex Iuris Canonici*² fora promulgado em 1983, enquanto governava a Igreja Católica o Sumo Pontífice São João Paulo II, que, através da Constituição Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*, de promulgação do Código de Direito Canônico, elucidou que o novo Código trazia em si o espírito do Concílio como resultado da colegialidade episcopal em união com Cristo, *Cabeça da Igreja*, conforme dispõe o citado documento.

Ainda que não seja tema principal da pesquisa, vale ressaltar, a título de conhecimento, a codificação da legislação própria para as Igreja de Ritos Orientais – *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*³- devidamente finalizada em 1990, tendo sido promulgado por partes, através de instrumentos normativos.

Na Constituição Apostólica de promulgação do Código de Direito Canônico de 1983, o Papa São João Paulo II afirmou, peremptoriamente, o caráter jurídico do novo Código Canônico como documento legislativo necessário para a Igreja Católica, a fim de que seja cumprida a missão salvífica da Igreja no mundo:

² Código de Direito Canônico.

³ *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* - Código dos cânones das Igrejas Orientais.

Como principal documento legislativo da Igreja, baseado na herança jurídico-legislativa da Revelação e da Tradição, o Código deve ser considerado instrumento indispensável para assegurar a devida ordem tanto na vida individual e social como na própria atividade da Igreja. Por isso, além dos elementos fundamentais da estrutura hierárquica e orgânica da Igreja, estabelecidos pelo seu Divino Fundador ou fundamentados na tradição apostólica ou em tradições antiquíssimas, e além das principais normas referentes ao exercício do tríplice múnus confiado à Igreja, é necessário que o Código defina também certas regras e normas de ação [...]

O novo Código de Direito Canônico é publicado no momento em que os Bispos de toda a Igreja não somente pedem sua publicação, como a solicitam com insistência e energia. De fato, o Código de Direito Canônico é totalmente necessário à Igreja. Constituída também como corpo social e visível, a Igreja precisa de normas: para que se torne visível sua estrutura hierárquica e orgânica; para que se organize devidamente o exercício das funções que lhe foram divinamente confiadas, principalmente as do poder sagrado e da administração dos Sacramentos; para que se componham, segundo a justiça inspirada na caridade, as relações mútuas entre os fiéis, definindo-se e garantindo-se os direitos de cada um; e, finalmente, para que as iniciativas comuns empreendidas em prol de uma vida cristã mais perfeita sejam apoiadas, protegidas e promovidas pelas leis canônicas.⁴

No que tange ao Brasil, marcado pelas diversas formas de expressão religiosa, inclusive pela histórica influência da Igreja Católica e seus representantes, o Direito da Igreja Católica é reconhecido e está amparado no artigo 44 do Código Civil de 2002, que designa as pessoas jurídicas de direito privado reconhecidas no território nacional brasileiro, conforme segue:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

⁴ SANTA SÉ. João Paulo II, PAPA. **Constituição Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*, de Promulgação do Código de Direito Canônico** in Código de Direito Canônico. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Ed. Loyola., 2002, p. 13.

VI - (Revogado pela Lei nº 14.382, de 2022).

No primeiro parágrafo do mesmo dispositivo legal, encontra-se a complementação do direito privado às pessoas jurídicas que nele estão enumeradas, cuja criação, organização, estruturação interna e funcionamento das organizações religiosas são livres, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. Os artigos que seguem, orientam e protegem as atividades e desenvolvimentos das organizações religiosas.

Diferentemente das demais organizações religiosas, a Igreja Católica, regida pela Santa Sé que governa a instituição religiosa e o Estado Cidade do Vaticano, tem caráter de pessoa jurídica de direito público externo, reconhecido pelo artigo 42 do Código Civil brasileiro⁵, uma vez que pertence ao Direito Internacional Público, o que lhe permite promulgar, por exemplo, seu próprio Direito.

Conforme aduz o Prof. Dr. Sidney Guerra (2007, p. 17), a personalidade jurídica internacional da Santa Sé é reconhecida por força do Tratado de Latrão de 1929, onde a Itália reconheceu o direito da Sé Apostólica para representações diplomáticas segundo as regras gerais do Direito Internacional.

É válido ressaltar sobre o Direito Internacional, que não há o que se falar em Legislativo, como ocorre com outras leis próprias que derivam da vontade do legislador. Nele, percebe-se a regulamentação de relações estabelecidas entre Estados que compõem a sociedade internacional, das quais podem derivar-se acordos, tratados, convenções, concordatas, dentre outras maneiras de expressar a manifestação mútua de interesses.

Sobre o consentimento mútuo referido, Guerra afirma: *“é impreterível o consentimento dos pactuantes, dado que o tratado nada mais é que um acordo*

⁵ Art. 42 do Código Civil. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

*de vontades. A anuência deve ser isenta de vícios, pois o erro, o dolo, a corrupção e a coação deterioram o assentimento do Estado*⁶.

Por sua característica de personalidade internacional, a Santa Sé goza do privilégio da soberania de Estado e, por isso, mantém relações diplomáticas com países e organizações internacionais, incluindo o Brasil, cujas relações foram regulamentadas pelo Acordo Brasil-Santa Sé.

INCIDÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO NO BRASIL – ACORDO BRASIL-SANTA SÉ

Sobre o Acordo relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, pode-se dizer que figura o reconhecimento nacional do Direito Canônico advindo da entidade soberana que é a Santa Sé, cujos efeitos jurídicos são reconhecidos, válidos e eficazes, também em território nacional brasileiro, ou seja, a partir da oficialização do Acordo, o Brasil passou a reconhecer o ordenamento jurídico da Igreja Católica aos seus jurisdicionados presentes em território nacional, bem como os atos administrativos por ele regulados.

Para melhor esclarecimento sobre a relevância de um Acordo diplomático, faz-se necessária a análise da afirmação de Luís Araújo, citado pelo Prof. Dr. Sidney Guerra, sobre o conceito de Direito Internacional Público:

Para Araújo, o Direito Internacional Público pode ser definido como um conjunto de regras jurídicas – consuetudinárias e convencionais – que determinam os direitos e os deveres, na órbita internacional, dos Estados, dos indivíduos e das instituições que obtiveram personalidade por acordo entre os Estados. Do exposto deflui que as normas determinantes dos direitos e deveres, no âmbito internacional, dos sujeitos do Direito das Gentes são de obrigatoriedade observância e procedem em assento tácito (costume) e expresse (tratados) dos estados.⁷

O reconhecimento oficial da Igreja Católica no Brasil já era esperado desde os tempos da Proclamação da República, quando ocorreram fortes mudanças nas relações entre a Igreja e o Estado, principalmente pela consagração da liberdade de culto, extinção do padroado e reconhecimento da

⁶ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 59.

⁷ GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Público**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2007, p. 26.

personalidade jurídica das igrejas e confissões religiosas em território nacional, dentre outros marcos significativos para as religiões, decretados pelo Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, a partir de 1890.

O Acordo firmado entre a República Federativa do Brasil e a Sé Apostólica é fundamentado na norma internacional que, tendo sido recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, passou a constar como Decreto Federal (n. 7.107/10) e, portanto, possuir caráter nacional de Lei Ordinária.

Inobstante, paira no ar a indagação sobre a força jurídica da Igreja Católica e seu conseqüente reconhecimento como sujeito de direito internacional. Contudo, segundo o esclarecimento do Prof. Dr. Sidney Guerra, com o advento do Tratado de Latrão (1929),⁸ essa questão ficou resolvida, uma vez que se reconheceu, formal, “definitiva e irrevogavelmente”, a questão jurídica internacional da Santa Sé.⁹

Para melhor esclarecimento sobre a aceitação nacional de um Direito internacionalmente consagrado, faz-se necessário o entendimento sobre as fontes do Direito que, segundo Miguel Lopes (1953), podem ser entendidas de duas formas: no sentido dogmático, onde os sistemas de fato dão a razão de ser ao direito; ou, pelo próprio uso da expressão “fontes”, pode significar os órgãos sociais de onde derivam os direitos.

Embora não tenha havido qualquer mudança radical no reconhecimento da situação jurídica da Igreja Católica no Brasil, o Acordo sistematiza, em um único instrumento jurídico, a legislação canônica e suas implicações em âmbito nacional, acrescidos os preceitos jurisprudenciais e doutrinários.

O Acordo entre o Brasil e a Sé Apostólica possui, ainda, o caráter de reconhecimento do poder de legislar do qual dispõe a Igreja Católica, que não

⁸ Art. 12: A Itália reconhece à Santa Sé o direito de representação diplomática, ativo e passivo, segundo as regras gerais do direito internacional.

⁹ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 21.

se limita ao território do Vaticano, até porque, este distingue-se da Santa Sé, conforma a citação a seguir:

[...] deve-se registrar que a Santa Sé distingue-se do Vaticano (do Estado da Cidade do Vaticano). Este é um instrumento para a independência da Santa Sé que, por sua vez, tem uma natureza e identidade própria *sui generis*, enquanto representação do governo central da Igreja.

O sujeito de direito internacional é, portanto, a Santa Sé sendo esta responsável pela celebração de vários tratados internacionais, que são denominados de concordatas.

Evidencia-se, pois, que os Estados-nação mantêm relações internacionais com a Santa Sé e não com o Vaticano, que é um território sobre o qual a Santa Sé tem o exercício de sua soberania.¹⁰

Segundo o entendimento da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, promulgado no Brasil como Decreto nº 7. 030, de 14 de dezembro de 2009, quanto à regra geral de interpretação de Tratados, deve-se respeitar e considerar o que está previsto no preâmbulo e em seus anexos para uma reta e profícua interpretação do texto.¹¹ Assim, observado o preâmbulo do Decreto nº 7. 107/2010 (Acordo Brasil-Santa Sé), constata-se o reconhecimento do Brasil em sendo a Santa Sé, suprema autoridade da Igreja Católica, regida pelo Direito Canônico.

Ressalte-se que a assinatura de um Acordo não compete, exclusivamente, ao Presidente da República, mas, faz-se em concordância com o entendimento do Congresso Nacional, como esclarece a Magna Carta de 1988, no artigo 49, I,¹² e descrito no segundo artigo do Decreto nº 7. 107, de 11 de fevereiro de 2010¹³.

Outro fato importante do Acordo Brasil-Santa Sé consiste na fundamentação dos atos legislativos e jurídicos de ambos os Estados, uma vez

¹⁰ *Ibidem*, p. 22.

¹¹ Art. 31. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos.

¹² Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

¹³ Art. 2º. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Acordo, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

que, no preâmbulo do citado Acordo é perceptível a equiparação, sem prejuízos, entre o Direito brasileiro e o Direito da Igreja Católica, guardadas as devidas proporções e a primazia da Constituição Federal Brasileira (1988).

Ademais, merece destaque o disposto no artigo 3º do Acordo Brasil-Santa Sé, quando é reconhecida a *“personalidade jurídica da Igreja Católica e de todas as Instituições Eclesiásticas que possuem tal personalidade em conformidade com o Direito Canônico”*. O que garante que as leis canônicas gerem efeitos no Brasil, como é o caso, por exemplo, do artigo 12 do referido Acordo, que dispõe sobre a celebração de casamento em conformidade com as leis canônicas, capaz de produzir efeitos civis, dados os devidos registros.

Nesse sentido, tem relevância, ainda, o parágrafo 1º do artigo 12 do Acordo Brasil-Santa Sé, que estabelece a possibilidade de homologação no Brasil de sentenças eclesiais em matéria matrimonial, reconhecendo-se e executando-se uma sentença estrangeira nos termos da legislação vigente, o que implica, diretamente, no reconhecimento da eficácia do Direito Canônico e seu caráter jurídico em território nacional.

O que fundamenta todo o texto do Acordo firmado entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé é o bem integral da pessoa humana. Através do cuidado e valorização da dignidade da pessoa é que se faz possível garantir todos os demais princípios constitucionais e internacionais para o bem e a promoção da vida e da boa convivência, visto que o ser humano é um ser gregário por natureza e, por conseguinte, vive na companhia dos demais seres de sua espécie.

É válido lembrar que o direito internacional não reconhecia a condição da pessoa como sujeito de direito desde sempre, mas, somente as condições dos Estados. Essa visão será ampliada a partir do pós-guerra, com os direitos da pessoa humana, e do influxo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948: *“no pós-guerra a pessoa humana passou a ser foco da*

*atenção internacional e a dignidade humana estabeleceu-se, até certo ponto, como princípio universal e absoluto.*¹⁴

Nesse diapasão, toma-se por base do Acordo Brasil-Santa Sé a liberdade religiosa e as responsabilidades e garantias que dela provém, ressaltando-se o papel intransponível do Estado na garantia e manutenção deste direito. O incentivo e promoção para o diálogo e a relação que deve haver entre o Estado e a Igreja concernente ao bem da pessoa e da sociedade.

Deus dividiu, pois, o governo do gênero humano entre dois poderes: o poder eclesiástico e o poder civil; àquele preposto às coisas divinas, este às coisas humanas. Cada uma delas no seu gênero é soberana; cada uma está encerrada em limites perfeitamente determinados, e traçados em conformidade com a sua natureza e com o seu fim especial. Há, pois, como que uma esfera circunscrita em que cada uma exerce a sua ação “*iure próprio*”. Todavia, exercendo-se a autoridade delas sobre os mesmos súditos, pode suceder que uma só e mesma coisa, posto que a título diferente, mas, no entanto, uma só e mesma coisa, incida na jurisdição e no juízo de um e de outro poder. Era, pois, digno da Sábia Providência de Deus, que as estabeleceu ambas, traçar-lhes a sua trilha e a sua relação entre si. “Os poderes que existem foram dispostos por Deus” (*Rom 13, 1*). Se assim não fora, muitas vezes nasceriam causas de funestas contenções e conflitos e muitas vezes o homem deveria hesitar, perplexo, como em face de um duplo caminho, sem saber o que fazer, em conseqüências das ordens contrárias de dois poderes cujo jugo em consciência ele não pode sacudir.¹⁵

Segundo o entendimento do Sumo Pontífice Leão XIII, deve-se enfatizar a soberania e independência dos poderes civil e eclesiástico, cada qual a cuidar do conteúdo e finalidade que lhe compete. Contudo, no caso daqueles que estão sob orientação das duas competências, deve-se levar em consideração as relações entre as normas, uma vez que ambos os poderes derivam de Deus.

Fica cristalina a autonomia, independência e soberania da República Federativa do Brasil e da Igreja Católica Apostólica Romana, que, ao acordarem entre si, não perdem ou reduzem o caráter de Estados soberanos

¹⁴ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 417.

¹⁵ SANTA SÉ. Leão XIII, PAPA. **Carta Encíclica *Immortale Dei***. Vaticano, 1885, não paginado. Disponível em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_01111885_immortale-dei.html. Acesso em: 13 out. 2022.

que possuem, mas, expressam o desejo de mútua cooperação para a construção e desenvolvimento de uma sociedade justa, pacífica e fraterna, além da corresponsabilidade a serviço da sociedade e do bem integral da pessoa humana.

O Acordo vem a ser, ao mesmo tempo, a expressão de um encontro de duas instituições com identidades próprias, em profícua colaboração na busca do ideal comum de promover o respeito à dignidade da pessoa humana, como valor básico e seguro para o desenvolvimento integral da pessoa e para a convivência civil. Tudo isso com a finalidade de tornar as ações da Igreja e do Estado mutuamente solidárias e complementares.¹⁶

Através da oficialização da presença da Igreja Católica no Brasil, bem como da missão que a ela compete, o Acordo Brasil-Santa Sé faz com que seja reconhecida a missão da Igreja Católica em solo nacional brasileiro e garante o livre exercício e manifestação para suas atividades, guardados os devidos cuidados e o respeito à ordem legal do país, o que evoca cooperação e respeito, além de expressivos diálogos entre os concordes e aqueles que estão sob sua orientação.

DA LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

Reflete-se, nesse item, a indagação se o Acordo Brasil-Santa Sé fere o princípio de constitucional da laicidade do Estado brasileiro, tendo em vista que o Estado não impõe nenhuma confissão religiosa aos seus cidadãos e a própria Constituição Federal vigente não adota religião oficial no País, tampouco, proíbe o direito de não acreditar em dogmas religiosos.

Ainda que a Carta Magna de 1988 expresse a liberdade religiosa e a laicidade do Estado, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes¹⁷ explica que as Constituições Federais passaram por muitas modificações até que se consolidassem afirmações acerca do tema. Na Constituição de 1824, por exemplo, embora se considerasse a liberdade de crença, restringia-se a liberdade de culto. Por outro lado, a Constituição de

¹⁶ BALDISSERI, Lorenzo. **Diplomacia Pontifícia: Acordo Brasil-Santa Sé: intervenções**. São Paulo: LTr, 2011, p. 86.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

1891, consagrou a liberdade de crença e de culto, inaugurando um novo seguimento para as demais Constituições.

Aclara-se que o Acordo Brasil-Santa Sé não fere a Constituição Brasileira ou o conceito de Estado laico, uma vez que sua finalidade principal consiste em congregar em um único instrumento legal o que já está disposto na Constituição Federal Brasileira e em seu derivado arcabouço legal, bem como o que está consagrado pelo consuetudo.

Sobre Estado laico compreende-se aquele que, não assumindo religião oficial, valoriza, respeita e coopera com as formas de expressões religiosas presentes em seu território, o que não é sinônimo de ateísmo ou aversão à religião, pois, embora não haja religião oficial no Brasil, a sociedade brasileira possui liberdade para escolher seguir ou não um preceito religioso, mantendo-se, portanto, a neutralidade do Estado no tocante à escolha religiosa de cada cidadão e a promoção dos meios precisos para que os crentes sejam amparados em sua confessionalidade.

Citando Paulo Gustavo G. Branco que escreveu conjuntamente com o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, o Cardeal Lorenzo Baldisseri expõe que *“a laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé”* e, acrescenta ainda, que *“o fato de o Estado ser leigo ‘não impede a colaboração com as confissões religiosas para o interesse público’.”*¹⁸

Inobstante, o Papa São João Paulo II aprovou, no ano de 2002, a Nota Doutrinal sobre algumas questões relativas à participação e comportamento dos católicos na vida política, assinada pelo Prefeito da Congregação para a Doutrina da Fé, à época Cardeal Joseph Ratzinger, na qual encontra-se uma reflexão sobre a confissão de laicidade por parte de alguns Estados.

Segundo o Cardeal Joseph Ratzinger, falecido como Sumo Pontífice emérito Bento XVI, a promoção do bem comum, princípio fundamental da verdadeira política que visa o bem da sociedade, nada tem a ver com

¹⁸ BALDISSERI, Lorenzo. **Diplomacia Pontifícia: Acordo Brasil-Santa Sé: intervenções.** São Paulo: LTr, 2011, p. 93.

“*confessionalismo*” ou intolerância religiosa, mas, é um valor adquirido reconhecido pela Igreja desde que não fira a doutrina moral.

Além do mais, a preocupação sobre os perigos advindos da má interpretação de religião e política, com seus respectivos ensinamentos e características próprias, permeou alguns discursos do Papa São João Paulo II, como a mensagem para o XXIV Dia Mundial da Paz, no primeiro dia do ano 1991, sob o título: “Se queres a paz, respeita a consciência de cada homem”, onde o Sumo Pontífice expressa como delicadas as situações, em que uma norma especificamente religiosa se torna, ou tende a tornar-se, lei do Estado, sem que se tenha na devida conta a distinção entre as competências da religião e da sociedade política.

Percebe-se, assim, a necessidade da aplicabilidade do ordenamento jurídico católico em âmbito nacional brasileiro compilado em um único instrumento, com a intenção de expor a delimitação do poder estatal e religioso e a correspondência entre eles, a fim de manter a ordem e garantir os direitos constitucionais dos cristãos e não cristãos brasileiros.

Esse entendimento concorda com a definição de Tratado apresentada por Jules Basdevant, abordada pelo Prof. Dr. Sidney Guerra, como um “*termo genérico que pode servir para designar um acordo entre dois ou mais Estados para regular um assunto, determinar seus direitos e obrigações, assim como as regras de conduta que devem seguir*”.¹⁹

Além da definição, Guerra expõe como condição para um Acordo internacional válido entre Estados, que a celebração do ato contemple a manifestação de vontade dos envolvidos, tomando por base os entendimentos da Convenção de Viena:

Ora, se o texto da Convenção de Viena sobre direito de tratados faz menção a um “acordo internacional” é obvio que as partes envolvidas precisam negociar previamente os termos do tratado que se pretende alcançar.

¹⁹ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, 53.

Não se trata, portanto, de um ato unilateral em que basta a manifestação da vontade de apenas uma das partes para que haja produção de efeitos jurídicos na órbita jurídica internacional.²⁰

Assim, ao celebrar o Acordo Brasil-Santa Sé, ambos os envolvidos manifestam as suas vontades e prezam pelos direitos e deveres próprios dos Estados e, conseqüentemente, daqueles que estão sob seus cuidados. Daí se entende que a assinatura do citado Acordo não fere o princípio constitucional da laicidade do Estado brasileiro, uma vez que não se impõe nem se priva nenhuma estrutura religiosa divergente da Igreja Católica, tampouco a assume como religião obrigatória dos brasileiros, mas, somente manifesta a vontade pelo diálogo profícuo entre os Estados acordantes.

Ademais, através da unicidade do Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, respeita-se e valoriza-se o princípio da liberdade religiosa como direito inalienável, combatendo, inclusive, o laicismo exacerbado de outros lugares do mundo, onde, em nome de um jactancioso respeito à consciência, impede-se a profissão pública de fé, pois, segundo o Papa São João Paulo II: *“mesmo no caso de um Estado atribuir uma posição jurídica especial a determinada religião, é obrigatório reconhecer legalmente e respeitar efetivamente o direito de liberdade de consciência a todos os cidadãos”*.²¹

É notório que a função do Estado referente à religião não é de substituição ou exclusão do direito intransponível de escolha segundo a própria consciência, tampouco suprimir o espaço religioso singular ou comunitário, pois, a liberdade religiosa está intrinsecamente unida à noção de autonomia da pessoa. Assim sendo, ainda sobre a interferência do Estado na religião, esclarece o Papa São João Paulo II:

O Estado não pode reivindicar uma competência, direta ou indireta, quanto às convicções religiosas das pessoas. Ele não pode arrogar-se o direito de impor ou de impedir a profissão e a prática em público da religião de uma pessoa ou de uma comunidade. Neste domínio, é dever das Autoridades civis garantir que os direitos das pessoas

²⁰ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 53-54.

²¹ SANTA SÉ. João Paulo II, PAPA. **Mensagem de Sua Santidade João Paulo II para a Celebração do XXI Dia Mundial da Paz**. Vaticano, 1988, não paginado. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19871208_xxi-world-day-for-peace.html. Acesso em: 19 out. 2022.

singulares e das comunidades sejam igualmente respeitados e salvaguardar, ao mesmo tempo, a justa ordem pública.²²

Quando indagado sobre a constitucionalidade do Acordo Brasil-Santa Sé, dado o caráter laico do Estado brasileiro, o relator do projeto, à época Deputado Federal Bonifácio de Andrada, esclareceu que o Acordo não fere a Constituição Federal e é benéfico às demais religiões presentes no Brasil:

Constitui uma porta aberta para acontecer no Brasil o que ocorre na Espanha, na Itália, na Alemanha e em Portugal, isto é, outros acordos dessa natureza envolvendo diversos credos religiosos e reiterando, assim, o princípio de que, embora laico, o Estado há de proteger a vontade fundamental do cidadão de ter a sua fé e a sua crença.²³

Em consonância com a afirmação do Deputado Bonifácio de Andrada, está o pronunciamento do então Senador Fernando Collor (2009, *não paginado*), que esclareceu que o Acordo não é privilégio católico, afirmando o caráter universal e abrangente da Santa Sé em suas atividades diplomáticas, inclusive com o Estado brasileiro, tal como ocorreu através dos acordos firmados pela Santa Sé com estados confessionais como Marrocos (1984), Israel (1993), Tunísia (1997) e Cazaquistão (1998).

É válido ressaltar que o mesmo Senador deixou seu entendimento sobre a distinção entre laicidade e laicismo, onde, para ele, laicidade refere-se ao Estado que expressa a sua independência e imparcialidade diante das religiões, sem adotar uma específica como oficial do Estado, e, laicismo é a negativa de valor do fenômeno religioso e tende a rechaçar as manifestações públicas das confissões religiosas.

A Santa Sé, enquanto órgão diplomático, celebrou, ainda, tratados com países da Europa ocidental, como as concordatas com Portugal, França, Itália, Áustria, Alemanha, bem como aqueles do Leste Europeu: Polônia (1993), Croácia (1998), Lituânia (2000), Eslováquia (2000) e Albânia (2002), além dos estabelecidos com a América Latina: Argentina (1966), El Salvador (1978), Peru (1980) e Colômbia (1985).

²² *Ibidem*

²³ ANDRADA, Bonifácio de. **O Congresso deve ratificar o acordo assinado entre o governo brasileiro e o Vaticano?** São Paulo, 2009, não paginado. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1508200909.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

À luz das informações acerca dos Tratados firmados entre a Sé Apostólica e os diversos países do mundo, entende-se que é próprio do órgão institucional católico estabelecer normas de caráter doutrinário, moral e jurídico, por possuir relações diplomáticas com os países e exercer a função de observador na Organização das Nações Unidas.

Para iluminar os esclarecimentos sobre a laicidade do Estado, cita-se, brevemente, o discurso feito pelo Presidente francês Nicolas Sarkozy ao Papa Bento XVI, apresentado pelo Cardeal Baldisseri:

A laicidade não poderia ser a negação do passado. A laicidade não tem o poder de cortar a França das suas raízes cristãs. Ela tentou fazê-lo. E não deveria tê-lo feito. Assim como Bento XVI, eu acho que uma nação que ignore a herança ética, espiritual e religiosa da sua história comete um crime contra sua cultura [...] que impregna tão profundamente nossa maneira de viver e pensar. Arrancar a raiz é perder o significado, é enfraquecer o fundamento da identidade nacional, é tornar ainda mais ásperas as relações sociais, que tanta necessidade têm de símbolos de memória. [...] É por isso que desejo o advento de uma laicidade positiva, ou seja, uma laicidade que, preservando a liberdade de pensamento, a de crer ou não crer, não veja as religiões como um perigo, mas, pelo contrário, como um trunfo. [...] Trata-se de procurar o diálogo com as grandes religiões e ter por princípio facilitar a vida quotidiana das grandes correntes espirituais, ao invés de procurar complicá-las.²⁴

A peça que apresenta o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, dando amparo aos direitos imanentes ao desenvolvimento da missão da Igreja Católica no país, não busca ferir o preceito constitucional da laicidade do Estado brasileiro, mas, fundamentada no último cânon do Código de Direito Canônico²⁵, estabelecer a colaboração entre os Estados soberanos na busca pelo bem comum e respeito à dignidade da pessoa humana, proporcionar o encontro com Jesus Cristo, que veio para salvar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que ensejou a peça ora apresentada, foi a comemoração do décimo quinto ano em que fora assinado um documento com força de Lei Ordinária

²⁴ BALDISSERI, Lorenzo. **Diplomacia Pontifícia: Acordo Brasil-Santa Sé: intervenções**. São Paulo: LTr, 2011, p. 95.

²⁵ Cân. 1752. Nas causas de transferência, aplique-se as prescrições do cân. 1747, respeitando-se a equidade canônica e tendo diante dos olhos a salvação das almas que, na Igreja, deve ser sempre a lei suprema.

nacional, cujos envolvidos são dois Estados soberanos, devidamente reconhecidos pela comunidade internacional: o Estado do Brasil e a Santa Sé.

Diante da possível indagação sobre a necessidade da assinatura de um Tratado entre uma República Federativa do Brasil e a Igreja Católica Apostólica Romana, faz-se mister a abertura ao diálogo e a compreensão de que a Igreja Católica, embora seja uma religião mundialmente reconhecida, não se limita, somente, a função religiosa e doutrinária, mas, também, possui um caráter histórico de pessoa jurídica com poderes efetivos em âmbito nacional e internacional, por sua soberania enquanto Estado da Cidade do Vaticano, que deve reger a vida dos católicos apostólicos romanos presentes nas diversas partes do mundo.

Dada a assinatura do Acordo, a República Federativa do Brasil, seguindo o modelo de outros países que ao longo da história firmaram compromissos com a Sé Apostólica, reconhece os efeitos jurídicos estabelecidos pela Santa Sé e se vale deles em nível nacional, fortalecendo o diálogo e a livre manifestação e expressão religiosa em solo brasileiro, sem, com isso, proclamar a Igreja Católica como única expressão religiosa nacional, tampouco ferir o seu compromisso com as demais entidades religiosas presentes na esfera nacional.

Destarte, é nítido o compromisso que a Igreja Católica Apostólica Romana tem com a sociedade em geral, independente de credo, raça ou condição, a Igreja desenvolve o seu papel ético, moral, doutrinário e social, nas mais diferentes frentes de trabalho e evangelização da sociedade. De igual modo, é o que deseja realizar a mesma Igreja Católica Apostólica Romana no território nacional brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADA, Bonifácio de. **O Congresso deve ratificar o acordo assinado entre o governo brasileiro e o Vaticano?** São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1508200909.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

BALDISSERI, Lorenzo. **Diplomacia Pontifícia: Acordo Brasil-Santa Sé: intervenções**. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Código Civil do Brasil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Decreto Nº 7. 030, de 14 de dezembro de 2009**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2009/decreto-7030-14-dezembro-2009-597745-publicacaooriginal-120532-pe.html>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Decreto Nº 7. 107, de 11 de fevereiro de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Fernando Collor, SENADOR. **Acordo Brasil-Santa Sé**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/243036>. Acesso em: 19 out. 2022.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Público**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2007.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Liv. Freitas Bastos S.A., 1953.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

SANTA SÉ. **Código de Direito Canônico**. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Ed. Loyola., 2002.

SANTA SÉ. João Paulo II, PAPA. **Constituição Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges, de Promulgação do Código de Direito Canônico*** in Código de Direito Canônico. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Ed. Loyola., 2002.

SANTA SÉ. João Paulo II, PAPA. **Mensagem de Sua Santidade João Paulo II para a celebração do XXIV Dia Mundial da Paz**. Vaticano, 1990. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_08121990_xxiv-world-day-for-peace.html. Acesso em: 19 out. 2022.

SANTA SÉ. João Paulo II, PAPA. **Mensagem de Sua Santidade João Paulo II para a Celebração do XXI Dia Mundial da Paz**. Vaticano, 1988. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19871208_xxi-world-day-for-peace.html. Acesso em: 19 out. 2022.

SANTA SÉ. Leão XIII, PAPA. **Carta Encíclica *Immortale Dei***. Vaticano, 1885. Disponível em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_01111885_immortale-dei.html. Acesso em: 13 out. 2022.

SANTA SÉ. Congregação para a Doutrina da Fé. **Nota Doutrinal sobre algumas questões relativas à participação e comportamento dos católicos na vida política**. Roma: 2002. Disponível em:

https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20021124_politica_po.html#_ftn24. Acesso em: 19 out. 2022.

SANTA SÉ. Paulo VI, PAPA. **Constituição Dogmática *Lumen Gentium*** in Compêndio Vaticano II. 31ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1964.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. **Breve panorama sobre o Acordo Brasil-Santa Sé.** Lex Humana, ISSN 2175-0947, Petrópolis, V. 11, n. 2, p. 37-54, 2019. Disponível em: <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/1842>. Acesso em: 18 out. 2022.

KLAUSNER, Eduardo Antônio; ROSA, Pedro Paulo de Carvalho. **Sobre a natureza do Direito Canônico.** Lex Humana, ISSN 2175-0947, Petrópolis, v. 10, n. 1, p. 40-62, 2018. Disponível em: <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/1578>. Acesso em: 13 out. 2022.

OS PROBLEMAS ATUAIS DE ACESSO À JUSTIÇA E A CONCILIAÇÃO COMO SOLUÇÃO: O EXEMPLO DO PROCON-MA

CURRENT PROBLEMS OF ACCESS TO JUSTICE AND CONCILIATION AS A SOLUTION: THE EXAMPLE OF PROCON-MA

Maria Graziela Correa Reis*
Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela*

RESUMO

O presente artigo científico tem como tema o acesso à justiça, de recorrente debate no meio jurídico. Por isso, o artigo traz a revisão bibliográfica de sua literatura mais clássica, a fim de relacioná-la aos impedimentos mais atuais desse acesso. Trata também dos meios alternativos de resolução de conflitos como opções de ampliação desse direito, tocando em temas como não judicialização de demandas. Com a justificativa de ser o direito do consumidor algo inerente ao cotidiano das pessoas, por fim, trata de como o Instituto de Defesa do Consumidor (PROCON) do Maranhão tem lidado com as demandas consumeristas utilizando como instrumento a conciliação.

Palavras-chave: acesso à justiça; meios alternativos de resolução de conflitos; PROCON.

ABSTRACT

The subject of this scientific article is access to justice, a recurrent debate in the legal environment. Therefore, this article reviews the bibliography of the most classic literature about the theme aiming to relate it to the current impediments to such access. It also discusses about alternative means of conflict resolution as options to expand this right, talking about issues such as non-judicialization of demands. Under the justification of being the consumer law something inherent in people's daily lives, finally, it addresses how the Consumer Defense Institute (PROCON) of Maranhão has been dealing with the consumerist demands using conciliation as an instrument.

Keywords: access to justice; alternative means of conflict resolution; PROCON.

* Universidade Federal do Maranhão – UFMA. E-mail: mgrazielar@gmail.com

* Universidade Federal do Maranhão – UFMA. E-mail: ruan.didier@ufma.com

INTRODUÇÃO

Tendo em vista os problemas atualmente enfrentados pelo judiciário na resolução de demandas, como a inefetividade e a mora, buscam-se outros meios de solução desses litígios, tais como a sua não judicialização e a utilização dos meios alternativos, dentro ou fora do processo judicial.

Sendo os problemas consumeristas os mais comuns no cotidiano das pessoas, que consomem bens e serviços durante toda a vida, há de se pensar em como resolvê-los de forma mais prática, rápida e eficiente do que tem se mostrado a judicialização.

Nesse sentido, o artigo busca discutir como resolver estas situações ao contextualizar as dificuldades do acesso à justiça no Brasil, com foco na cidade de São Luís. Apresenta os meios alternativos, dando destaque à conciliação como forma de desenvolver este princípio constitucional, e por fim, analisa seu uso prático nas relações consumeristas intermediadas pelo PROCON-MA.

Tais assuntos são de enorme importância atualmente, o que fica evidente pelo incentivo do uso da conciliação no Código de Processo Civil e outros diplomas, bem como pela difusão dos institutos em prol da defesa do consumidor e do acesso à justiça, que felizmente tem saído do âmbito exclusivo do judiciário.

Para tais análises, serve-se de revisão bibliográfica em conjunto com os métodos indutivo e dialético de pesquisa, a fim de contribuir com o estudo dos temas apresentados que são perceptivelmente o futuro do meio jurídico.

APORTES PARA PENSAR O ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

No rol dos direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988, tem-se o acesso à justiça ou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em

seu artigo 5º, inciso XXXV, que dita que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³.

Tal conceito evoca limites objetivos, ou seja, que o exame jurisdicional não pode ser afastado quando há lesão ou ameaça a um direito. Porém, subjetivamente, trata da legitimidade para alcançar tal acesso, em uma interpretação ampla de um sistema jurídico que preze pela efetivação, adequação e tempestividade além das meras formalidades judiciais⁴.

Bem como outros artigos da Carta Magna, sabe-se que, passados mais de trinta anos desde o início de sua vigência, este é um direito fundamental ainda longe de ser plenamente alcançado, apesar dos avanços sociais e, por consequência, dos avanços na legislação que ocorreram desde então.

Coincidentemente, a primeira publicação da principal obra que trata do tema ocorreu no mesmo ano da promulgação da Constituição Cidadã: o livro “Acesso à Justiça”, dos autores Cappelletti e Garth⁵, no qual afirmam que o acesso à justiça é “o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos”. De maneira prática, definem como sistema no qual se pode “reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Todavia, é facilmente perceptível na sociedade brasileira que o aspecto relacionado ao Estado possui demasiadas falhas, como deixa claro Lyra Filho⁶, em seu livro “O que é Direito”:

A lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

⁴ BERNARDES, Livia Heringer Pervidor; CARNEIRO, Yandria Gaudio. As ondas de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transacional à justiça. In: CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL. 3. **Anais [...]**. Vitória: UFES, 2018. p. 195-206.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 5.

⁶ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 3.

proprietários dos meios de produção. Embora as leis apresentem contradições, que não nos permitem rejeitá-las sem exame, como pura expressão dos interesses daquela classe, também não se pode afirmar, ingênua ou manhosamente, que toda legislação seja Direito autêntico, legítimo e indiscutível. Nesta última alternativa, nós nos deixaríamos embulhar nos “pacotes” legislativos, ditados pela simples conveniência do poder em exercício. A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido.

Nesse sentido, há o entendimento do Direito como instrumento de uma sociedade e também reflexo desta – o que não necessariamente significa que reflete todos aqueles indivíduos nela inseridos de forma igualitária.

De volta à obra de Capelletti e Garth⁷, os autores explicam essa questão desde sua origem nos séculos XVIII e XIX, época onde o poder predominante sobre o Estado era da burguesia – grupo esse bem conhecido como abastado – e eram essas pessoas que detinham acesso à justiça estatal. Enquanto isso, os pobres eram esquecidos; não se pode dizer que completamente ignorados pois, como explicam os autores, “aqueles que não pudessem [acessar a justiça] [...] eram condenados responsáveis por sua sorte o acesso formal, mas não efetivo da justiça, [...] à igualdade, apenas formal, não material”.

A partir daí, os autores passam a destacar que esta segue sendo uma realidade ignorada inclusive pelos estudos jurídicos que são meramente formalistas, dogmáticos e “indiferentes aos problemas reais do foro cível”⁸.

Como esses problemas reais, numera-se (1) a diferença de riquezas que se traduz em diferenças entre os litigantes, onde estes têm condições ou não de arcar com as custas judiciais, (2) a morosidade do sistema judiciário diante de questões que, para as partes envolvidas, podem ser de extrema urgência, (3) a maior dificuldade na resolução de problemas difusos e (4) o que os autores chamam de “possibilidades das partes”, ou seja, aquela parte que reúne um conjunto maior de condições que facilitam seu acesso à justiça, como

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit..

⁸ Idem.

recursos financeiros, a aptidão para reconhecer o seu direito e propor a sua ação, a litigância habitual⁹.

Assim, os referidos autores concluem, preliminarmente, que as maiores dificuldades em acessar à justiça pertencem àqueles com pequenas causas e de autoria individual, com destaque para os que não possuem grandes condições financeiras.

Passam a tratar então de soluções práticas como a assistência judiciária gratuita, a representação dos interesses difusos, entre outros, inclusive apresentam possíveis reformas ao modelo judicial até chegarem à tratativa dos meios alternativos de resolução de conflitos, onde citam a conciliação, que será tratada mais adiante. Essas soluções propostas ficaram conhecidas como as “Ondas” para efetivação do acesso à justiça¹⁰.

Quando se fala do sistema jurídico brasileiro, este tenta contornar seus defeitos de acesso à justiça de várias maneiras distintas. Dentre elas, Castro¹¹ indica que:

[...] a jurisdição estatal tem sofrido flexibilizações a partir, principalmente, do advento do Código de Processo Civil de 2015, que incorpora ao ordenamento jurídico a noção do processo cooperativo, retomando a questão da instrumentalidade do processo, visando sobretudo a garantia do acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa.

Relacionando o Código de Processo Civil de 2015 aos problemas anteriormente enumerados por Cappelletti e Garth¹², tem-se como exemplo de tentativa de superação do desequilíbrio econômico entre os litigantes o instituto da justiça gratuita, previsto em seu artigo 98, que traz em seu parágrafo primeiro a relação de tudo que é compreendido pela gratuidade, não sendo inclusa a isenção no caso de sua sucumbência (parágrafo 2º do mesmo artigo), medida que visa evitar o acionamento do judiciário despropositadamente.

⁹ Idem.

¹⁰ Ibidem, p. 12-27.

¹¹ CASTRO, Maíra Lopes de. **Teoria do agir comunicativo e método adequados de resolução de conflitos**: novos olhares sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 23.

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., p. 6-11.

O mesmo sistema é ainda mais falho em pensar alternativas para a questão da morosidade do judiciário, apesar das tentativas do Conselho Nacional de Justiça – CNJ em aferir as chamadas Taxas de Congestionamento e definir metas em cima delas, como priorizar o julgamento de ações coletivas e recursos repetitivos no plano de 2021¹³.

Entretanto, o pior obstáculo está no que Garth e Cappelletti¹⁴ chamaram de “possibilidade das partes”, principalmente na desinformação e também no distanciamento do poder judiciário da população a quem deveria atender.

O direito brasileiro reconhece em certos subsistemas jurídicos, como é o caso do Direito do Consumidor, objeto de estudo desta produção científica, a exemplo da vulnerabilidade de uma das partes diante da outra. Nesse caso, o consumidor é parte juridicamente hipossuficiente diante do fornecedor de bens ou serviços, já que se pode facilmente presumir que este último reúne o conjunto facilitador de acesso à justiça: os recursos financeiros, o conhecimento dos seus direitos – também na forma de assistência jurídica especializada direta ou indireta – e a litigância habitual. Enquanto que o consumidor, por sua vez, pode reunir poucos desses fatores ou até mesmo nenhum deles.

Em contrapartida, esse reconhecimento da hipossuficiência em subsistemas limitados e isolados está longe de ser o suficiente para sanar o desequilíbrio entre as partes litigantes. Nesse sentido, Ramiro¹⁵ entende que a visão conservadora do Estado regido pela classe dominante “está pouco preocupada com aqueles [...] que se encontram à margem de direitos, muitas vezes, direitos básicos como, por exemplo, a educação”.

Como já citado pela revisão da doutrina clássica, a educação é problema relacionado ao acesso à justiça e origem de vários outros. Sabe-se que este é um elo frágil na sociedade brasileira de modo geral. Para questões de direito, isso é facilmente percebido no cotidiano da população, que não é

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas nacionais do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2021.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., p. 7-9.

¹⁵ RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Acesso à justiça: elementos para uma definição de justiça participativa. **Intertemas**, Presidente Prudente, v. 11, 2006. p. 50.

voltada a entender e questionar termos jurídicos básicos, aos quais os estudantes de direito se habituem em seus anos de curso.

Nos jornais, em casa, no trabalho e em outros ambientes, esses termos são debatidos sem aprofundamento algum. Afinal, o que alguém leigo entende por ser um precatório ou por que motivo certos encarcerados têm direito à saída temporária da prisão? Sem contar os juristas que insistem em usar frases em latim ou português rebuscado em suas petições, como que em uma insistência para que pessoas fora desse âmbito não compreendam do que se tratam suas peças – ou, por vezes, até mesmo os seus colegas profissionais da área. Assim, fica claro que a linguagem do direito é um forte aspecto de separação entre quem atua na área e quem, de fora, precisa acessá-lo.

Outra dificuldade de acesso está relacionada aos lugares. Exemplificando com o *corpus* da presente pesquisa, na cidade de São Luís do Maranhão está localizando um grande fórum reunindo diversas Varas, cíveis e penais. O que acontece, nesse caso, é que o lugar gera um desconforto e até uma sensação de confusão àqueles litigantes que não têm o hábito de estar ali, diferente dos advogados, juízes e servidores que lá atuam.

Essa sensação que dificulta o acesso ao local pode ser contornada com a difusão das Varas, como acontece com alguns Juizados Especiais, por exemplo, os conhecidos como JEC, na esfera cível, e JECRIM, na penal. Tais juizados, por tratarem de questões tidas como “menores” (até 40 salários mínimos e delitos de menor gravidade) e por sua tendência à aproximação com parcelas da sociedade com menor poder aquisitivo, representam bem este modelo.

Centros de conciliação, como os que funcionam no centro da cidade, também servem de exemplo de lugares onde litigantes, em geral, tendem a se sentir mais à vontade em comparação ao grande fórum. Além disso, o ambiente virtual tem crescido exponencialmente no meio jurídico, o que se justifica principalmente pela adaptação social à pandemia vivenciada e acabou por se tornar mais um meio de acessar à justiça de forma mais ágil e simplificada.

Pelo exposto, entende-se que a educação é peça central para o reconhecimento de direitos, a aptidão para propor uma ação ou resolução de demanda e, por fim, entender que o sistema jurídico é parte integrante da sociedade, e não um universo alheio a esta, como os problemas atuais citados podem fazer parecer. Diante disso, Ramiro¹⁶ frisa:

O acesso à justiça está ligado [...] à seara da boa instrução que deve ser dada ao povo para que este possa [...] conhecer suas leis, participar de movimentos sociais de maneira consciente, de debates a respeito de política e situações que o atingem diretamente, ou seja, para que o povo possa exercer a cidadania de maneira plena e participativa.

Assim, há que se pensar nessa diversidade de alternativas ao modelo jurídico clássico. Nessa perspectiva, os métodos de resolução de conflitos têm ganhado notoriedade e aperfeiçoamento, principalmente a partir do Código de Processo Civil de 2015.

APERFEIÇOAMENTO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A CONCILIAÇÃO E O PROCON

O atual Código de Processo Civil é, sem sombra de dúvidas, um importante marco para a utilização dos meios alternativos no ordenamento jurídico brasileiro. Além dele, destaca-se o tratamento do tema nos seguintes dispositivos: Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, responsável pela criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e também Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania; Lei 13.140/2015 que trata sobre a mediação e; a Lei dos Juizados Especiais, 9.099/1995, que cita por diversas vezes em seu corpo a conciliação como um de seus aspectos fundamentais.

Mesmo com esta tratativa mais recente, sabe-se que tais institutos remontam à antiguidade, como aludem Cappelletti e Garth¹⁷ sobre o juízo arbitral. Para além da arbitragem, os outros métodos alternativos de resolução de conflitos são mediação, negociação e conciliação, os quais podem parecer

¹⁶ Ibidem, p. 51.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., p. 30.

conceitos semelhantes em uma primeira rápida análise, porém têm suas diferenças bem delimitadas quando das suas utilizações.

Tais métodos alternativos podem ser provenientes ou não da tutela estatal. Cavalcanti¹⁸ explica que estes envolvem a participação de um terceiro em um conflito, o qual é “chamado para compor a lide e dar sua contribuição no sentido de ajudar os envolvidos a encontrar uma solução pacífica e que atenda às suas necessidades.”.

Ao destaque do instituto da conciliação, Gonçalves e Goulart¹⁹ explicam que o termo é proveniente do latim *conciliatio*, ou seja, ato ou efeito de conciliar ou ainda trazer harmonia entre os litigantes. Quanto à natureza da conciliação, esta é autocompositiva – dependente da manifestação de vontade das partes –, mesmo que o conciliador interfira diretamente no diálogo com sugestões para solução do litígio, ainda precisa da concordância entre as partes.

É esta atividade específica do conciliador o que diferencia, fundamentalmente, a conciliação dos demais métodos, pois, como explica Scavone Junior²⁰, a atuação do conciliador implica “na tentativa de obtenção da solução dos conflitos sugerindo a solução sem que possa, entretanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado.

Quanto à comparação com a atividade do mediador, por sua vez, este não deve sugerir, mas somente guiar as partes à uma solução acordada entre elas, o que também qualifica a mediação como um método de natureza autocompositiva.

Como explicitado anteriormente, a conciliação pode ocorrer judicial ou extrajudicialmente. Quanto à última, Cavalcanti²¹ aponta dentre seus benefícios: “o bem-estar e harmonia social, a celeridade na resolução de

¹⁸ CAVALCANTI, Aparecida Maria Batista dos Santos. **Conciliação judicial**: como forma de combater a morosidade do poder judiciário. Caruaru: FAVIP, 2011. p. 14.

¹⁹ GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Negociação, conciliação e mediação**: impactos da pandemia na cultura do consenso e na educação jurídica. 1.ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 17.

²⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 298.

²¹ CAVALCANTI, Aparecida Maria Batista dos Santos, op. cit., p. 20.

conflitos, um menor custo, a desobstrução do Poder Judiciário e manutenção do relacionamento entre as partes querelantes”.

Já em sua forma judicial, o Código de Processo Civil traz em seu artigo 3º, caput, o mesmo texto da Constituição Federal quanto ao acesso à justiça, complementado pelos parágrafos, onde em um deles se tem que: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”²².

Tal dispositivo é rico em significados e também no que se refere ao estímulo do uso dos meios alternativos de resolução de conflitos em escala amplificada, deixando claro que os que conhecemos hoje como esses meios não constituem rol taxativo.

Para certos assuntos judicializados, como no direito de família, a conciliação é parte fundamental do processo, precedente à audiência de instrução e julgamento na presença, e até mesmo a fazendo desnecessária em caso de acordo entre as partes. A prática também se torna mais comum e estimulada ao tratar de temáticas consumeristas.

A conciliação é responsável por perpassar diversos dos já citados problemas relacionados ao acesso à justiça, o que fica perceptível em seus princípios norteadores, também citados no artigo 166, do Código de Processo Civil: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”²³.

Mesmo com tantos benefícios apontados, ainda é perceptível uma certa resistência do meio jurídico brasileiro, quanto à sua utilização, seja por uma questão de apego às técnicas tradicionais, mesmo que estas demonstrem tantas falhas, seja por uma dificuldade de adequação ao que é novo. Essas dificuldades têm sido remediadas diante da crescente demanda que acompanha a eficiência dos meios alternativos.

²² BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 de abr. de 2023.

²³ Idem.

Nesse sentido, um ponto a destacar do artigo citado é o da independência, que pode ser um dos problemas de adequação relevantes aos advogados, por exemplo. Citando mais uma vez os Juizados Especiais, nos quais, na esfera cível, o reclamante não necessita da assistência de um advogado em caso de até 20 salários mínimos, essa característica pode parecer uma ameaça à advocacia, porém é algo pequeno se comparado ao fato de que essa mesma característica torna esses juizados muito mais acessíveis ao grande público que não costuma ser parte em processos de valores altos. Uma temática recorrente nesses ambientes é o direito do consumidor.

Desse modo, cabe tratar da não judicialização das causas consumeristas, sendo importante frisar outras alternativas responsáveis pela desobstrução do sistema judicial brasileiro, como é o caso da atuação dos Institutos de Promoção e Defesa do Cidadão e Consumidor, os conhecidos como PROCON.

Sabe-se que são vários os direitos que são inerentes ao dia-a-dia das pessoas, já que até mesmo o nascimento configura um ato jurídico. O que falar então de relações de consumo? São provavelmente os atos jurídicos mais comuns, presentes desde a compra da necessária alimentação, até a de bens mais dispendiosos. Todo mundo é consumidor em algum momento da vida, seja de forma direta ou indireta.

Também é comum que nessas relações surjam conflitos entre o interesse do fornecedor e daqueles que consomem o seu produto ou serviço, de forma que alguns deles vão chegar ao judiciário. Porém, a outra via está no caminho extrajudicial atrelado aos meios alternativos de resolução de conflitos, o que traz eficiência, celeridade e acessibilidade, como demonstrado pela experiência dos Institutos de Promoção e Defesa do Cidadão e Consumidor, que para delimitação do presente estudo, o foco é o PROCON do Maranhão.

O PROCON, entre outras funções, atua como mais um caminho a ser tomado para que haja o acesso pleno à justiça, sendo meio de aproximação entre as pessoas e seus direitos, sem necessariamente contar com a ação do judiciário, já que se trata de órgão administrativo extrajudicial.

Sua atuação na composição de conflitos entre consumidores e fornecedores de bens e serviços tem como norte o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que, como dito, trata o consumidor como parte hipossuficiente dentro da relação de consumo²⁴.

O Código de Defesa do Consumidor também encaixa nas finalidades do PROCON as funções de fiscalizador e parte legítima para propositura de ações coletivas. Ainda sobre o Instituto, Oliveira²⁵ destaca sua importância ao mencionar que este integra o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor “podendo ser de iniciativa estadual ou municipal e, [tem] entre suas finalidades, a conciliação das partes, podendo alcançar exitosa composição da lide por meio de procedimento administrativo”.

Para o autor, o Instituto se configura como “instância de instrução e julgamento do procedimento administrativo”²⁶, incluindo questões comuns ao processo judicial como a promoção e publicidade dos atos e decisões e os direitos ao contraditório e ampla defesa, demonstrando claramente como a conciliação em seu âmbito é vantajosa na dissolução dos conflitos consumeristas.

O procedimento de atendimento ao público no PROCON-MA acontece de maneira presencial e é interessante destacar que este costuma dividir espaço com outros serviços destinados aos cidadãos, como atendimento do DETRAN e emissão de documentos, entre outros.

Essa divisão do espaço é importante no sentido de ser benéfica ao acesso à justiça, que permite ao público resolver questões ou adquirir informações em um mesmo espaço, pensado para esse propósito.

Ademais, o atendimento pelo PROCON-MA é feito de maneira célere, com algumas das demandas mais simples sendo resolvidas quase que de forma imediata com o contato via telefone com a fornecedora de bens ou serviços. Se o caso for mais complicado, o contato é feito formalmente com

²⁴ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de defesa do consumidor. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

²⁵ OLIVEIRA, Lorena Vieira Curty; CABRAL, Hildeliza Boechat; VEGGI, Raquel; RIBEIRO, Adenauer Cabral. **O Papel do PROCON como órgão administrativo ex-trajudicial na composição de conflitos consumeristas.** 2018. p. 1502.

²⁶ Ibidem, p. 1.502-1.503.

envio de reclamação via e-mail ou correios, sendo estabelecido um prazo de resposta que também serve como prazo de retorno do consumidor para conhece-la. A partir daí, acontece a resolução do conflito ou há a possibilidade de ser marcada uma audiência de conciliação²⁷.

Dessa forma, percebe-se que a junção do PROCON com o meio alternativo de resolução de conflitos tende à facilidade processual administrativa, bem como evita a judicialização dessas questões, o que beneficia tanto o atribulado judiciário quanto o consumidor, que somente quer ter seu problema sanado de forma mais célere possível.

Para Curty²⁸, essa prerrogativa significa dizer que da conciliação “se mostra eficaz em relações esporádicas, delimitadas e recortadas em determinado espaço e tempo [...] como, por exemplo, nos conflitos que envolvem relações de consumo através dos PROCONs”.

Assim resta demonstrado a necessidade de busca de alternativas efetivas à judicialização, que ainda se demonstra um modelo clássico útil, porém não único, lembrando que alternativas extrajudiciais não se tratam de uma negação ao direito, como tendem a insistir alguns juristas; pelo contrário, são caminho para o pleno acesso ao direito, que é princípio fundamental constitucional.

A CONCILIAÇÃO COMO SOLUÇÃO: O EXEMPLO DO PROCON-MA

O mandamento constitucional que se encontra, assim como o princípio do acesso à justiça, no artigo 5º, desta vez no inciso XXXII: “O Estado promoverá a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988)²⁹ é norteador do

²⁷ WEISS, Vivian Faria. **Práticas de intervenção de terceiras-partes em audiências de conciliação do PROCON**. 2007. Dissertação (Mestrado em Linguística) – Programa de Pós-Graduação em Letras: Linguística, Faculdade de Letras, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/5477>. Acesso em: 20 abr. 2023. p. 45-46.

²⁸ OLIVEIRA, Lorena Vieira Curty; CABRAL, Hildeliza Boechat; VEGGI, Raquel; RIBEIRO, Adenauer Cabral, op. cit., p. 1.504.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

PROCON. A condensação de ambos os preceitos são pilares indispensáveis, sobre o que Santos e Nolasco³⁰ ditam:

[O órgão] deve ser sistematizado, fortalecido e amplamente difundido em todos os Municípios brasileiros, permitindo-se a aproximação do consumidor e fornecedores, como instrumento conciliador da sociedade, promovendo e garantido justa proteção e defesa de direitos da pessoa em suas relações consumeristas, de forma efetiva, rápida e resolutive, na esfera administrativa.

Quanto às atividades exercidas, têm-se sua delimitação no artigo 4º do Decreto 2.181/1997:

Art. 4º No âmbito de sua jurisdição e competência, caberá ao órgão estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, criado, na forma de lei, especificamente para este fim, exercitar as atividades contidas nos incisos II a XII do artigo 3º deste Decreto e, ainda:

I – planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, nas suas respectivas áreas de atuação;

II – dar atendimento aos consumidores, processando, regularmente, as suas reclamações fundamentais;

III – fiscalizar as relações de consumo;

IV- funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei no 8.078, de 1990, pela legislação complementar e por este Decreto;

V – elaborar e divulgar anualmente, no âmbito de sua competência, o cadastro de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, de que trata o artigo 44 da Lei no 8.078, de 1990, e remeter cópia ao DPDC; VI – desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades³¹.

Com esses direcionamentos em vista, é fácil notar que o PROCON-MA busca dar a fornecedores e consumidores a autonomia na resolução de seus conflitos, além de incentivar, ao dividir espaço com outros órgãos, outros serviços essenciais. É responsável também por difundir informações

³⁰ SANTOS, Anderson Marques; NOLASCO, Loreci Gottschalk. O PROCON como órgão conciliador e garantidor da cidadania. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**. v. 4. Brasília: 2016. p. 206.

³¹ BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

pertinentes, como foi o caso da nota informativa sobre bens e serviços na época de pandemia de COVID-19, por exemplo³².

As atividades do PROCON-MA são fortalecidas pela sua possibilidade de uso da conciliação. Todavia, antes disso, como explica Duarte Júnior³³ o rito é similar ao do processo civil comum com a formalização da demanda e até mesmo a “citação” da empresa ré para, querendo, manifestar-se no procedimento.

Outra semelhança que pode ser apontada é a possibilidade de incidência de multa pecuniária em caso de descumprimento de acordo, entre outras medidas administrativas cabíveis. Por sua vez, ao contrário do rito civil ordinário, o PROCON não obedece a legislação específica indicando formalidades e prazos, possuindo autonomia para seguir regras internas³⁴.

Entre as prerrogativas do instituto para efetivar a defesa do consumidor, como já dito, é necessário também o dever de informar para além do processo administrativo, como ocorre, por exemplo, no caso de a demanda não ser resolvida em seu âmbito, devendo o consumidor ser direcionado ao Juizado Especial competente para judicialização ou receber outros indicativos pertinentes, como na possibilidade de o demandante não ser detentor do direito, é preciso que se faça entender a razão³⁵.

Quando a demanda chega à fase de conciliação, é necessário que o responsável por esta, o “terceiro imparcial”, além de conhecer a demanda, forneça os meios necessários à resolução desta, como explica Melo³⁶, “o conciliador dará sugestões e recomendações a respeito das soluções e alerta a

³² GOVERNO DO MARANHÃO. PROCON-MA divulga nota informativa com orientações quanto aos direitos do consumidor diante do Coronavírus (COVID-19). **Agência de Notícias**, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.procon.ma.gov.br/proconma-divulga-nota-informativa-com-orientacoes-quanto-aos-direitos-do-consumidor-diante-do-coronavirus-covid-19/> Acesso em: 20 abr. 2023.

³³ DUARTE JUNIOR, Hildélis Silva. **Políticas Públicas de Proteção ao Consumidor**: uma análise do PROCON Maranhão no período de 2010 a 2014. São Luís, 2016. p. 488-489.

³⁴ MELO, Jessika Nayara do Amaral. Análise do procedimento extrajudicial conciliatório incidente no PROCON na cidade de Parnaíba-PI. **Revista Científica Semana Acadêmica**, Fortaleza, ano 2013, n. 40, 17 set. 2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/analise-do-procedimento-extrajudicial-conciliatorio-incidente-no-procon-na-cidade-de-parnaiba>. Acesso em: 20 abr. 2023. p. 13.

³⁵ DUARTE JUNIOR, Hildélis Silva, op. cit., p. 489.

³⁶ MELO, Jessika Nayara do Amaral, op. cit., p. 15.

veneração dos riscos da aceitação ou não de determinada proposta que lhe foi apresentada”.

Para Silva e Vieira³⁷, os papéis do conciliador ao exercer sua atividade profissional são dois: o de especialista e de controlador da situação. A função de especialista é desempenhada no sentido de o conciliador ser aquele que possui o conhecimento do direito e deve assistir às partes quanto a isto, demonstrando domínio tanto da demanda, quanto do Código de Defesa do Consumidor e o que mais for importante para a resolução da lide.

Para a função de controlador, entendem que cabe ao conciliador distribuir e organizar os momentos de falas das partes, visando a melhor negociação do conflito. Assim, percebe-se que esses papéis desempenhados são complementares³⁸.

Além disso, o instituto deve fornecer ambiente próprio para que as partes se sintam à vontade para conciliar sem temores, aqui destacando a atenção à hipossuficiência concedida legislativamente ao consumidor, por exemplo. Para Silva³⁹, as audiências realizadas demonstram a efetividade do acesso à justiça apontando benefícios “que vão desde a inexistência de custos para o consumidor, a celeridade desse processo, até harmonização dos direitos do consumidor e fornecedor”.

De acordo com nota informativa oficial, somente no ano passado, 2022, foram feitos mais de 2,5 milhões de atendimentos nas 64 unidades do PROCON em todo o estado. Mesmo que haja entre esses atendimentos a porcentagem daqueles que foram resolvidos sem conciliação, ou em que esta não foi frutífera, é impossível não perceber o quanto o instituto tem aproximado as pessoas do exercício de sua cidadania e compreensão de seus direitos, ou seja, o quanto tem efetivado o acesso à justiça⁴⁰.

³⁷ SILVA, Ana Paula Cristina da; VIEIRA, Amitza Torres. Papeis de atividade em uma audiência de conciliação do PROCON. **Linguagem, teoria, análise e aplicações**, [S. l.], v. 8, p. 177-191, 2015. p. 188.

³⁸ Ibidem, p. 187-188.

³⁹ SILVA, Rafael Leão. **O papel da mediação e da conciliação no sistema multiportas de acesso à justiça após a vigência da lei 13.105/15**. Recife: 2018.

⁴⁰ GOVERNO DO MARANHÃO. PROCON-MA realiza mais de 2 milhões de atendimentos e garante resolutividade em casos atendidos em 2022. **Agência de Notícias**, 13 dez. 2022. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/noticias/procon-ma-realiza-mais-de-2-milhoes-de->

Assim, mesmo que as demandas após a conciliação resultem em um procedimento judicial, o que foi feito administrativamente ainda serve de prova e, mais importante ainda, demonstra que todos os meios de tentativa de resolução antes da judicialização foram exauridos.

Como alude Silva⁴¹, o Código de Processo Civil atual foi feliz ao fortalecer os meios alternativos de resolução de conflitos não só no âmbito do judiciário, mas também em órgãos administrativos como o PROCON. Dita que o sistema “favorece e estimula a possibilidade de acordos entre as lides existentes nas relações de consumos, e que trazem economia à máquina judiciária, bem como celeridade e tratamento justo às causas conflitantes.”

Percebe-se assim, o maior alcance e efetividade do direito, potencializado justamente pela não judicialização de demandas, que, ao que tudo indica, deve ser prática futura, cada vez mais promissora. No caso apresentado, é dado ao PROCON e ao conciliador a função de equilibrar, retornando à doutrina de Cappelletti e Garth⁴², as “possibilidades das partes”, fornecendo a gratuidade, informação e até mesmo um local adequado para a resolução de conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo visou demonstrar de forma clara e sintetizada a evolução histórica do princípio do acesso à justiça, desde sua tratativa internacional pioneira ao contexto brasileiro na vigência da atual Constituição e Código de Processo Civil. Demonstrando ainda suas possíveis implicações futuras, baseado na observação do contexto jurídico brasileiro.

Sendo este um princípio tão importante, tencionou-se apresentá-lo ligado ao direito comum no cotidiano de toda a população, o consumidor. Bem como em sua forma prática, por meio da conciliação no âmbito do PROCON-MA.

atendimentos-e-garante-resolutividade-em-casos-atendidos-em-2022. Acesso em: 20 abr. 2023.

⁴¹ SILVA, Rafael Leão, op. cit., p. 11.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., p. 7-9.

Buscou-se contribuir com a difusão da conciliação, bem como dos demais meios de resolução de litígios, e dos serviços oferecidos pelo Instituto, a fim de possibilitar a todos aqueles que necessitarem uma assistência especializada e célere, diferente da mora que, infelizmente, com anos de abarrotamento, ainda se faz presente no judiciário.

Assim, resta demonstrada a necessidade de se pensar em alternativas e aperfeiçoamento de práticas diferentes do processamento comum, para que o pleno direito possa ser mais facilmente alcançado em todas as suas nuances, não apenas nas relações de consumo, como no recorte aqui feito, mas que demonstra ser um ótimo ponto de partida.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Livia Heringer Pervidor; CARNEIRO, Yandria Gaudio. As ondas de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transacional à justiça. In: CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL. 3. **Anais [...]**. Vitória: UFES, 2018. p. 195-206.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 de abr. de 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de defesa do consumidor. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CASTRO, Maíra Lopes de. **Teoria do agir comunicativo e método adequados de resolução de conflitos**: novos olhares sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CAVALCANTI, Aparecida Maria Batista dos Santos. **Conciliação judicial**: como forma de combater a morosidade do poder judiciário. Caruaru: FAVIP, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas nacionais do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2021.

DUARTE JUNIOR, Hildélis Silva. **Políticas Públicas de Proteção ao Consumidor**: uma análise do PROCON Maranhão no período de 2010 a 2014. São Luís, 2016.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Negociação, conciliação e mediação**: Impactos da pandemia na cultura do consenso e na educação jurídica. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

GOVERNO DO MARANHÃO. PROCON-MA divulga nota informativa com orientações quanto aos direitos do consumidor diante do Coronavírus (COVID-19). **Agência de Notícias**, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.procon.ma.gov.br/proconma-divulga-nota-informativa-com-orientacoes-quanto-aos-direitos-do-consumidor-diante-do-coronavirus-covid-19/> Acesso em: 20 abr. 2023.

GOVERNO DO MARANHÃO. PROCON-MA realiza mais de 2 milhões de atendimentos e garante resolutividade em casos atendidos em 2022. **Agência de Notícias**, 13 dez. 2022. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/noticias/procon-ma-realiza-mais-de-2-milhoes-de-atendimentos-e-garante-resolutividade-em-casos-atendidos-em-2022>. Acesso em: 20 abr. 2023.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MELO, Jessika Nayara do Amaral. Análise do procedimento extrajudicial conciliatório incidente no PROCON na cidade de Parnaíba-PI. **Revista Científica Semana Acadêmica**, Fortaleza, ano 2013, n. 40, 17 set. 2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/analise-do-procedimento-extrajudicial-conciliatorio-incidente-no-procon-na-cidade-de-parnaiba>. Acesso em: 20 abr. 2023.

OLIVEIRA FILHA, Antônia Macedo. **Análise do nível de satisfação dos consumidores e funcionários com os serviços prestados pelo PROCON/MA**. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica) – Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2004. Disponível em:

http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFV_30b9f93940a61ace3f4638aeb2c92367.
Acesso em: 20 abr. 2023.

OLIVEIRA, Lorena Vieira Curty; CABRAL, Hildeliza Boechat; VEGGI, Raquel; RIBEIRO, Adenauer Cabral. **O Papel do PROCON como órgão administrativo ex-trajudicial na composição de conflitos consumeristas**. 2018.

OLIVEIRA, Marceley Christina Silva. **Atos administrativos punitivos do PROCON – MA: uma análise das sanções pecuniárias administrativas aplicadas sob a luz dos princípios da Administração Pública**. Orientador: Diego Menezes Soares. 2019. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNDB, São Luís, 2019.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Acesso à justiça: elementos para uma definição de justiça participativa. **Intertemas**, Presidente Prudente, v. 11, 2006.

RANGEL, Eliana dos Santos. **Funções de sequencias de perguntas e respostas iniciadas por mediadores em audiências de conciliação do PROCON**. 2007. Dissertação (Mestrado em Linguística) – Programa de Pós-Graduação em Linguística, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/2982>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SANTOS, Anderson Marques; NOLASCO, Loreci Gottschalk. O PROCON como órgão conciliador e garantidor da cidadania. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**. v. 4. Brasília: 2016.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Ana Paula Cristina da; VIEIRA, Amitza Torres. Papeis de atividade em uma audiência de conciliação do PROCON. **Linguagem, teoria, análise e aplicações**, [S. l.], v. 8, p. 177-191, 2015.

SILVA, Rafael Leão. **O papel da mediação e da conciliação no sistema multiportas de acesso à justiça após a vigência da lei 13.105/15**. Recife: 2018.

WEISS, Vivian Faria. **Práticas de intervenção de terceiras-partes em audiências de conciliação do PROCON**. 2007. Dissertação (Mestrado em Linguística) – Programa de Pós-Graduação em Letras: Linguística, Faculdade de Letras, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/5477>. Acesso em: 20 abr. 2023.

A EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA DO IPI E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E INDUSTRIAL BRASILEIRO

THE IPI TAX EXTRAFISCALITY AND THE BRAZILIAN ECONOMIC AND INDUSTRIAL DEVELOPMENT

Pedro Henrique Cataldo Pereira*

Aline Teodoro de Moura*

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade o estudo da extrafiscalidade do Imposto Sobre Produtos Industrializados como forma de estímulo ao desenvolvimento econômico e industrial, analisando a extrafiscalidade não como fenômeno lateral ao do tributo, mas como garantidora da justiça fiscal e da soberania nacional. Para tanto, aborda os conceitos de desenvolvimento econômico à luz da escola do Novo Desenvolvimentismo, no intuito de reafirmar o conceito de Estado como interventor na ordem econômica e afastar a lógica neoliberal de organização administrativa. Além disso, destrincha as características do IPI, tais como: fato gerador, base de cálculo, contribuinte, alíquota, não cumulatividade e seletividade, bem como as limitações ao poder de tributar. Por fim, o estudo visa demonstrar a necessidade de incluir a extrafiscalidade como fator na equação do desenvolvimento e apresenta sua importância na desoneração de cadeias produtivas.

Palavras-chave: Extrafiscalidade. Imposto sobre Produtos Industrializados. Desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

The paper aims to study the extrafiscality of the Tax on Industrialized Products as a way to stimulate economic and industrial development, analyzing the extrafiscality not as a lateral phenomenon to the tax, but as a guarantor of fiscal justice and national sovereignty. For this purpose, it approaches the concepts of economic development from the perspective of the New Development school, reaffirming the concept of state intervention in the economic order and moving away from the neoliberal logic of administrative organization. In addition, it outlines the characteristics of the IPI, such as: taxable event, tax base, taxpayer, aliquot, non-cumulativeness and selectivity, as well as limitations on the power to tax. Finally, the study aims to demonstrate the need to include extrafiscal taxation as a factor in the development equation, and presents its importance in unburdening productive chains.

Keywords: Extrafiscality; Tax on Industrialized Products; Industry.

* Advogado. Bacharel em Direito formado pela Universidade UNIGRANRIO/AFYA. Pós-graduando em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

* Doutora em Direito pela UERJ. Professora de Direito Empresarial e de Direito Financeiro e Tributário do Curso de Direito da UNIGRANRIO. Coordenação-Adjunta do Curso de Direito da UNIGRANRIO/AFYA. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Empresa, Estado e Compliance.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico é o meio pelo qual se promove o incremento da renda nacional, por este motivo, é assunto que interessa a toda e qualquer nação. Nesse sentido, no mundo acadêmico, principalmente no âmbito das ciências econômicas, é tema profundamente debatido as possíveis formas de ativar ou, em alguns casos, reativar as atividades econômicas em determinados setores da produtividade nacional, em detrimento das interferências da globalização.

Sobre esse tema, o professor Bresser-Pereira³ expõe o conceito de desenvolvimento econômico como o “processo histórico através do qual os padrões de vida da população aumentam e os estados-nação se fortalecem ao competir com os demais estados nacionais”. Assim, compreende os múltiplos fatores que estimulam a intensificação produtiva, dentre os quais, a tributação.

Não pode, portanto, as ciências jurídicas - encarregadas de reger, dentre outras coisas, a relação entre sociedade e estado - se absterem do debate acerca das responsabilidades do Estado na promoção do pleno desenvolvimento, visto que este é considerado condição indelével ao progresso civilizatório.

Por isso, o tema abordado neste trabalho busca, a partir do fenômeno da desindustrialização brasileira, apresentar, por meio da extrafiscalidade, em específico do IPI, possíveis saídas para o estímulo do setor industrial e a retomada do desenvolvimento.

Assim, pretende-se observar, sob a ótica do tributo, as características e os limites da ação extrafiscal como forma de indução do desenvolvimento econômico e promoção da justiça social, bem como compreender os aspectos principiológicos que fundamentam sua atuação na ordem de mercado.

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E POLÍTICA INDUSTRIAL

O desenvolvimento econômico corresponde ao processo contínuo de aumento de produtividade atrelado a acumulação de capital. Desta feita, abrange todas as fontes do crescimento, como o capital físico, humano e tecnológico.

³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O conceito histórico de desenvolvimento econômico revisitado**. EESP – Escola de Economia de São Paulo, pág.2, versão de 16 de janeiro de 2022.

Acerca deste conceito, compreende o professor, economista e ex-ministro da Fazenda do Brasil, Luiz Carlos Bresser-Pereira⁴ que:

O desenvolvimento econômico é o processo de acumulação de capital e de incorporação do progresso técnico ao trabalho e ao capital que leva ao aumento sustentado da produtividade do trabalho e da renda por habitante e, em consequência, dos salários e dos padrões de bem-estar de uma determinada sociedade; é o principal objetivo dos estados-nação em sua competição com os demais estados nacionais. Definido nestes termos, o desenvolvimento econômico é um fenômeno histórico que passa a ocorrer nos povos que formam seus estados-nação e realizam sua revolução industrial completando, assim, sua revolução capitalista. É só a partir de então que se pode falar em acumulação sistemática de capital e aumento sustentado da produtividade e dos padrões de vida.

Nesse sentido, de acordo com a reflexão de Bresser-Pereira, entende-se a difusão industrial como condição *sine qua non* para o crescimento econômico, a distribuição de renda e a melhoria da qualidade de vida da população.

Deste modo, no que tange ao processo de industrialização, a necessidade latente de mudança da estrutura produtiva em direção de sua sofisticação foi campo de estudos da teoria estruturalista do desenvolvimentismo clássico.

Contudo, tendo em vista o atual sistema econômico no qual os fluxos comerciais e financeiros são mais facilitados, ágeis e numerosos que no passado, a necessidade de avançar as teses para acompanhar a nova realidade se tornou objeto de estudo dos precursores dos estruturalistas, emergindo assim a teoria do novo desenvolvimentismo.

Acerca deste conceito, Mauro Brancher e Nelson Marconi⁵ explicitam que:

A teoria Novo Desenvolvimentista afirma que a política macroeconômica deve visar, por meio da aplicação de seus diversos instrumentos, a manutenção desses cinco preços em seus níveis corretos e que o resultante investimento levará à “sofisticação produtiva” da economia, que entendemos como a reorientação da produção na direção dos setores que geram maior valor adicionado por trabalhador, elemento-chave no processo de desenvolvimento econômico e que sempre foi caro aos estruturalistas e desenvolvimentistas pioneiros. Enquanto esses últimos defendiam a industrialização, defendemos, dado o cenário atual brasileiro, a recuperação da manufatura associada aos serviços modernos e a trilha rumo à chamada indústria 4.0.

⁴ Idem. Ibidem.

⁵ MARCONI, Nelson. BRANCHER, Mauro. **A Política Econômica do Novo Desenvolvimentismo**. Número Especial sobre Desenvolvimento Econômico no Século XXI. Revista Economia Contemporânea (2017), Número Especial: p. 1-31.

Em síntese, a teoria do Novo Desenvolvimentismo se distingue frontalmente das assepsias neoliberais, visto que defende a intervenção direta do Estado nas dinâmicas de mercado como forma orquestrar o desenvolvimento econômico. Ademais, conforme abordado, sustenta a articulação do Estado junto à representação de diversos grupos sociais para a elaboração de uma estratégia nacional de desenvolvimento para realizar a convergência econômica necessária nos países de renda média e baixa, implementação de políticas macro e microeconômicas e regulação de setores não competitivos, conforme aduz Bresser-Pereira⁶:

O capitalismo é um sistema econômico coordenado pelo Estado e o mercado no qual não apenas as empresas, mas também os estados-nação competem a nível mundial. Dificilmente se poderá falar em desenvolvimento econômico se o país estiver crescendo a taxas substancialmente mais baixas que seus concorrentes.

Desta maneira, acompanhando este entendimento, não há no que se falar em capitalismo - regime norteado pela obtenção de lucro e preservação da propriedade privada dos meios de produção - sem a presença instrumentalizadora do Estado na criação de ferramentas jurídicas e institucionais capazes de dar arcabouço ao setor produtivo, no intuito de remediar e compensar as assimetrias globais, tais como: taxa de juros, modernidade tecnológica e, como será abordado, fatores que garantam a competitividade de produtos nacionais.

No entanto, apesar da sua vital relevância, a indústria de transformação brasileira vem perdendo exponencialmente sua participação no produto interno bruto (PIB). Na década de 1980, a participação do setor, tendo em vista o referido indicador, era de 30%. Todavia, nas décadas seguintes, o modelo econômico de juros altos, abertura desarrazoada de mercado e, principalmente, câmbio artificialmente baixo, reduziram sua importância a menos de 12% e registrando quedas constantes após o período pandêmico, conforme relatório do Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial (IEDI)⁷.

⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O conceito histórico de desenvolvimento econômico revisitado**. EESP – Escola de Economia de São Paulo, pág.2, versão de 16 de janeiro de 2022.

⁷ IEDI, Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial. **Destaque IEDI - O ano avança, a Indústria não**. Publicado em 01 nov. 2022. Disponível em: <https://iedi.org.br/artigos/top/analise/analise_iedi_20221101_industria.html>. Acesso em 04 nov. 2022.

Assim, tendo em vista o direito tributário como o ramo jurídico encarregado de ditar as relações entre o setor público e a iniciativa privada, bem como delimitar a intervenção daquele neste, pode-se compreender que a extrafiscalidade pode produzir efeitos positivos na reativação dos motores estratégicos da industrialização.

Nesse diapasão, de acordo com o entendimento de Chagas Fernandes⁸, é a extrafiscalidade tributária o ato de império do setor público no poder econômico, configurando o ápice do ciclo de abandono do Estado Liberal pelo Estado Intervencionista.

Não se pode, portanto, considerar a extrafiscalidade como ocasional ou parte transversal do fenômeno do tributo, mas como efetiva intervenção, uma vez que já não se alcança somente o viés arrecadatório, mas também o de interferência direta nas relações econômicas.

Sobre esta intervenção, o professor Paulo Caliendo⁹ indica que:

A intervenção ocorre por meio de mecanismos indutores ou desestimuladores de determinados comportamentos de agentes econômicos. A redistribuição de renda ocorre por meio da transferência fiscal de recursos entre indivíduos, em uma modalidade reformadora da realidade social. Podemos afirmar que enquanto os meios ordinatórios querem preservar e manter a ordem constitucional, os meios interventivos pretendem corrigir determinadas falhas de mercado e os meios redistributivos visam a reforma social, corrigindo as falhas sociais.

Todavia, esta atribuição não é suprema, considerando que, conforme entendimento doutrinário, estará sujeita a limitações formais e materiais, sendo estes os princípios constitucionais que regem a extrafiscalidade.

DOS IMPOSTOS

O conceito de tributo está presente no artigo 3º da Lei 5.172/66¹⁰, denominada Código Tributário Nacional, no qual se estabelece que: “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir,

⁸ DAS CHAGAS FERNANDES, Francisco. **A extrafiscalidade**. Revista de Ciência Política, v. 24, n. 3, p. 73-87, 1981.

⁹ CALIENDO, Paulo. **Limitações constitucionais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 33, n. 2, p. 171-206, 2013.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 24 de out. 2022.

que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Em outros termos, trata-se da obrigação de pagar em moeda lastreada, que não se configure penalidade por cometimento de ilícito, instituída por lei e cobrada por ente competente.

Tal legislação, em seu artigo 5º, versa apenas sobre três tipos de tributo, o que doutrinariamente é denominado Teoria Tripartida. No entanto, o CTN é anterior à Constituição Cidadã, tendo sido recepcionado na forma de Lei Complementar, que progrediu neste quesito aderindo a teoria Pentapartida, adotada majoritariamente pelos doutrinadores. Segundo esta teoria, são tributos: impostos; taxas; contribuições de melhoria; empréstimo compulsório; e contribuições especiais.

No que diz respeito aos impostos e à competência para sua instituição, dispõe o art. 146, III, alínea a, da CRFB¹¹, que somente lei complementar pode definir os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Vale salientar, que não se deve confundir o conceito de tributo com o de imposto - espécie do gênero - cuja obrigação se origina de determinadas situações versadas necessariamente em lei, e que estão relacionadas diretamente ao contribuinte. Ademais, o imposto não possui caráter contraprestacional, desta forma, o dever do pagamento advém de situações independentes de qualquer atividade estatal vinculada (art. 16 do CTN)¹², ou seja, o dever de pagar decorre do fato gerador, e não de atividades relacionadas ao dever do Estado de prestar este ou aquele serviço ao contribuinte para legitimar a cobrança.

Os impostos, portanto, são tributos de natureza não vinculada que incidem sobre a manifestação de riqueza do contribuinte, sustentando-se na compreensão de solidariedade social. Assim, manifestada a riqueza de determinado sujeito, este fica obrigado a contribuir com o erário, fornecendo-lhe os recursos de que precisa para custear os gastos públicos correntes. Conforme explicita a doutrina de Luciano Dalvi¹³:

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2022.

¹² BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 24 de out. 2022.

¹³ DALVI, Luciano. **Direito Tributário Avançado: teoria, processo e prática tributária**. São Paulo: Editora LTr, 2009.

[...] a receita dos impostos visa custear as despesas públicas gerais ou universais, v. g., educação, segurança pública, limpeza pública etc., não se atrelando a qualquer órgão, fundo, ou despesa, consoante proibição derivada do Princípio da não afetação dos impostos.

Desta forma, afirma-se que o imposto tem função precipuamente arrecadatória, de natureza não vinculada e, portanto, independe de contraprestação estatal específica, se distinguindo segundo sua hipótese de incidência.

DA CLASSIFICAÇÃO DOS IMPOSTOS À LUZ DA CRFB/1988

A Constituição Federal Brasileira, por sua vez, classifica os impostos em: federais, estaduais e municipais.

Nesse sentido, os impostos de competência da União estão elencados no artigo 153 da CRFB,¹⁴ a saber: imposto de importação de produtos estrangeiros; imposto de exportação para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE); imposto de renda e proventos de qualquer natureza (IR); imposto sobre produtos industrializados (IPI); imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF); imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) ; imposto sobre grandes fortunas (IGF), este que deverá ser instituído através de lei complementar.

O inciso I do artigo 154¹⁵ da Constituição expressa, ainda, que a União tem competência residual, quer dizer, um novo imposto poderá ser instituído pela União através de lei complementar, desde que este seja não cumulativo e que não tenha a mesma base de cálculo ou fato gerador dos impostos já existentes.

No âmbito Estadual, constitucionalmente, são três os impostos que podem ser instituídos e exigidos, a saber: imposto sobre transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD); imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA); e imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços (ICMS).

Por fim, os municípios têm competência privativa para instituir os impostos a seguir: sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU); transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.

¹⁵ Idem. Ibidem.

física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição (ITBI); e imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), não compreendidos no art. 155, II¹⁶, todos de natureza fiscal, ou seja, arrecadatória. No caso do ISS, as atividades que constituem seu fato gerador estão presentes na lista anexa da Lei Complementar nº 116¹⁷, de 31 de julho de 2003, tratando-se, neste caso, de rol taxativo, cabendo interpretação extensiva, conforme entendimento jurisprudencial do STF em RE nº 784.439¹⁸.

DA EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA

O constituinte regulamentou a atividade econômica e financeira, instituindo seus princípios gerais no art. 170, da CRFB/1988¹⁹, no qual enfatiza a atuação do trabalho humano e da livre iniciativa como formas asseguradoras da justiça social. Para tal intuito, estabelece dentre seus princípios a soberania nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca pelo pleno emprego.

No objetivo de alcançar esses compromissos, os benefícios fiscais servem como estímulo, atraindo os atores econômicos a investirem em soluções que ultrapassem seus interesses individuais, contribuindo para progresso civilizatório em suas diversas instâncias.

Desta maneira, evoca-se o instituto do benefício fiscal no intuito de realizar tais objetivos. Sobre este, a Secretaria do Tesouro Nacional²⁰, em normativa própria, aduz que os benefícios fiscais:

Referem-se ao conjunto abrangente das disposições preferenciais da legislação que concedem vantagens a determinados agentes econômicos, que atendem algum critério específico estabelecido, que não estão

¹⁶ Idem. Ibidem.

¹⁷ BRASIL. **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em 18 out. 2022.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 784.439**. Reclamante: Banco Sudameris Brasil S/A. Reclamado: Município de Maceió. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 15 set. 2020. Publicado em 15 set. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344400627&ext=.pdf>>. Acesso em 01 nov. 2022.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2022.

²⁰ BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Instruções de Procedimentos Contábeis**. Novembro, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/contabilidade-e-custos/federacao/instrucoes-de-pronunciamentos-contabeis-ipc>>. Acesso em 14 set. 2022.

disponíveis aos demais agentes que não se enquadram no referido critério. A concessão desses benefícios, considerados de forma ampla, causa impacto nas contas públicas dos entes da Federação, seja por meio de renúncia de receitas ou de aumento de despesas ou assunção de dívidas. Podem ser classificados como benefícios tributários, financeiros, creditícios ou outros benefícios fiscais.

O Estado possui, contudo, outras formas de incentivar a dinamização econômica em determinados setores e cumprir objetivos constitucionais, utilizando a extrafiscalidade tributária como mecanismo de intervenção direta na ordem econômica.

Insta salientar, portanto, que os tributos podem ter natureza fiscal ou extrafiscal. Nesse contexto, o tributo com finalidade fiscal é aquele que visa originariamente a arrecadação, ou seja, angariar recursos ao erário e custear a manutenção da máquina pública.

De outra parte, possui finalidade extrafiscal o tributo que objetiva fundamentalmente a intervenção no domínio social ou econômico, assim, valer-se-á da extrafiscalidade para assegurar a efetividade de direitos e atingir objetivos estabelecidos constitucionalmente.

Seria controverso, entretanto, afirmar categoricamente que este ou aquele tributo possuem natureza simplesmente fiscal ou extrafiscal. Sobre esse assunto, no entendimento de Paulo Barros de Carvalho²¹, “há tributos que se prestam mais à fiscalidade e outros à extrafiscalidade. Todavia, ambas são finalidades dos tributos, que convivem, harmonicamente, sobressaindo-se ora uma, ora outra”.

Sendo assim, Paulo Caliendo²² explicita que o conceito de extrafiscalidade deve ser moldado a partir do sentido dos dispositivos constitucionais, uma vez que o texto constitucional, as normas gerais e o CTN não o estabelecem explicitamente. Isto é, usar-se-á de fontes formais do direito - doutrina e jurisprudência - para a concepção de extrafiscalidade, uma vez que seu conceito não está positivado no arcabouço normativo.

Sobremodo, importa ratificar que a extrafiscalidade se manifesta de diversas maneiras, não somente nos tributos criados com a finalidade de intervir ou regular a

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²² CALIENDO, Paulo. **Limitações constitucionais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 33, n. 2, p. 171-206, 2013.

situação estatal, mas também pela modulação de alíquotas, configurando, também, intervenção.

A extrafiscalidade está, assim, em sintonia com a escola do desenvolvimentismo econômico, visto que, em sua origem, compreende a relevância do Estado como interventor nas dinâmicas econômicas e, em sua aplicação, faz uso dos mecanismos legais para garantir a efetivação dos direitos e garantias expressos na Constituição Federal.

Por isso, não se pode observar a extrafiscalidade somente como característica do fenômeno do tributo, mas como peça relevante da manutenção e proteção do Estado de Direito.

DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

Como anteriormente analisado, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) é de competência tributária da União, presente no art. 153, IV, da CRFB²³ e no art. 46 do CTN²⁴, sendo este incumbido de sua instituição, cobrança e distribuição.

Entretanto, muito embora a competência para a instituição e cobrança do IPI seja da União, e que a receita esteja concentrada em âmbito federal, uma parcela considerável desta arrecadação é destinada aos outros entes, como estabelecido no art. 159, I e II, da Constituição.

Se faz importante indicar, ainda, o conceito de produto industrializado e como este deve ser entendido no âmbito jurídico. Logo, o CTN, em seu art. 46²⁵, o conceitua como sendo “o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo”.

Dessa maneira, qualquer produto que tenha sofrido, de alguma forma, algum tipo de transformação por operação, a fim de ter sua natureza ou finalidade modificada, é tido como produto industrializado.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 out. 2022.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 24 de out. 2022.

²⁵ Idem. Ibidem.

Nesta linha, seguindo o entendimento do jurista Vittorio Cassone²⁶, entende-se por transformação de um produto aquela operada diretamente sobre a matéria-prima, ou sobre um produto intercessor capaz de resultar na criação de uma nova espécie. O beneficiamento de um produto, por sua vez, importa no aperfeiçoamento ou alteração do acabamento, funcionamento ou, até mesmo, a estética do produto.

Também é tido como processo de industrialização o acondicionamento ou reacondicionamento, sendo que esta modalidade deve modificar a apresentação do produto mediante embalagem, ainda que em substituição a embalagem original. Ainda, é possível a renovação ou o reacondicionamento de produtos já anteriormente utilizados ou sobre parte remanescente de um produto deteriorado.

Pode-se entender, assim, que há incidência do IPI sobre produtos que sofreram alteração ou transformação, quaisquer que sejam, conforme as espécies de industrialização que foram mencionadas.

DO FATO GERADOR E DA BASE DE CÁLCULO

Dispõe o artigo 46 do CTN²⁷ que o IPI tem por fato gerador o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira; a saída do produto do estabelecimento do contribuinte; e a sua arrematação, quando apreendidos ou abandonados e levados a leilão.

Entretanto, a Lei nº 4.502/64²⁸, em seu art. 2º, inciso II, estabeleceu que, quanto aos produtos de produção nacional, o fato gerador é a saída do respectivo estabelecimento produtor. Nesse sentido, o STJ, em EREsp 734.403/RS²⁹, entendeu que a operação passível de incidência do IPI é aquela que decorre da saída do produto industrializado do estabelecimento do fabricante e se completa com a

²⁶CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário: fundamentos constitucionais da tributação, classificação dos tributos, interpretação da legislação tributária, doutrina, prática e jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 25 de out. 2022.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 4.502**, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4502.htm>. Acesso em 25 out. 2022.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 734.403/RS**. Relator: Ministro Napoleão Maia Filho. Brasília, 14 nov. 2018. Publicado em 21 nov. 2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28ERESP.clas.+e+%40num%3D%22734403%22%29+ou+%28ERESP+adj+%22734403%22%29.suce.>>>. Acesso em 06 nov.2022.

transferência da propriedade do bem. Isto é: “somente quando há a efetiva entrega do produto ao adquirente a operação é dotada de relevância econômica capaz de ser oferecida à tributação”³⁰.

No caso em referência, a empresa Philip Morris Brasil, produtora de derivados do tabaco, objetivou a anulação do lançamento do IPI relativo a cigarros destinados à exportação que foram roubados após a saída do estabelecimento dos produtores. O STJ, assim, afastou o argumento sustentado pelo fisco no qual a mera saída - pela interpretação literal da legislação - configuraria fato gerador do tributo, mesmo que roubado antes da efetiva transferência.

Vale ressaltar também que, como consequência desse entendimento, o STJ, em REsp 1.402.138/RS³¹, compreende que o simples deslocamento para outro estabelecimento sem a transferência de titularidade - ou seja, com a permanência do produto no domínio do fabricante - não enseja a incidência do IPI.

Acerca da industrialização realizada no próprio local de consumo ou de utilização, isto é, fora do estabelecimento produtor, o CTN indica que o fato gerador será o instante em que a operação industrial for finalizada.

Em relação a base de cálculo, esta está vinculada à hipótese de incidência. Sobre esse assunto, elucida o professor Hugo de Brito Machado³²:

a) no caso de mercadoria importada, a base de cálculo do IPI é a mesma do imposto de importação, acrescida do próprio imposto de importação, das taxas exigidas para entrada do produto no País e ainda dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador ou dele exigíveis (CTN, art. 47, I); (b) tratando-se de produtos industrializados nacionais, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída destes do estabelecimento do contribuinte, ou, não tendo valor a operação, ou sendo omissos os documentos respectivos, a base de cálculo será o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista da praça do contribuinte (CTN, art. 47, II); e, finalmente, (c) tratando-se de produto leiloado, o preço da respectiva arrematação (CTN, art. 47, III).

Assim, seguindo esse entendimento e à luz da Carta Magna, não é permitida a alteração da base de cálculo do IPI por simples ato do Poder Executivo, sendo

³⁰ Idem. Ibidem.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.402.138/RS**. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Dinacon Indústria, Comércio e Serviços Ltda. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 12 maio. 2020. Publicado em 22. maio. 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201402138>>. Acesso em 04. nov. 2022.

³² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 41. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2017; p. 338.

inconstitucional qualquer norma de lei ordinária que o permita alterar a base de cálculo do referido imposto.

DO CONTRIBUINTE

Sobre o contribuinte do IPI, importa o art. 51 do CTN³³:

Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I - o importador ou quem a lei a ele equiparar;

II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão. Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.

É importante salientar que, para fins de incidência de IPI, apesar de cada estabelecimento ser considerado contribuinte autônomo, a responsabilidade pelo pagamento do imposto é da empresa possuidora.

DA NÃO CUMULATIVIDADE

O IPI obedece obrigatoriamente ao princípio da não cumulatividade, permitindo, assim, de acordo com o art. 153, §3º, II da CRFB/1988³⁴, a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.

Acerca deste conceito, o professor Ricardo Alexandre³⁵ expõe:

A não cumulatividade é técnica que tem por objetivo limitar a incidência tributária nas cadeias de produção e circulação mais extensas, fazendo com que, a cada etapa da cadeia, o imposto somente incida sobre o valor adicionado daquela etapa. Assim, ao final da cadeia, o tributo cobrado jamais será maior que o valor da maior alíquota, multiplicado pelo valor final do produto.

³³ BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 25 de out. 2022.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2022.

³⁵ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 16ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2022; p.725.

À luz do Código Tributário Nacional, o princípio da não cumulatividade está disciplinado no art. 49³⁶, cujo os termos:

Art. 49. O imposto não é cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados.

Nesse aspecto, funciona mediante o sistema de créditos e débitos. Assim, a cada aquisição tributada de insumo, o adquirente registra como crédito o valor do tributo que incide na operação. Portanto, torna-se um direito do contribuinte recuperar o valor incidente nas operações que virão posteriormente, sendo categorizado internamente como “IPI a se recuperar”.

Na alienação de produtos, por sua vez, é registrado como débito o valor do tributo incidente na operação. Assim, este valor é uma obrigação do contribuinte de recolher o valor devido aos cofres públicos federais ou compensá-lo com os créditos obtidos nas operações ocorridas anteriormente.

Vale indicar, ainda, que, segundo entendimento do STJ oriundo da Súmula 495³⁷, a “aquisição de bens integrantes do ativo permanente da empresa não gera direito ao creditamento de IPI”. Pois, segundo o tribunal, o desgaste desse ativo não ocorre de maneira imediata e integral durante a industrialização, ou seja, o ativo fixo não se assemelha ao insumo que irá ser agregado ao valor final do produto produzido pelo fabricante. Em exemplo, em uma fábrica de equipamentos esportivos, a máquina de tecelagem não se incorpora à bola de futebol produzida, ou seja, ao produto final e, por isso, não gera direito ao creditamento do IPI.

De outra parte, em Súmula Vinculante 58³⁸, o STF indicou que “inexiste direito ao crédito presumido de IPI relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis, o que não contraria o princípio da não cumulatividade”.

Assim, nos casos de aquisição sem oneração, os princípios da seletividade e não cumulatividade não garantem o direito a crédito presumido de IPI. Ou seja, nos

³⁶ BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 29 de out. 2022.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 495**. A aquisição de bens integrantes do ativo permanente da empresa não gera direito a creditamento de IPI. Publicado em 13 agosto. 2012.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 58**. Inexiste direito a crédito presumido de IPI relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis, o que não contraria o princípio da não cumulatividade. Publicado em: 06 maio. 2020.

casos em que insumos sujeitos à alíquota zero, isentos ou não tributados, não há que se falar em direito ao creditamento.

DA ALÍQUOTA

Para Vittorio Machado³⁹, o IPI é tido como imposto de função extrafiscal, de natureza proibitiva, na qual são tributados “pesadamente os denominados artigos de luxo, ou supérfluos, como os perfumes, por exemplo, e também aqueles de consumo desaconselhável, como as bebidas e os cigarros”. Ou seja, observa-se o quão supérfluo é o produto para arbitrar a carga tributária aplicada, sendo menores para os produtos considerados essenciais e maiores para supérfluos.

Indiretamente, o objetivo final do princípio é graduar a carga tributária do imposto conforme a capacidade contributiva dos consumidores, visto que produtos considerados supérfluos são consumidos pelas camadas mais abastadas da sociedade, em detrimento de produtos de uso comum e geral. Esse princípio evidencia, assim, a característica recôndita de justiça social na forma de tributação presente no imposto em tela.

Nesse diapasão, a legislação ordinária adotou a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) como forma de classificar os produtos. Nela, as alíquotas flutuam de zero a 330, as mais elevadas refletindo sobre produtos como o cigarro e bebidas alcoólicas, a título de exemplo.

A alíquota do IPI, portanto, é arbitrada sob a égide da seletividade, ou seja, conforme o grau de importância daquele produto para a sociedade ou determinada parcela desta - empresários, produtores rurais, assim por diante.

DAS CARACTERÍSTICAS EXTRAFISCAIS DO IPI

Conforme abordado, os tributos, para além de sua função arrecadatória, podem ser instrumento de políticas de indução econômica ao favorecer o desenvolvimento de setores estratégicos e salvaguardar empresas nacionais em detrimentos de multinacionais estrangeiras.

Nesse sentido, é a extrafiscalidade um fenômeno tributário no qual se tem por finalidade o custeio de encargos paralelos aos da administração pública, isto é,

³⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 38. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

destinada ao fomento ou não de atividade na qual há interesse estatal para seu desenvolvimento.

Sob a ótica intervencionista, no intuito de manter o controle sobre determinadas áreas econômicas, reduz-se IPI a zero ou a próximo de zero, para fomentar este ou aquele setor em deficiência, ou por juízo de essencialidade do Estado.

A título de exemplificação, pode-se mencionar a redução do IPI a zero no setor de materiais de construção, ocorrido em 2014, uma vez da importância do setor para a economia brasileira, já que representava, naquela data, 10% do PIB e 11 milhões de empregos diretos e indiretos.

Ainda, tem-se a frequente redução do IPI no setor automobilístico, como forma de incentivo e compensação das assimetrias competitivas globais, como ocorreu recentemente, visto o decreto presidencial nº 10.979⁴⁰, que reduziu em 18,5% a alíquota do referido imposto sobre determinados modelos de automóveis.

Como explicitado, é prática do Estado a desoneração do IPI em contrapartida da manutenção e criação de empregos, bem como estímulo à expansão de demanda e incremento nas cadeias produtivas. No mais, a extrafiscalidade, além de sua função de perseguir a justiça social, também persegue o pleno emprego, o alargamento das cadeias produtivas e a expansão da demanda.

No que diz respeito a esse tema, economistas já indicam a íntima relação entre redução de impostos e aumento de arrecadação a longo prazo, uma vez que a desoneração de determinados setores - bem como da sociedade no geral - eleva a capacidade de investimento das empresas, fomentando a cadeia produtiva, gerando novos empregos e expandindo a demanda agregada - termo macroeconômico que reúne os componentes: consumo, investimentos, gastos governamentais e exportações líquidas. Esse movimento, em suma, revoluciona a estrutura produtiva interna na direção da maior participação da manufatura de produtos de alto valor agregado na renda nacional.

Assim, se evidencia que o IPI, além de possuir função fiscal - isto é, meramente arrecadatória - possui, sobretudo, função extrafiscal, com finalidade de

⁴⁰ BRASIL, **Decreto nº 10.979, de 25 de fevereiro de 2022**. Altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.979-de-25-de-fevereiro-de-2022-383062604>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

fomento que, quando corretamente direcionado e orquestrado, promove a redução do imposto visando o aquecimento da economia em áreas de interesse nacional.

CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos abordados no estudo em tela, a discussão acerca da extrafiscalidade e sua ingerência na economia se mantém como tema em debate tanto no universo das ciências econômicas quanto no das ciências jurídicas. Deste modo, o entendimento pacificado, mesmo entre os clássicos adeptos da escola liberal, é o de que não há ordem econômica sem a presença, ora frágil, ora latente, do Estado.

Nesse sentido, o direito tributário ou, mais especificamente, a extrafiscalidade, atua como *longa manus* do interesse coletivo sobre interesses privados. Em última instância, age em prol do interesse nacional acima de interesses estrangeiros, orientando o processo econômico na contramão da globalização desenfreada.

Como fora abordado, as assimetrias produtivas organizam o processo de divisão internacional do trabalho, enxugando as potencialidades brasileiras e sentenciando-nos ao suprimento de commodities ao mundo industrializado e imperial.

O Imposto sobre Produtos Industrializados, diante desse cenário, evidencia a capacidade do direito em promover institutos eficazes no estímulo aos setores produtivos nacionais e garantidores da justiça social. No que tange ao caráter não cumulativo do IPI, está associado ao entendimento jurídico das limitações ao poder de tributar, não onerando em excesso a produção para a estimulação de cadeias produtivas sólidas e, por vezes, complexas. De outra parte, no que tange ao caráter seletivo do referido imposto, este se sustenta nos princípios constitucionais que regem a justiça social, visto que arbitra sua alíquota de acordo com a essencialidade do produto, funcionando, assim, como mecanismo de efetivação do princípio da isonomia ou justiça fiscal, previsto no Constituição Federal.

Nesse diapasão, apesar da catatonia econômica produzida massivamente na América Latina e, mais fortemente no Brasil, comercializada como remédio amargo aos dramas sociais brasileiros, o direito tributário segue perseguindo, de forma equilibrada, os valores fundadores das nações que alcançaram o êxito civilizatório,

40num%3D%22734403%22%29+ou+%28ERESP+adj+%22734403%22%29.suce.>. Acesso em 06 nov.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.402.138/RS**. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Dinacon Indústria, Comércio e Serviços Ltda. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 12 maio. 2020. Publicado em 22. maio. 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201402138>>. Acesso em 04. nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 495**. A aquisição de bens integrantes do ativo permanente da empresa não gera direito a creditação de IPI. Publicado em 13 agosto. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 784.439**. Reclamante: Banco Sudameris Brasil S/A. Reclamado: Município de Maceió. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 15 set. 2020. Publicado em 15 set. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344400627&ext=.pdf>>. Acesso em 01 nov.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 58**. Inexiste direito a crédito presumido de IPI relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis, o que não contraria o princípio da não cumulatividade. Publicado em: 06 maio. 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O conceito histórico de desenvolvimento econômico revisitado**. EESP – Escola de Economia de São Paulo, versão de 16 de janeiro de 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; MARCONI, Nelson. **Macroeconomia desenvolvimentista: teoria e política econômica do novo desenvolvimentismo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2016.

CALIENDO, Paulo. **Limitações constitucionais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 33, n. 2, p. 171-206, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário: fundamentos constitucionais da tributação, classificação dos tributos, interpretação da legislação tributária, doutrina, prática e jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CORATTO, Bruno Pinto. **O fenômeno extrafiscal no sistema tributário brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

DALVI, Luciano. **Direito Tributário Avançado: teoria, processo e prática tributária**. São Paulo: Editora LTr, 2009.

DAS CHAGAS FERNANDES, Francisco. **A extrafiscalidade**. Revista de Ciência Política, v. 24, n. 3, p. 73-87, 1981.

IEDI, Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial. **Destaque IEDI - O ano avança, a Indústria não**. Publicado em 01 nov. 2022. Disponível em: <https://iedi.org.br/artigos/top/analise/analise_iedi_20221101_industria.html>. Acesso em 04 nov. 2022.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 41. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2017; p. 338.

MARCONI, Nelson. BRANCHER, Mauro. **A Política Econômica do Novo Desenvolvimentismo**. Número Especial sobre Desenvolvimento Econômico no Século XXI. Revista Economia Contemporânea (2017), Número Especial: p. 1-31.

NETTO, Antonio Delfim. **A economia política do desenvolvimento**. Política para retomada do crescimento - reflexões de economistas brasileiros. Brasília, 2002, Capítulo 2.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 13ª edição, 2021. Saraiva Jur.

TORQUATO, Luciene Maria; ABREU, Renata. **Tributos extrafiscais e as políticas desenvolvimentistas brasileiras**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v.141, II Trim, 2019.