

Dom Helder

Revista de Direito

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Estevão D'Ávila de Freitas

EDITORA DOM HELDER

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio

Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa

Endereço: R. Álvares Maciel, 628, Santa Efigênia, CEP: 30150-250 – Belo Horizonte-MG.

Tel.: (31) 2125-8836. E-mail: revistadomhelder@domhelder.edu.br**Editora Chefe:**

Beatriz Souza Costa

Editores Adjuntos:

Anacélia Santos Rocha

Franclim Jorge Sobral de Brito

Secretários de Edição:

Cristalân Belça da Silva

Rafael Faber Fernandes

Revisão de originais:

Mônica de Deus Martins

Editoração, arte-final, capa:

Rômulo Garcias

Periodicidade: quadrimestral**Versão eletrônica:**<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/dhrevistadedireito/user>**Ficha catalográfica**

D666 Dom Helder Revista de Direito
v. 1, 2019. Belo Horizonte: Escola Superior Dom
Helder Câmara, 2019.

v. 2, n. 4, Set./Dez. 2019. (Ed. Dom Helder)

ISSN 2596-0601 (Eletrônico)

1. Direito – periódicos, 2. Escola Superior Dom Helder Câmara
I. Título.

CDU 34 (05)
CDD 340.05

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3094

**Revista dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação
(Lato Sensu e Stricto Sensu) da Escola Superior Dom Helder Câmara**

EXPEDIENTE

Editora Chefe: Beatriz Souza Costa

Conselho Editorial

Prof.ª. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil. Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, RS), Brasil. Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP), Brasil. Prof.ª. Dra. Helena Regina Lobo da Costa – Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil. Prof.ª. Dra. Liziane Paixão Oliveira – Universidade Tiradentes (Aracaju, SE), Brasil. Prof.ª. Dra. Mariana Ribeiro Santiago – Universidade de Marília (Marília, SP), Brasil. Prof.ª. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado – Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE), Brasil. Prof. Dr. Valmir Cesar Pozzetti – Universidade do Estado do Amazonas (Manaus, AM) e Universidade Federal do Amazonas (Manaus, AM), Brasil. Prof. Dr. Wagner de Oliveira Rodrigues – Universidade Estadual de Santa Cruz (Ilhéus, BA), Brasil.

Conselho Avaliador

Cildo Giolo Júnior – Universidade de Franca (UNIFRAN) – Franca-SP, Brasil. Claudio Gabriel Guimarães – Universidade Federal do Maranhão (UFMA) – São Luís-MA, Brasil. Denise Friedrich – Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil. Elenise Schonardie – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI) – Ijuí-RS, Brasil. Fernando Sérgio Tenório de Amorim – Fundação Educacional Jayme de Altavilla (FEJAL)/Centro Universitário CESMAC – Maceió-AL, Brasil. Gerardo Clésio Maia Arruda – Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) – Fortaleza-CE, Brasil. Gianpaolo Poggio Smanio – Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) – São Paulo-SP, Brasil. Janete Rosa Martins – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim-RS, Brasil. Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha – Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB) – São Luís-MA, Brasil. José Irialdo Alves Oliveira Silva – Universidade Federal de Campina Grande – Campina Grande-PB, Brasil. Liziane Paixão Oliveira – Universidade Tiradentes (UNIT) – Aracaju-SE, Brasil. Luiz Ricardo Guimarães – Centro Universitário IESP – Bauru-SP, Brasil. Marcia Andrea Bühring – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) – Porto Alegre-RS, Brasil. Patryck de Araujo Ayala – Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) – Cuiabá-MT, Brasil. Paulo de Bessa Antunes – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) – Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – Universidade Nove de Julho (UNINOVE) – São Paulo-SP, Brasil. Tadeu Lavor Filho – Universidade Federal do Ceará – Fortaleza-CE, Brasil. William Soares Pugliese – Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL) – Curitiba-PR, Brasil.

Sumário

- 6 APRESENTAÇÃO
- 9 LOS PRINCIPIOS RECTORES, NORMAS Y POLÍTICAS VENEZOLANAS DE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN CONTRASTE CON EL DECRETO DE CREACIÓN DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO
Juan Domingo Alfonso Paradisi
- 47 REGIMES INTERNACIONAIS E A PROTEÇÃO DE REFUGIADOS: DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS ÀS NOVAS PERSPECTIVAS
Liziane Paixão Silva Oliveira
Rute Oliveira Passos
Matheus Macedo Lima Porto
- 65 UMA REFLEXÃO SOBRE AS MULHERES PESCADORAS BRASILEIRAS A PARTIR DO PENSAMENTO DESCOLONIAL
Denise Almeida de Andrade
Roberta Laena Costa Jucá
Tarin Cristino Mont'Alverne
- 89 O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E O JULGAMENTO DO TEMA N. 988 PELO STJ
Fernando Lage Tolentino
Gabrielle Pamplona Cunha
- 113 QUE CONSEQUÊNCIAS TEM O USO EXCESSIVO DE CELULAR PARA A FORMAÇÃO JURÍDICA?
Edmilson de Jesus Ferreira
Adair José dos Santos Rocha
Cláudia Madrona Moreira Haas
- 141 O POSITIVISMO JURÍDICO: UMA ALTERNATIVA VIÁVEL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL
Kiwonghi Bizawu
Márcio Luiz Ribeiro Mota
- 165 ASPECTOS JURÍDICOS DA (IN)COMPATIBILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIOS UTILIZADO NAS AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO
Danilo Henrique Nunes
Lucas Souza Lehfeld
Thales Pedrucci Lemos
- 189 EDUCAÇÃO EM GÊNERO E DIVERSIDADE SEXUAL E LGBTIFOBIA NAS ESCOLAS: DESCONSTRUÇÃO DO BULLYING AO CRIME
Antônio Rodrigues Neto
Marco Antônio Carrasco
- 213 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NÃO É DISCURSO DE ÓDIO
Taciana Nogueira de Carvalho Pieroni
Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

APRESENTAÇÃO

A *Dom Helder Revista de Direito* comemora, neste mês de dezembro, seu primeiro ano de existência. É com muita alegria que agradecemos a todos(as) os(as) autores(as) que confiaram seus excelentes artigos a esta revista. Também não podemos deixar de agradecer aos pareceristas que contribuíram, com trabalho árduo, para que a revista cumprisse totalmente as datas de publicações, por ser uma revista quadrienal.

Esta edição tem o orgulho de publicar nove trabalhos com pesquisas de extremo valor teórico-científico, como o do professor Juan Alfonzo Paradisi, proveniente da Universidade Central de Venezuela (UCV) e da Universidade Católica Andrés Bello (UCAB). Paradisi brinda-nos com um texto profundo e esclarecedor sobre as normas venezuelanas – constitucionais e infraconstitucionais – de proteção ao meio ambiente. No artigo, ele explica os princípios relativos ao meio ambiente, bem como o contraste e a violação destes em um país em complexa crise política, social e econômica.

Liziane Paixão, doutora e professora titular na UNIT, Rute Passos, mestranda na UNIT, e Matheus Porto, graduando na mesma instituição, desenvolveram o trabalho intitulado “Regimes internacionais e a proteção de refugiados: dos antecedentes históricos às novas perspectivas”. O texto aborda a necessidade de uma outra compreensão das demandas surgidas a partir dos novos fluxos migratórios, considerados complexos, comparados àqueles que principiaram a proteção jurídica internacional para refugiados no período pós-Segunda Guerra Mundial. É uma leitura importante para aqueles interessados em antecedentes históricos sobre o surgimento da proteção internacional para refugiados.

Ainda na temática sobre direitos humanos, Kiwonghi Bizawu e Márcio Mota analisam o positivismo jurídico em sua vertente extremista e moderada, definindo os rumos a serem tomados para uma maior efetivação dos direitos fundamentais, entre os quais o meio ambiente. Assim, os autores trazem a lume as críticas feitas à visão do Direito, à luta pelos direitos humanos e ao Direito Ambiental sob o prisma do positivismo jurídico.

Edmilson de Jesus Ferreira, Adair José dos Santos Rocha e Cláudia Madrona Moreira Haas desenvolveram uma pesquisa respeitável sobre a consequência do uso excessivo de celulares por estudantes de Direito. Esse é um problema que pode afetar a formação jurídica dos estudantes. Nesse sentido, é um trabalho especial, pois foi utilizada a metodologia de pesquisa quali-quantitativa, ou seja, o trabalho torna-se mais crível em sua conclusão.

Falando também sobre educação, Antônio Rodrigues Neto e Marco A.

Carrasco, do Mato Grosso do Sul, pesquisaram sobre “Educação em gênero e diversidade sexual e LGBTIfobia nas escolas: desconstrução do bullying ao crime”. Trata-se de um tema sensível que tem gerado consequências desastrosas no Brasil. Por isso, os autores objetivaram demonstrar de que maneira a educação em gênero e diversidade sexual pode servir ao enfrentamento do bullying escolar contra pessoas LGBTI, considerando a possibilidade de penalização das práticas LGBTIfóbicas, a partir de decisão do STF que associou a discriminação com base em gênero e sexualidade ao racismo.

A temática sobre discriminação tem continuidade no texto de Taciana Nogueira de Carvalho Pieroni, que versa sobre o direito de liberdade de expressão como direito fundamental exercido sob a égide do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O tema principal é a distinção entre liberdade de expressão e discurso de ódio. A autora afirma que condutas preconceituosas e discriminatórias não são direitos de liberdade de expressão, muito pelo contrário, são práticas atentatórias aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

A prática discriminatória e de exclusão de pessoas na América Latina tem origem histórica. É o que discutem, com um recorte sobre as mulheres pescadoras do Brasil, Tarin Cristino Mont’Alverne, Denise Almeida de Andrade e Roberta Laena Costa Jucá. As autoras abordam as vivências dessas mulheres, suas compreensões e sua resistência aos padrões androcêntricos da pesca, além das limitações impostas pelo Direito e de sua capacidade de resistência, a qual vem impondo, paulatinamente, fissuras em um sistema que parecia inalterável. É um texto sensível, que vem transformar o modo de ver e de viver dessas mulheres, além do olhar da sociedade.

Com foco processual, Fernando Lage Tolentino e Gabrielle Pamplona Cunha discorrem acerca da natureza jurídica do rol legal de hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, previsto no art. 1.015 do Código de Processo Civil vigente. Para tanto, necessitam analisar a tese de taxatividade mitigada do rol em análise, quando do julgamento do Tema n. 988, o que fazem de maneira brilhante.

De Ribeirão Preto, no estado de São Paulo, Danilo Henrique Nunes, Lucas Souza Lehfel e Thales Pedrucci Lemos discorrem sobre a utilização do regime de precatórios nas ações de desapropriação reguladas pela CRFB/1988 e pelo Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941 (Lei de Desapropriação por Utilidade Pública). Esse decreto, que foi recebido pela Constituição Federal, expõe as controvérsias jurisprudenciais em relação à maneira de realização do pagamento da justa indenização abrangida quando da aplicação do instituto. Os autores

demonstram a (in)compatibilidade da aplicação dos precatórios como forma de pagamento nas ações de desapropriação.

A *Dom Helder Revista de Direito*, com uma temática extraordinária em seu fechamento do ano de 2019, convida todos(as) a ler e utilizar os artigos como fonte de pesquisa, na certeza de que estarão adquirindo conhecimento de autores extremamente dedicados à pesquisa. Desejamos a nossos(as) leitores(as) boas festas!

Beatriz Souza Costa

Editora da Dom Helder Revista de Direito

Professora do Programa de Pós-Graduação de Mestrado e Doutorado em
Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Dom Helder Escola de
Direito

LOS PRINCIPIOS RECTORES, NORMAS Y POLÍTICAS VENEZOLANAS DE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN CONTRASTE CON EL DECRETO DE CREACIÓN DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO¹

Juan Domingo Alfonzo Paradisi²

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

Artigo recebido em: 18/11/2019.

Artigo aceito em: 19/11/2019.

Resumo

El presente trabajo tiene por objeto reseñar en primer lugar, los principios rectores, así como las normas de protección del ambiente en Venezuela tanto de rango constitucional, legal y sublegal y fundamentalmente, en segundo lugar, destacar el contraste, así como la violación a dichos principios y normas en materia ambiental por el Decreto 2.248/2016 dictado por el Presidente de la República mediante el cual se crea “La Zona de Desarrollo

Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco (AMO)” afectando una extensión territorial de 111.843,70 km². La investigación se desarrolló con el método de razonamiento deductivo y la técnica de investigación bibliográfica y artículos científicos, así como la investigación de la legislación nacional.

Palavras-clave: Arco Minero del Orinoco; medio ambiente; Políticas venezolanas; principios.

¹ Trabajo presentado en fecha 20 septiembre 2018 en el V Congreso Internacional de Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable en la Escola Superior de Direito Dom Helder Camara en Belo Horizonte, Brasil.

² Maestría en Estudios Superiores en Administración Pública Instituto Nacional de Administración Pública por el Instituto Nacional de Administración Pública (INA), en España. Abogado Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor de Derecho Administrativo (Pre y Postgrado) en la Universidad Central de Venezuela (UCV) y en la UCAB. Profesor de Postgrado en Derecho Administrativo en la UCAB. Profesor de Pregrado en Derecho Administrativo I en la UCV. E-mail: jalfonzo@tpa.com.ve

*THE GUIDING PRINCIPLES, VENEZUELAN
RULES AND POLICIES OF PROTECTION OF
THE ENVIRONMENT IN CONTRAST WITH THE
CREATION OF THE DECREE ABOUT ORINOCO
MINING ARCH*

Abstract

The purpose of this paper is to review, in the first place, the guiding principles, as well as the norms of environmental protection in Venezuela of both constitutional, legal and sub-legal rank and, fundamentally, secondly, to highlight the contrast, as well as the violation of said principles and norms in environmental matter by Decree 2.248 / 2016 issued by the President of the Republic by means of which “The National Strategic Mining Area

of the Orinoco Arc (AMO)” is created, affecting a territorial extension of 111,843.70 km². The research was carried out with the deductive reasoning method and the literature research and scientific articles, as well as the investigation of national legislation.

Keywords: *environment; principles; Orinoco Mining Arch; Venezuelan policies.*

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto reseñar en primer lugar, los principios rectores, así como las normas de protección del ambiente en Venezuela tanto de rango constitucional, legal y sublegal y fundamentalmente, en segundo lugar, destacar el contraste, así como la violación a dichos principios y normas en materia ambiental por el Decreto 2.248 dictado por el Presidente de la República, publicado en la Gaceta Oficial n. 40.855 de fecha 24 de febrero de 2016, mediante el cual se crea “*La Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco (AMO)*” afectando una extensión territorial de 111.843,70 km².

A través de la presente investigación abordaremos los principios rectores en materia ambiental desarrollados por normas de rango constitucional y legal así como en convenios internacionales aprobados por Venezuela y principalmente destacaremos el no seguimiento y violación de varios de ellos por el Decreto de Creación del Arco Minero del Orinoco (AMO).

Lo ideal es que se alcance un desarrollo económico sustentable y que exista una armonía entre el desarrollo económico y el medio ambiente, así como la debida protección del ambiente y de los recursos naturales.

1 Principios rectores constitucionales y normas legales en Derecho Ambiental venezolano

Los principios rectores previstos en la Constitución Nacional y en las leyes ambientales rigen para los órganos del Poder Público y para el ejercicio de sus funciones jurídicas, así como también para la tutela y protección de los derechos humanos. Estos principios rectores que constituyen normas rectoras del derecho ambiental y que se precisan como principios que rigen los diferentes regímenes jurídicos aplicables a la conservación defensa y mejoramiento del ambiente. Al establecer la Constitución o las leyes determinados principios como normas rectoras las convierte mediante la técnica jurídica en fórmulas más o menos amplias en Derecho positivo e implicando así un punto de referencia para la interpretación y aplicación del derecho vigente formulado en normas-reglas (MEIER, 2011; 2003) Se puede diferenciar según ha señalado un sector de la doctrina (MEIER, 2011), en relación de la naturaleza jurídica de estos principios rectores algunos de carácter vinculante pero poco operativos que requieren una progresiva implementación por medio de política públicas (planes, programas, proyectos, medidas etc.); de los principios que pueden aplicarse de forma inmediata y por tanto de naturaleza operativa, mediante normas-reglas, es decir por medio de ejercicios de los derechos

ambientales de las personas naturales jurídicas o por medio de ejercicio de las potestades y deberes de los organismos que integran la administración pública. Aquí de seguidas, seguimos al profesor Henrique Meier y la sistematización por él ofrecida en relación a los principios de derecho ambiental.

1.1 Principios rectores vinculantes, pero poco operativos

1.1.1 Principio de desarrollo sustentable

El artículo 299 de la Constitución venezolana establece dentro de los principios del régimen socio económico de la República Bolivariana de Venezuela: la protección del ambiente. De allí pues, la relación entre desarrollo económico y protección del ambiente se subsume en el concepto del “desarrollo” ecológicamente sustentable y sostenible y la sustentabilidad y su mantenimiento en el tiempo depende del grado de preservación de los bienes que conforman la base material ecológica de ese proceso: suelos, bosques, aguas, capa vegetal, especies vivas (MEIER, 2011). De allí pues, el daño irreversible a los recursos naturales compromete no solo el disfrute de una calidad de vida ambiental, sino que también pone en peligro las actividades productivas de la sociedad.

Lo importante en el caso venezolano de conformidad con el Plan de la Patria 2013-2019 publicado en Gaceta Oficial n. 6.118 extraordinaria de fecha 4 de diciembre 2013, el cual constituye un mecanismo de ordenación económica en Venezuela que ha pretendido tener carácter de Ley (MEIER, 2011). No obstante ello, dicho plan ha sido seguido por el gobierno en términos generales desde el punto de vista indicativo en sus políticas públicas estableciéndose en el mismo- en su gran objetivo histórico n. 3- el carácter de industria extractiva de la economía venezolana en referencia al petróleo, minería: oro, coltán entre otros.

Gran Objetivo Histórico n. 3

III. Convertir a Venezuela en un país potencia en lo social, lo económico y lo político dentro de la Gran Potencia Naciente de América Latina y el Caribe, que garanticen la conformación de una zona de paz en Nuestra América.

Así, se establece en el Plan de la Patria 2013-2019 en su Objetivo Nacional n. 3:

3.1. Consolidar el papel de Venezuela como Potencia Energética Mundial.

Objetivos Estratégicos y Generales

3.1.15.3. Duplicar las reservas minerales de bauxita, hierro,

coltán (niobio y tantalita), níquel, roca fosfórica, feldespato y carbón, con la certificación de los yacimientos ubicados en el Escudo de Guayana, Cordillera de los Andes, Sistema Montañoso del Caribe y la Sierra de Perijá.

3.1.16.4. Conformar empresas mixtas para la explotación y procesamiento de bauxita, hierro, coltán (niobio y tantalita), níquel, roca fosfórica, feldespato y carbón; en las cuales la República tenga el control de sus decisiones y mantenga una participación mayoritaria (VENEZUELA, 2013, Subrayado nuestro).

Ahora bien, a pesar de la decisión del gobierno venezolano de determinar su industria como extractiva, ello no puede implicar un divorcio con la debida protección del ambiente y de los recursos naturales, así como de la sustentabilidad y sostenibilidad en el tiempo del proceso de desarrollo económico el cual debe ser económicamente sustentable y sostenible de acuerdo a los principios rectores en materia ambiental que prevé la Constitución vigente.

En relación con el vínculo entre desarrollo económico y protección del ambiente el Tribunal Constitucional español ha señalado lo siguiente:

El desarrollo económico es igualmente necesario para lograr la calidad de vida, por lo que la conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma en que cada caso decida el legislador competente, la protección de ambos bienes jurídicos constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico. **Si el Estado ha declarado la prioridad de determinadas actividades extractivas para la defensa de la economía nacional, hay que respetar esa prioridad...no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la utilización racional de estos recursos con la protección de la naturaleza, todo** ello para el mayor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida (ESPAÑA, 1982, subrayado nuestro).

Así las cosas, a pesar de que Venezuela a través del Plan de la Patria haya declarado la prioridad de determinadas *industrias extractivas* por ejemplo petróleo y minería, ello no obsta, ni impide armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza y de los recursos naturales para el mejor desarrollo de la persona y asegurar la calidad de vida.

Así mismo, el artículo 50 de la Ley Orgánica del Ambiente en lo adelante “LOA” establece:

El aprovechamiento de los recursos naturales y de la diversidad biológica debe hacerse de manera que garantice su sustentabilidad”.

Por tanto, la explotación y el desarrollo debe ser *ecológicamente sustentable* y preservan, como se ha dicho los bienes ambientales entre otros los bosques, las aguas, los recursos hídricos y la capa vegetal, evitando así la tala indiscriminada, la degradación y contaminación de las aguas, y permitiendo el uso de los recursos hídricos para garantizar la conservación de la vida y el desarrollo económico (VENEZUELA, 2006).

En este sentido el artículo 3 de la “LOA” define el aprovechamiento o utilización sustentable de los bienes ambientales como:

Proceso orientado a la utilización de los recursos naturales y demás elementos de los ecosistemas, de manera eficiente y socialmente útil, respetando la integridad funcional y la capacidad de carga de los mismos, en forma tal que la tasa de uso sea inferior a la capacidad de regeneración”; y de igual manera se define el artículo 3 de la “LOA” define como Desarrollo sustentable: Proceso de cambio continuo y equitativo para lograr el máximo bienestar social, mediante el cual se procura el desarrollo integral, con fundamento en medidas apropiadas para la conservación de los recursos naturales y el equilibrio ecológico, satisfaciendo las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las generaciones futuras (VENEZUELA, 2006).

Así pues, este principio de desarrollo sustentable para convertirse en un principio operativo requiere su traducción en normas-reglas, medios y técnicas jurídicas y normas procedimentales; programas y proyectos de desarrollo; procedimientos de control autorizatorio, evaluación ambiental y los estudios de impacto ambiental; la prohibición de actividades susceptible de dañar el ambiente de modo irreversible o irreparable; en definitiva el conjunto de técnicas derivadas de los principios de prevención, precaución, prudencia que se explicarán infra.

En cuanto a esta importante relación entre desarrollo económico y protección del ambiente el artículo 24 de la “LOA” establece:

La planificación del ambiente forma parte del proceso de desarrollo sustentable del país. Todos los planes, programas y proyectos

de desarrollo económico y social, sean de carácter nacional, regional, estatal o municipal, deberán elaborarse o adecuarse, según proceda, en concordancia con las disposiciones contenidas en esta Ley y con las políticas, lineamientos, estrategias, planes y programas ambientales, establecidos por el ministerio con competencia en materia de ambiente (VENEZUELA, 2006).

Seguindo o caminho dos princípios ambientais, a seguir compreenderemos como o cidadão participa da proteção ambiental em Venezuela.

1.1.2 Principio de Corresponsabilidad entre el Estado y la Sociedad en la Gestión de Bienes Ambientales y la Participación Ciudadana, la Conservación y Mejoramiento del Ambiente

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) prevé el principio de corresponsabilidad en el artículo 326 estableciendo “El principio de la corresponsabilidad se ejerce en los ámbitos económico social, políticos, cultural, geográfico, ambiental y militar”.

Así mismo, en los artículos 127 y 128 se establece “la obligación del Estado de garantizar a los pueblos un ambiente sano, libre de contaminación”. El derecho-deber de cada generación de proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. La obligación del Estado de proteger el ambiente y la diversidad biológica, los procesos ecológicos, los parques nacionales, monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica, art. 127 CRBV (VENEZUELA, 1999).

De igual manera se establece como obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde le aire, el agua, los suelos, la capa de ozono, el clima, las costas y las especies vivas, sean especialmente protegidos de conformidad con la ley.

Por otra parte, la Constitución venezolana prevé el deber del Estado de establecer una política de ordenación del territorio atendiendo a las necesidades ecológicas, poblacionales, culturales, sociales, geográficas, económicas y políticas de acuerdo a las premisas de desarrollo sustentable.

1.2 Principios Operativos de Aplicación Inmediata en Virtud de Técnicas Jurídicas

A diferencia de los principios anteriormente señalados, estos son de aplicación inmediata, por instrumento de las normas-reglas legales que contienen las diferentes técnicas o medios específicos creados a tales fines. La fuerza normativa de ellos no admite discusión.

1.2.1 Principio de precaución

Según el artículo 4.3 de la “LOA”: “la falta de certeza científica no puede alegarse como excusa o razón suficiente para no adoptar medidas preventivas y eficaces en caso de actividades que puedan impactar negativamente el ambiente”. (VENEZUELA, 2006)

El principio de precaución, cuya finalidad es la preservación del ambiente justifica cualquier medida preventiva, eficaz para impedir la realización de actividades capaces de degradar bienes ambientales.

Ha sido desarrollado por diversas leyes en Venezuela, entre otras, la ya citada Ley Orgánica del Ambiente (en lo adelante “LOA”), en sus artículos 4.3, 84 y 85, así como en el artículo 4 de la Ley de Biodiversidad. De igual manera el artículo 3.6 de la Ley de Bosques establece:

Art. 3 Las disposiciones de esta ley se aplican bajo los siguientes principios:

6. **Precaución:** la obligación de evitar o prevenir decisiones que impliquen riesgos o posibilidad de daños graves o irreparable a los bosques y al patrimonio forestal, no puede evadirse invocando la falta de certeza científica (VENEZUELA, 2006, Subrayado nuestro).

Así mismo, el principio de precaución es previsto en el Convenio de Río de 1992 aprobado por Venezuela:

PRINCIPIO 15: Con el fin de proteger el medio ambiente, los **Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades.** Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Mención de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC23). Según la OC23 de la Corte Interamericana de DDHH, párrafo 175:

“el principio de precaución, en materia ambiental, se refiere a las medidas que se deben adoptar en casos donde no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente” (Subrayado nuestro).

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Pesca y Agricultura (LDBA, GO n. 5.877 del 14 de marzo de 2008) también contiene dicho principio:

“El Estado **deberá aplicar ampliamente el criterio de precaución en el ordenamiento y la explotación de los recursos hidrobiológicos** con el fin de conservarlos y de proteger al medio acuático. Cuando haya peligro de daño grave irreversible, **la falta de certeza absoluta o información científica no será motivo para aplazar o dejar de adoptar las medidas a conservar el ambiente**, los organismos que son objeto de la pesca y acuicultura, los asociados o dependientes y aquellos que no son objeto de la pesca” (artículo 29) (ONU, 1992, Subrayado nuestro).

Así señala el profesor Meier, la precaución ambiental se traduce en el adagio jurídico “in dubio pro natura”, en caso de duda debe favorecerse el interés público ambiental, la protección de los bienes ambientales. Tal adagio es una interpretación y aplicación analógica del principio de Derecho Penal “In dubio pro reo” (MEIER, 2011, p. 62).

Pareciera que la precaución es previa a la prevención, pues esta opera una vez que el principio de precaución efectúa su función. Los pasos o fases para la aplicación de ambos principios en el control de actividades susceptible de degradar el ambiente son los siguientes:

-Primero, se debe evaluar e identificar el riesgo potencial de la actividad, los efectos potencialmente negativos que podría generar esa actividad. Esta primera fase ha de llevarse a cabo sobre la base de datos científicos y técnicos fiables y un razonamiento que pondere las probabilidades de la gravedad del riesgo para la salud humana y el ambiente tomando en cuenta: daños posibles, reversibilidad, efectos en el tiempo.

-Segundo, de esa evaluación inicial surgen dos posibilidades: a) **Que la falta de certeza científica impida la posibilidad de prevenir los riesgos del daño y, en consecuencia, se aplique el**

principio de precaución prohibiendo la realización de la actividad susceptible de degradar el ambiente.

b) Que efectivamente con los conocimientos científicos disponibles los riesgos potenciales puedan ser objeto de control. En este supuesto, se aplicará el principio de prevención y la técnica del estudio del impacto ambiental con el objeto de establecer el tipo de riesgo, los daños potenciales y las medidas para mitigar, corregir y restaurar el daño ambiental.

En suma, la prevención y la precaución legitiman dos tipos de prohibiciones y actividades para garantizar la protección ambiental señalada por el profesor Meier:

a) Prohibición normativa absoluta: Cuando se tiene certeza científica respecto al daño ambiental grave e irreversible que ocasionan una actividad susceptible de degradar el ambiente, la prohibición debe expresarse legalmente y fundarse en la presunción *jure de jure* (que no admite prueba en contrario) es decir un daño cierto.

b) Prohibición administrativa: Cuando se carece de certeza científica acerca del probable impacto degradante de una actividad, es decir cuando se presume el riesgo de un daño probable, la autoridad administrativa competente debe adoptar la medida preventiva acorde con la situación en pocas palabras, no autorizar la actividad (MEIER, 2011, p. 65, Subrayado nuestro).

1.2.1 Principio Precautorio o de Prevención

Se prevé desde la Constitución Venezolana de 1999 como principio fundamental el principio de prevención, como “principio maestro del Derecho Ambiental” y como estrategia fundamental y prioritaria, estableciéndose su técnica operativa en la propia norma constitucional, artículo 129 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo constituye, la obligación general de presentar el “Estudio de Impacto Ambiental” en toda actividad susceptible de generar daños a los ecosistemas.

Esta exigibilidad del estudio de impacto ambiental ha sido igualmente prevista y desarrollada por normas de rango legal y sublegal como lo son la “LOA” (art. 84 y 85), en la Ley de Biodiversidad, en adelante “LDB” (art. 4) y de manera especial ha sido desarrollada por el Decreto 1.257 publicado en la Gaceta Oficial 35.946 del 25 de abril de 1986.

En Venezuela se establece en su legislación un sistema procedimental autorizatorio que engloba las garantías necesarias para asegurar la mejor localización de las actividades humanas en el territorio. “Estos procedimientos autorizatorios se agrupan en aquellos que tienen que ver con la ocupación del territorio, con los estudios de impacto ambiental, con el aprovechamiento de los recursos naturales y con el control de las actividades susceptibles de degradar el ambiente”³.

La doctrina ha señalado que de las tres grandes estrategias para alcanzar metas razonables en la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente: La prevención, la represión, la reparación y la restauración del daño ambiental y ecológico, la primera supera en jerarquía axiológica y práctica a la segunda y a la tercera y que la represión y la reparación son estrategias definitivamente complementarias.

Así se ha sostenido que es preferible prevenir la degradación, contaminación y daños a los mismos que remediar posteriormente tales perjuicios, ya que en muchos casos la restauración es científicamente imposible (daños irreversibles). Así las cosas, esta prioridad axiológica la reconoce el artículo 4.2 de la “LOA”.

Artículo 4.2: “La gestión del ambiente comprende:

Prevención: **Medida que prevalecerá sobre cualquier otro criterio en la gestión del ambiente**” (VENEZUELA, 2006, Resaltado nuestro).

Así mismo, en la “LOA” publicada en la Gaceta Oficial n. 5.833 Extraordinario del 22 de diciembre de 2006, en sus diversos artículos se establecen normas que prevén el principio de prevención, dentro de las cuales podemos mencionar:

Artículo 40: El Ejecutivo Nacional, a través del ministerio con competencia en materia ambiental, reglamentará los mecanismos para hacer efectivo el ejercicio legítimo del derecho a la participación ciudadana en la formulación, adopción, ejecución y control de las políticas, planes, proyectos y otras medidas dirigidas a la conservación del ambiente.

Artículo 77: El Estado, a través de la Autoridad Nacional Ambiental, ejercerá el control ambiental sobre las actividades y sus efectos capaces de degradar el ambiente, sin menoscabo de las competencias de los estados, municipios, pueblos y comunidades indígenas, en aquellas materias ambientales expresamente asignadas por la Constitución y las

3 Blanco Uribe, Alberto: “La Tutela Ambiental como Derecho- Deber del Constituyente. Base Constitucional y Principios Rectores del Derecho Ambiental”. Revista de Derecho Constitucional n. 6. Editorial Sherwood, Caracas, 2002. p. 52

leyes, garantizando así la gestión del ambiente y el desarrollo sustentable. El artículo 80 establece una serie de actividades susceptibles de degradar el ambiente.

Artículo 80:

Se consideran actividades capaces de degradar el ambiente:

1. Las que directa o indirectamente contaminen o deterioren la atmósfera, agua, fondos marinos, suelo y subsuelo o incidan desfavorablemente sobre las comunidades biológicas, vegetales y animales.
2. Las que aceleren los procesos erosivos y/o incentiven la generación de movimientos morfodinámicos, tales como derrumbes, movimientos de tierra, cárcavas, entre otros.
3. Las que produzcan alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas.
4. Las que generen sedimentación en los cursos y depósitos de agua.
20. Cualesquiera otras que puedan dañar el ambiente o incidir negativamente sobre las comunidades biológicas, la salud humana y el bienestar colectivo.

Artículo 83: El Estado podrá permitir la realización de actividades capaces de degradar el ambiente, siempre y cuando su uso sea conforme a los planes de ordenación del territorio, **sus efectos sean tolerables**, generen beneficios socioeconómicos y se cumplan las garantías, procedimientos y normas. En el instrumento de control previo se establecerán las condiciones, limitaciones y restricciones que sean pertinentes (VENEZUELA, 2006, Subrayado nuestro).

Se ha sostenido el Principio del Daño Permisible como un principio rector, pero según otro sector de la doctrina, en realidad es una consecuencia del principio de prevención⁴, y de lo que se trata, es de permitir o tolerar algunos daños en tanto y en cuanto sean: conformes a los planes de ordenación de territorio, sean tolerables, generen beneficios socioeconómicos y se cumplan con las garantías procedimentales y del debido proceso tal y como lo prevé el artículo 83 de la Ley Orgánica del Ambiente.

Artículo 84: La evaluación de impacto ambiental está destinada a:
1-Predecir, analizar e interpretar los efectos ambientales potenciales de una propuesta en sus distintas fases.

⁴ Blanco Uribe, Alberto: La Reparación Ambiental en Venezuela. En Responsabilidad por daños al Medio Ambiente. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1999.

- 2-Verificar el cumplimiento de las disposiciones ambientales.
- 3-Proponer las correspondientes medidas preventivas, mitigantes y correctivas a que hubiere lugar.
- 4-Verificar si las predicciones de los impactos ambientales son válidas y las medidas efectivas para contrarrestar los daños.

Artículo 85: El estudio de impacto ambiental y sociocultural constituye uno de los instrumentos que sustenta las decisiones ambientales, comprendiendo distintos niveles de análisis, de acuerdo con el tipo de acción de desarrollo propuesto. La norma técnica respectiva regulará lo dispuesto en este artículo (VENEZUELA, 2006, resaltado y subrayado nuestro).

Así mismo, la Ley de Gestión de la Diversidad Biológica⁵ establece en su artículo 6 que en la formulación y ejecución de la política en materia de gestión de la diversidad biológica, deberá incorporarse la prevención de los daños a sus componentes y su entorno, como elemento prioritario de conservación de estos bienes jurídicos ambientales en todos los planes, programas, proyectos, actividades o cualquier otra acción o medida emprendida por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera.

Del mismo modo, el Decreto 1.257 publicado en la Gaceta Oficial 35.946 del 25 de abril de 1986 mediante el cual se dictan las Normas sobre Evaluación Ambiental de Actividades Susceptibles de Degradar el Ambiente establece igualmente el requerimiento del necesario estudio de Impacto Ambiental. En este sentido el artículo 3 de dicho decreto establece que el estudio de impacto ambiental consiste:

[...] en un estudio orientado a predecir y evaluar los efectos del desarrollo de una actividad sobre los componentes del ambiente natural y social y proponer las correspondientes medidas preventivas, mitigantes y correctivas a los fines verificar el cumplimiento de las disposiciones ambientales contenidas en la normativa legal vigente en el país y determinar los parámetros ambientales que conforme a la misma deben establecerse para cada proyecto o programa.

Igualmente, el artículo 6 de dicho decreto prevé que el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables requerirá la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental para los programas y proyectos relativos a las siguientes actividades:

⁵ Gaceta Oficial n. 39.070 de fecha 1 de diciembre 2008

Minería Explotación o procesamiento de bauxita...

1-Explotación o procesamiento de minerales o piedras preciosas...

2-Forestal: aprovechamiento o explotaciones forestales de bosques no sujetos a Planes de Ordenación y Manejo Forestal, con una superficie efectiva que supere las 50 Ha y pendientes mayores al 15%.

Aprovechamiento o explotaciones forestales de bosques no sujetos a Planes de Ordenación y Manejo Forestal, con una superficie mayor de 500 ha. Y una intensidad de explotación mayor o igual a 5 árboles por hectáreas.

Así las cosas, el referido decreto, muy importante en Venezuela, exige de igual manera el Estudio de Impacto Ambiental para las actividades mineras y ello es ratificado en el procedimiento para actividades mineras e hidrocarburos previsto en los artículos 15 y siguientes, donde se requieren además aprobaciones para la ocupación del territorio (art. 15), autorizaciones para la afectación de recursos naturales renovables (artículo 17), así como la autorización de afectación de recursos naturales renovables para la fase de perforación exploratoria. Igualmente, dicha normativa requiere estudios de impacto ambiental para afectación de recursos naturales renovables para el desarrollo de explotación temprana y la instalación de planes pilotos.⁶

De igual manera en los casos de explotaciones mineras los beneficiarios de contratos y concesiones deben tramitar las correspondientes autorizaciones para la afectación de los recursos naturales renovables, así como deben presentar Estudio de Impacto Ambiental que debe ser elaborado como instrumento de incorporación de las consideraciones ambientales en el Estudio de Factibilidad Técnico Económica y el correspondiente programa de explotación minero (artículo 20 del referido Decreto 1.257).

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva 23 del año 2017 (en adelante "OC23") se establece que el principio de prevención se refiere a las medidas que deben tomar los Estados para prevenir el daño significativo al medio ambiente, dentro o fuera de su territorio, siendo este "cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal".

Igualmente, establece la OC23-17 que las medidas que deben adoptar los

6 Consúltese: Blanco-Uribe Quintero, Alberto: La Regulación Jurídica de la Evaluación Ambiental en Venezuela. Publicado por: Aveda.org.ve/files/biblioteca/blancouribe/013.pdf. Ponencia presentada para el Seminario Internacional en Derecho Ambiental "La regulación del Impacto Ambiental en la Región Puebla, Panamá" México, Universidad de Quintana Roo, febrero de 2002.

Estados para cumplir con la obligación de prevención, se encuentran los deberes de: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer un plan de contingencia; y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.

1.2.3 Principio de Cooperación

Entre los Estados: derivado de la Convención de Río y OC 23. La obligación de cooperación es una obligación entre Estados.

Se encuentra contemplada en la Declaración de Río:

PRINCIPIO 7: Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.

Según la OC23 de la Corte Interamericana de DDHH, párrafo 182, “en el caso concreto de actividades, proyectos o incidentes que puedan generar daños ambientales significativos transfronterizos, el Estado o los Estados potencialmente afectados requieren de la cooperación del Estado de origen y viceversa, a efectos de adoptar las medidas de prevención y mitigación que fueran necesarias para garantizar los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción. Por otro lado, el cumplimiento por parte del Estado de origen de su obligación de cooperación es un elemento importante en la evaluación de su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas fuera de su territorio que pudiera verse afectadas por actividades realizadas dentro de este”.⁷

Según la OC23 de la Corte Interamericana de DDHH, párrafo 186, esta obligación contempla ciertos deberes específicos tales como i) el deber de notificación; ii) el deber de consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados; y iii) la posibilidad de intercambio de información que se establece en múltiples instrumentos internacionales en materia ambiental.

⁷ https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/published/C10-O-3_dec_01.pdf. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar establece en el párrafo 82 de su sentencia “*Caso de la planta MOX (Irlanda Vs. Reino Unido)*”. Orden de medidas provisionales del 3 de diciembre de 2001, que “se ha determinado que la obligación de cooperación proviene del derecho internacional general y constituye un principio fundamental en la prevención de la contaminación del ambiente marino.

El deber de notificación conlleva la obligación de notificar a los Estados potencialmente afectados por posibles daños significativos al medio ambiente causados por actividades llevadas a cabo bajo su jurisdicción. El momento oportuno para notificar: “surge cuando el Estado de origen adquiere conocimiento o determina que una actividad realizada bajo su jurisdicción conlleva o podría conllevar posibles riesgos de daños transfronterizos significativos”.

El deber de consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados que puede ser relevante para el caso del Arco Minero es una forma de cooperación para prevenir o mitigar daños transfronterizos. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido este deber en el *Caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay* (Sentencia del 20 de abril de 2010, en sus párrafos 144 y 147), al indicar que mientras se esté llevando a cabo un mecanismo de cooperación entre los Estados para prevenir daños significativos al medio ambiente, el Estado de origen está obligado a no autorizar el proyecto y, con mayor motivo, a no ejecutarlo, pues de lo contrario no tendría sentido el mecanismo de cooperación y cualquier negociación entre las partes carecería de propósito.

1.2.4 Principio de prudencia

Se ha sostenido por la doctrina más calificada en Venezuela en Derecho Ambiental (MEIER, 2011) que la Prudencia conlleva a la precaución o a la prevención. Conlleva a la prevención porque el administrador ante lo frágil del medio ambiente debe ser prudente “Prudencia preventiva” y para ello tiene el instrumento del estudio de impacto ambiental. (Artículo 129 de la Constitución vigente en Venezuela “Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural”).

Así mismo, la prudencia exige el rechazo del proyecto cuando sus efectos generan daños (daño previsible artículo 83 de la “LOA”), así como también, llama a la utilización de la mejor tecnología.

De igual manera, el principio de prudencia puede derivar de la Constitución en su artículo 129 el cual establece que los contratos que celebre la República con personas naturales o Jurídicas ya sean estas nacionales o extranjeras o en los permisos que se otorguen que involucren los recursos naturales, se debe considerar incluida una cláusula -así no haya sido expresamente estipulada o escrita de la obligación de conservar el equilibrio ecológico.

Así mismo, el principio de prudencia se puede derivar del artículo 47 de la “LOA”:

La Autoridad Nacional Ambiental, **ante la presunción o inminencia de impactos negativos al ambiente, deberá prohibir o, según el caso, restringir total o parcialmente actividades en ejecución** que involucren los ecosistemas, recursos naturales o la diversidad biológica, sin que ello genere derechos de indemnización.

Artículo 84: La evaluación de impacto ambiental está destinada a:

1. Predecir, analizar e interpretar los efectos ambientales potenciales de una propuesta en sus distintas fases.
2. Verificar el cumplimiento de las disposiciones ambientales.
3. Proponer las correspondientes medidas preventivas, mitigantes y correctivas a que hubiere lugar.
4. Verificar si las predicciones de los impactos ambientales son válidas y las medidas efectivas para contrarrestar los daños (VENEZUELA, 2006).

1.2.5 Principio de Corrección por prioridad de la fuente de donde emanan actividades degradantes: LOA (art. 10.1)

1.2.5.1 Principio de Responsabilidad por Daño Ambiental

La Ley Orgánica del Ambiente (LOA) establece la responsabilidad objetiva y medidas accesorias administrativas, En efecto el Artículo 4 establece:

La gestión del ambiente comprende:

[...]

8. Responsabilidad en los daños ambientales: **La responsabilidad del daño ambiental es objetiva y su reparación será por cuenta del responsable** de la actividad o del infractor (VENEZUELA, 2006, subrayado nuestro).

Igualmente, según lo establecido en la LOA, la simple existencia del daño determina la responsabilidad en el agente dañino (art. 116). Responsabilidad objetiva: “La responsabilidad derivada de daños causados al ambiente es de carácter objetiva, la simple existencia del daño determina la responsabilidad en el agente dañino de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados por su conducta. Queda exceptuada el de probar el nexo de causalidad entre la conducta ejercida y el daño causado, bastando la simple comprobación de la realización de la conducta lesiva” (VENEZUELA, 2006).

Responsabilidad Penal por delitos ambientales, solo basta la comprobación de la violación, no siendo necesaria la demostración de la culpabilidad.

Artículo 131 Responsabilidad penal por delitos ambientales: La determinación de la responsabilidad penal en los delitos ambientales, es objetiva, para lo cual **sólo basta la comprobación de la violación, no siendo necesario demostrar la culpabilidad.**

Artículo 132 Responsabilidad de las personas jurídicas: Las personas jurídicas serán responsables por sus acciones y omisiones por delitos cometidos con ocasión de la contravención de normas o disposiciones contenidas en leyes, decretos órdenes, ordenanzas, resoluciones” y otros actos administrativos de carácter general o particular de obligatorio cumplimiento. Las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con lo previsto en el artículo 130 de esta Ley, en los casos en que el hecho punible haya sido cometido a causa del ejercicio de sus actividades o en su representación, o por orden suya y en su interés exclusivo o preferente (VENEZUELA, 2006).

Así mismo la “LOA” en su artículo 133 establece las medidas que una sentencia condenatoria puede tomar.

Por otra parte, en cuanto al ejercicio legal de la minería El artículo 44 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos⁸ establece el delito de ejercicio ilegal de la minería, en los términos siguientes:

Artículo 44. Las personas naturales, así como los socios y directores de las personas jurídicas, bien sean de carácter público o privado, nacional o extranjero, que por sí o por interpuesta persona, promuevan, inciten y realicen las actividades primarias, conexas o auxiliares a las que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, sin cumplir con las formalidades establecidas, serán penadas con prisión de seis (06) meses a seis (06) años (VENEZUELA, 2006).

Así mismo, el referido artículo establece una agravante en su último aparte, al señalar que “en el caso que las actividades señaladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley “sean desarrolladas en parques nacionales”, la pena aplicable será de prisión de cinco (05) a diez (10) años”.

⁸ G.O. n. 6.210 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015.

1.2.5.2 Otorgamiento de permisos o autorizaciones sin estudios de impacto ambiental

El artículo 43 de la Ley Penal del Ambiente establece la responsabilidad penal en que puede incurrir el funcionario público que otorgue permisos o autorizaciones sin estudios de impacto ambiental, en los términos siguientes:

Artículo 43. El funcionario público o funcionaria pública que otorgue permisos o autorizaciones sin exigir, evaluar y aprobar el estudio de impacto ambiental y sociocultural u otras evaluaciones ambientales en las actividades para las cuales lo exigen las normas sobre la materia, será sancionado o sancionada con arresto de tres meses a un año. La sanción acarreará la inhabilitación para el ejercicio de funciones o empleos públicos hasta por dos años después de cumplida la pena principal (VENEZUELA, 2012).

1.2.6 Principio de Represión: LOA (art. 108)

En ejecución de la Ley Orgánica del Ambiente, “deberán dictarse las adecuadas normas penales y administrativas en garantía de los bienes jurídicos tutelados por la misma. Las sanciones pecuniarias correspondientes serán hasta de diez mil unidades tributarias (10.000UT); y hasta de diez años de prisión si consistieren en penas privativas de libertad debiéndose hacer la fijación de acuerdo con la mayor gravedad del hecho punible a las condiciones del mismo y a las circunstancias de su comisión, manteniendo la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho”⁹.

1.2.7 Principio de Primacía del Interés Público Ambiental

De acuerdo al artículo 4.7 de la “LOA” se prevé una limitación de los Derechos individuales que se conoce también como la primacía de los intereses colectivos. Sin embargo, ello no quiere decir según Meier que siempre y en todas las circunstancias se sacrifiquen otros intereses valores y bienes, sino que hay que ponderar los derechos bienes e intereses y procurar la búsqueda de equilibrio.¹⁰

⁹ En la Unión Europea se ha establecido el principio de contaminador pagador (relacionado a la prevención y reparación.) Desarrollo normativo en Directiva 2004/35 Del Parlamento Europeo y del Consejo, 21 de abril de 2004. Sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:es:PDF>

¹⁰ Consúltese en este sentido Meier Henrique: Categorías Fundamentales Op Cit pág. 74 quien señala que lo que es claro es que la tutela del ambiente no admite discusión en cuanto a proyectos y actividades que causen daños

1.2.8 Obligación de procedimiento para garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal en el contexto de la protección del medio ambiente. Consulta previa a los indígenas para garantizar el derecho de acceso a la información y participación pública

Se establece en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 119 (CRBV) la facultad del Ejecutivo Nacional, con la participación de los referidos pueblos y comunidades indígenas, de demarcar sus tierras y garantizar la propiedad colectiva. Se establece así mismo, que el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se realizará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos y está sujeta a la previa información y consulta a dichas comunidades (art. 120 C RBV).

2 El Decreto del Arco minero y la violación de los principios rectores constitucionales y legales en Derecho Ambiental

La segunda parte del presente trabajo tiene como objetivo patentizar como mediante la aprobación del Decreto del Arco Minero del Orinoco (en lo adelante AMO) y sus actos de ejecución se han violado diversos principios rectores constitucionales en materia ambiental así como las normas legales, tales como los principios referidos en la primera parte de este trabajo: el principio de desarrollo sustentable, el principio de precaución, prevención, la ausencia de estudios de impacto ambiental y la no realización de consultas previas y obligatorias de comunidades indígenas, la afectación de Parques Nacionales, la afectación de derechos humanos (derecho a la asociación, derecho a huelga, derecho a un ambiente sano y libre de contaminación, derecho a la vida y a la integridad personal, derecho a la propiedad, derecho a la consulta previa y del derecho al consentimiento libre, previo e informado) y la militarización de territorios indígenas.

2.1 Contexto, ubicación y extensión del Arco Minero

Se busca explotar y comercializar los *minerales*: Bauxita, Coltán, Diamantes, Oro, Hierro, Cobre, Caolín y Dolomita.

irreversibles al ambiente artículo 83 de la "LOA"; por ejemplo, aprobar un proyecto de urbanización en una zona declarada como parque nacional o una industria siderúrgica en una zona declarada como reserva de la biosfera. De igual manera se sostiene la no posibilidad de alegar la teoría de derechos adquiridos cuando se trata de proteger el medio ambiente y los recursos naturales.



Figura 1 Superficie 111.843,70 km² à 12,2% del territorio nacional.

2.2 La industria extractiva como objetivo estratégico nacional

Se establece en el Plan de la Patria 2013-2019 publicado en la Gaceta Oficial n.6-118 Extraordinario de fecha 4 de diciembre de 2013 el Gran Objetivo Histórico n. 3:

III. Convertir a Venezuela en un país potencia en lo social, lo económico y lo político dentro de la Gran Potencia Naciente de América Latina y el Caribe, que garanticen la conformación de una zona de paz en Nuestra América.

Así mismo se prevé como objetivo nacional:

3.1. Consolidar el papel de Venezuela como Potencia Energética Mundial.

Objetivos Estratégicos y Generales

3.1.15.3. Duplicar las reservas minerales de bauxita, hierro, coltán (niobio y tantalita), níquel, roca fosfórica, feldespato y carbón, con la certificación de los yacimientos ubicados en el Escudo de Guayana, Cordillera de los Andes, Sistema Montañoso del Caribe y la Sierra de Perijá.

3.1.16.4. Conformar empresas mixtas para la explotación y procesamiento de bauxita, hierro, coltán (niobio y tantalita), níquel,

roca fosfórica, feldespato y carbón; en las cuales la República tenga el control de sus decisiones y mantenga una participación mayoritaria.

Objetivo Nacional

3.2. Desarrollar el poderío económico en base al aprovechamiento óptimo de las potencialidades que ofrecen nuestros recursos para la generación de la máxima felicidad de nuestro pueblo, así como de las bases materiales para la construcción de nuestro socialismo bolivariano.

Objetivos Estratégicos y Generales

3.2.1.5. Desarrollar el aprovechamiento soberano tanto en la extracción como en el procesamiento de los minerales no metálicos; técnicas de maximización del rendimiento y cuidado ambiental, en especial de las cadenas de cemento y agregados de construcción, vidrio e insumos productivos especiales (feldespato, caolín, cal, cal siderúrgica, yeso, caliza, sílice, soda ash, entre otros) y nuevos desarrollos como el coltán (VENEZUELA, 2013).

Así se prevé la industria extractiva como objetivo estratégico nacional y se establece y prioriza la industria extractiva de minerales previéndose la constitución de empresas mixtas (INFANTE; GONZALES, 2018).

El gobierno venezolano en virtud de la caída y reducción de los precios del petróleo en los últimos años decidió decretar el Arco Minero del Orinoco a los fines de atraer inversiones y procurar un crecimiento económico a través de un proyecto de megaminería fundamentado en el plan de la patria 2013-2019. De tal manera que el gobierno venezolano apunta, así como lo ha realizado, con el petróleo, ahora con la minería, a una industria extractiva para alimentar el crecimiento económico.

Ahora bien, dicho desarrollo debe realizarse sin destrucción ambiental, efectuando un desarrollo ecológicamente sustentable y sostenible, preservando los bienes ambientales que conforman la base material del proceso: suelos, capa vegetal, aguas bosques, especies vivas, y aplicando los principios rectores previstos en la Constitución y las leyes. En efecto, en este sentido por ejemplo el artículo 50 de la LOA prevé que “El Aprovechamiento de los recursos naturales y de la diversidad biológica debe hacerse de manera que garantice su sustentabilidad” (VENEZUELA, 2006).

Así el propio Plan de la Patria en su objetivo Estratégico y General establece:

3.3.1 Desarrollar la capacidad de producción del país en línea con las inmensas reservas de hidrocarburos, bajo el principio de la explotación racional y la política de conservación del recurso natural agotable y no renovable.

5.4.1 Continuar la lucha por la preservación, el respeto y el fortalecimiento del régimen climático conformado por la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto. De tal manera que de acuerdo a lo establecido en el propio Plan de la Patria la explotación debe ser racional y teniendo en cuenta la conservación de los recursos naturales agotables y no renovables, así como con respecto a la Convenciones del cambio climático y el Protocolo de Kyoto (VENEZUELA, 2013, Subrayado nuestro).

2.3 En el marco del Estado de Excepción se crea la “Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco” (Decreto 2.248, Gaceta Oficial n. 40.855 de fecha 24 de febrero 2016) Vulneración del artículo 150 de la Constitución venezolana vigente

Se emite por el presidente de la República el Decreto de “Estado de Excepción y de Emergencia Económica” (Decreto 2.323 G.O.E. n. 6.227 de fecha 13 de mayo 2016).

que permite al Ejecutivo Nacional aprobar contratos de interés público para [...] el aprovechamiento de recursos estratégicos para el desarrollo económico del país sin sometimiento a autorizaciones o aprobaciones de otros Poderes Públicos, vulnerando así el artículo 150 CRBV. Así el Presidente de la República a través de una figura irregular del establecimiento de un continuo “estado de excepción” Emite el decreto de arco minero que establece en su artículo 2 que la aprobación y suscripción por parte del Ejecutivo Nacional de contratos de interés público para [...] el aprovechamiento de recursos estratégicos para el desarrollo económico del país se realizará sin sometimiento a autorizaciones o aprobaciones de otros Poderes Públicos (VENEZUELA, 2016).

Dicha previsión pretende que el Decreto del Arco Minero no sea aprobado por la Asamblea Nacional, cuando implica grandes contratos de interés públicos nacional, de enorme magnitud económica, vulnera lo establecido en el artículo 150 de la CRBV que establece que la celebración de contratos de interés público nacional requieren la aprobación de la Asamblea Nacional.

Así las cosas, el Ejecutivo Nacional utiliza la figura de estado de excepción para eludir el control político efectuado por los representantes del pueblo en la Asamblea Nacional.

El Decreto del Arco Minero (AMO) fue desconocido y desaprobado mediante acuerdo emitido por la Asamblea Nacional el 14 de junio de 2016, rechazando el decreto de creación del Arco Minero del Orinoco que dejaría sin efecto los contratos de creación de las empresas mixtas creadas para su exploración y explotación.

2.4 Acuerdo de la Asamblea Nacional de fecha 14 de junio de 2016 Rechazando el Decreto de Creación de Zona Estratégica Arco Minero del Orinoco (AMO). El cual es desconocido por el Ejecutivo Nacional posteriormente

El Decreto del AMO y las firmas de convenios y contratos con empresas ha vulnerado la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (art. 150 y 187 numeral 9) ya que fueron dictados y realizados de manera inconulta y sin la aprobación, al tratarse de contratos de interés nacional y de alta envergadura, por la Asamblea Nacional.

Debemos señalar que el Decreto del Arco Minero fue impugnado y demandada su nulidad¹¹ por una plataforma creada por distintas asociaciones y ONG las cuales demandaron su nulidad por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con solicitud de medida cautelar. En fecha de 21 de junio de 2016 dicha demanda fue admitida y el 27 de octubre del mismo año fue declarada improcedente la medida cautelar de suspensión de efectos de dicho decreto.

Según el Informe de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional de creación de la zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco (AMO), del año 2017, la exploración y explotación del AMO coloca en riesgo las reservas de agua dulce de la zona y los bosques tropicales, además de la energía sustentable representada en los bloques de represas estratégicas de la cuenca del río Caroní que surten de energía hidroeléctrica a más del 65% del país.

11 Introdúcen recurso al TSJ para anular Decreto del Arco Minero <http://laiguana.tv/articulos/28829-arco-minero-tsj>

Igualmente, la Asamblea Nacional se pronunció mediante Acuerdo suscrito en fecha 14 de junio de 2016 negando la autorización constitucional al Ejecutivo Nacional para el proyecto del Arco Minero del Orinoco (AMO) con el objetivo de proteger las últimas reservas de agua dulce, no contaminadas del país, la riqueza en biodiversidad contenida en la Reserva Forestal Imataca, la Reserva Forestal El Caura, La Paragua, las zonas protectoras, la Cuenca del Río Caroní, los Tepuyes, el hábitat de los pueblos indígenas, y demás Áreas Bajo Régimen de Administración Especial, Áreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica. Así mismo, en dicho acuerdo parlamentario se proclamó que se mantienen en vigencia Constitucional y legal, las Areas bajo Régimen de Administración Especial, áreas protegidas o de especial importancia ecológica, de todo el país , en particular las ubicadas en los estados Bolívar, Amazonas, Delta Amacuro conocidas como reservas de Imataca, el Caura, La Paragua, Monumento Natural Cerro Guanay y demás Tepuyes, la zona protectora del río Orinoco, la cuenca estratégica del Caroní u otras que poseen protección constitucional y legal”.

Sin embargo, dado el conflicto de poderes públicos en Venezuela este acuerdo relevante de la Asamblea Nacional es desconocido por las autoridades del gobierno nacional.

2.5 Impacto Negativo de Proyecto de Exploración y Explotación del AMO y Violación de los Principios Rectores en Materia Ambiental

2.5.1 Ausencia o falta de estudio de impacto ambiental Art. 129 CRBV

Falta de Estudio de Impacto Ambiental (Art. 129 CRBV y Art. 55 Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas LOPCI).

El Decreto de exploración y explotación del AMO viola los principios rectores en materia ambiental como lo constituye el principio de prevención al no haber efectuado debidamente el Estudio de Impacto Ambiental. En efecto la Constitución venezolana vigente establece en el art. 129:

Artículo 129 CRBV: Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural (VENEZUELA, 1999).

De igual manera la Ley Orgánica los Pueblos y Comunidades Indígenas establece en su art. 55:

Artículo 55 LOPCI: **Todo proyecto de desarrollo público, privado o mixto en hábitat y tierras indígenas, debe contar, previo a su aprobación y ejecución por el órgano competente, con un Estudio de Impacto Ambiental y sociocultural.** Los pueblos y comunidades indígenas serán consultados en la etapa de elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental y sociocultural, pudiendo objetarlos cuando éstos afecten la integridad sociocultural y ambiental. Las observaciones serán incorporadas en la reformulación del estudio, previo al análisis respectivo. Para garantizar este derecho, los pueblos y comunidades indígenas podrán solicitar asistencia técnica y jurídica al ente rector de la política indígena del país, a las organizaciones indígenas o a cualquier otro órgano o ente del estado o privado con competencia en la materia (Subrayado nuestro).

Dichas violaciones a los referidos artículos, además de la vulneración a la “LOA”, (artículos 84 y 85) constituyen una vulneración a los principios rectores en materia ambiental previstos en normas constitucionales y legales, que forman parte del Derecho Internacional y del Derecho interno venezolano como lo constituyen los principios de precaución, prevención y prudencia establecidos tanto en la Constitución venezolana vigente como en el desarrollo legislativo venezolano. En efecto, la ausencia o falta de estudio de impacto ambiental ha sido reconocida incluso expresamente por los representantes del actual gobierno de Venezuela presidido por Nicolás Maduro por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) durante el período de sesiones n. 159 en Ciudad de Panamá en fecha 2-12-2016. Así las cosas, Larry Devoe, Jefe de la delegación oficial venezolana, reconoció que el Ejecutivo Nacional tendrá en su momento los estudios sobre el impacto ambiental y sociocultural de la zonas que cubren el AMO “Esta previsto realizar los estudios de impacto ambiental como lo exigen la constitución y la ley antes de iniciar estas operaciones” reveló Devoe al referirse al área donde se desarrollara el arco minero¹².

2.5.2 Violación al Principio de Precaución

El Estado no ha cumplido con el principio de precaución, ante los posibles daños graves e irreversibles al ambiente, no ha optado por escuchar las advertencias de diferentes grupos de la sociedad civil, incluyendo expertos, ni ha convocado a los diferentes sectores para conocer sus opiniones sobre los riesgos y daños posibles

¹² El estímulo, noticias que te mueven 6-12-2016 <http://elestimulo.com/blog/gobierno-revela-que-no-hizo-estudio-ambiental-del-arco-minero-del-orinoco/>

al ambiente. Tampoco ha elaborado, ni ha ofrecido estudios que demuestren que se impedirá la degradación ambiental. La normativa internacional¹³ (Convenio de Río), la constitución venezolana (artículo 129 CRBV), la “LOA” (artículo 4.3) y el Decreto 1.257 (artículos 3.1 y 15 y ss) obligan, en virtud del principio de Precaución, en caso de duda respecto al desarrollo de una actividad y siempre que haya riesgo que deben evitarse o no autorizarse dichas actividades o proyectos. Por consiguiente, es al Estado venezolano al que corresponde demostrar plenamente con los Estudios de Impacto Ambiental ante la opinión pública que el AMO no ocasionará daños.

2.5.3 Violación al Principio de Prevención

Como se ha destacado en el presente trabajo no existen estudios, ni información pública calificada y realizada con estándares internacionales que garanticen que el Estado venezolano tiene la certeza empírica, científica y académica de los impactos en la implementación del proyecto de mega minería del AMO como tampoco se han establecido de manera clara las medidas a implementar para evitarlos y en su caso mitigarlos. El Estado venezolano debe prevenir con estudios rigurosos, técnicos imparciales e independiente, las consecuencias del AMO en cumplimiento de su obligación de proteger el ambiente, la biodiversidad, la atmósfera y propender a un ambiente sano y aun desarrollo ecológicamente sustentable.

2.5.4 El Decreto del Arco Minero del Orinoco hace prevalecer los intereses del Estado sobre los intereses particulares y menoscaba el derecho de reunión asociación pacífica

El artículo 25¹⁴ del Decreto de Creación de la Zona Estratégica de Desarrollo Integral “Arco Minero del Orinoco” elimina principios de universalidad y progresividad en derechos humanos, así como contenidos inherentes al derecho a la libertad y asociación pacífica. El decreto establece que los intereses de Estado en el proyecto es el de maximizar la producción minera en la zona, encontrándose por encima de los derechos de las personas. En efecto, el artículo 25 establece: “Ningún interés particular, gremial, sindical, de asociaciones o grupos, o sus normativas, prevalecerá sobre el interés general en el cumplimiento del objetivo contenido en el presente decreto”.

13 Carta Mundial de la Naturaleza, Principio 11(b), G.A. Res. 37/7, 28 de octubre de 1982; Convenio sobre la Diversidad Biológica, Preámbulo, “760 U.N.T.S. 79 3 I.L.M. 818, 5 de junio de 1992; Programa 21, parr. 13.40(b) (iv, U.N.Doc. A/ CONE.15 /26/ REV (VOL.II) (1995), Convención Marco de Cambio Climático, art. 3, 31 I.L.M. 849 (1992)

14 Artículo 25 del Decreto n. 2.248 mediante el cual se crea la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional “Arco Minero del Orinoco”: Ningún interés particular, gremial, sindical, de asociaciones o grupos, o sus normativas, prevalecerá sobre el interés general en el cumplimiento del objetivo contenido en el presente decreto.

Por otra parte, el mismo Decreto 25 obstaculiza inconstitucionalmente el derecho a la manifestación pacífica y el derecho a huelga al establecer: “los sujetos que ejecuten o promuevan actuaciones materiales tendentes a la obstaculización de las operaciones totales o parciales de las actividades productivas serán sancionados conforme al ordenamiento jurídico aplicable”

Seguidamente el decreto establece, de manera discrecional, una política de seguridad que puede ocasionar graves violaciones de derechos humanos: “Los organismos de seguridad de Estado llevarán a cabo las acciones inmediatas necesarias para salvaguardar el normal desenvolvimiento de las actividades”.

Estas disposiciones son violatorias de los artículos 53, 68 y 97 de la Constitución venezolana, es contrario a lo previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como al convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Libertad Sindical.

2.5.5 Aceleración de deforestación en Venezuela

Aceleración de deforestación en Venezuela, al contrario del resto de los países de la Pan Amazonia

En términos regionales, se verifica una tendencia a la disminución en la deforestación, la cual tiene un correlativo claro a nivel de Brasil, Bolivia, Ecuador. En algunos países hay ciertas variaciones a ese patrón, con repuntes en períodos intermedios o evidencias de estabilización (Colombia, Perú, Suriname, Guyane Française y Guyana). **El único país que muestra una tendencia opuesta es Venezuela, con evidencias de aceleración en la tasa de pérdida del bosque, y en otros se verifica una tendencia al incremento** en caso que el ritmo anual en el período 2010-2013 se mantenga (Guyane Française, Suriname y Venezuela).” [...] “**La minería en Colombia, las Guayanas y Venezuela, así como la explotación de hidrocarburos en Ecuador, son importantes fuentes de deforestación, principalmente por el acceso facilitado por la construcción de caminos asociados a esas actividades productivas.** Es previsible que la deforestación relativa a estas actividades vaya en aumento en los próximos años.” (Deforestación en la Amazonía (1970-2013) RAISG Red Amazónica de Información Socioambiental Georreferenciada. p. 6, 7, 10.¹⁵

15 <https://www.amazoniasocioambiental.org/es/publicacion/amazonia-2017-areas-protectas-y-territorios-indigenas/>

Juan Carlos Sanchez integrante del grupo Intergubernamental de Expertos sobre el cambio climático ha señalado que “uno de los daños ambientales que conllevaría el Decreto del Arco Minero sería la deforestación masiva necesaria para las excavaciones. Esto incidiría en el cambio climático, pues “La deforestación suprime el proceso de fotosíntesis que absorbe el CO” de la atmósfera, y a la vez emite CO₂” que es el principal gas de efecto invernadero”.

De igual manera Ana Eliza Osorio ex Ministra del Ambiente (2000-2005) ha señalado:

[...] que esto puede llevar a un proceso de desertificación al sur del país. Después de todo la capa vegetal de la zona no es recuperable. Lo que va a dejar abajo es caliza. Osea, que ahí no va a crecer nada más. Los cuerpos acuáticos del Arco Minero también peligran. Afirma Osorio que el megaproyecto minero no se trata solamente de excavación, de deforestación, de arrasar con la superficie de todo lo que es la capa vegetal del suelo, que por cierto en Guayana es bastante frágil, sino que esta tierra que se moviliza se lava o se lixivia con cianuro. Y el cianuro, como sabemos, es un elemento totalmente toxico. Esas aguas lixiviadas, esa mezcla de agua con cianuro, teóricamente se van a colocar en unas lagunas que están impermeabilizadas para contenerlas. Pero ya ha habido experiencias, una no tan lejana en Argentina, donde la ruptura de una de esas lagunas comprometió ocho ríos. Entonces imagínate que aquí haya una ruptura o una percolación de este líquido hacia el río Orinoco, hacia el río Caroní, hacia el río Cuchivero, hacia el río Caura, que son la reserva de agua de nuestro país. Setenta por ciento de nuestras reservas de agua están en el del Orinoco (EGAÑA, 2016).

2.5.6 El decreto del Arco Minero afecta y comprende áreas bajo régimen de administración especial y parques nacionales

El decreto 2.248 comprende dentro de su extensión áreas de administración especial (ABRAES) las cuales están sometidas a un régimen de administración especial conforme a leyes y reglamentos particulares. Dentro de estas zonas conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica de Ordenación de Territorio¹⁶ se encuentran los parques nacionales, zonas protectoras, reservas forestales, reserva de fauna silvestre y monumentos naturales entre otros.

¹⁶ Gaceta Oficial n. 3.238 extraordinario de fecha 11 de agosto 1983.

Dicha región del Arco Minero del Orinoco destinada para el desarrollo minero violando así la Ley Orgánica de Ordenación de Territorio y la normativa de áreas bajo régimen de administración especial (ABRAES) comprende, a su vez, siete monumentos naturales y cinco parques nacionales. Entre esos Parques Nacionales se encuentra el Parque Nacional Canaima, declarado Patrimonio Mundial por la UNESCO y que abarca una totalidad de 30.000 kilómetros cuadrados.

Según el Instituto Nacional de Parques (INPARQUES) los Parques Nacionales son “áreas y territorios que albergan ecosistemas que deben protegerse de la alteración por la explotación o la ocupación humana en Venezuela [...]”(VENEZUELA, 1983). Así mismo, se detalla que en tales áreas se permite la realización de actividades recreacionales, educativas y turísticas, así como de investigación científica, más no de minería.

Igualmente, la mencionada área incluye la Reserva Forestal de Imataca (3.800.000 hectáreas); las reservas de La Paragua y El Caura (5.134.000 hectáreas combinadas); el Monumento Natural Cerro Guanay; más el río Caroní (que abarca 96.000 kilómetros cuadrados). Según INPARQUES, los monumentos naturales de Venezuela son “áreas de superficie limitada, que, por sus peculiaridades naturales, continentales o marinas, merecen protección y perpetuidad en su estado original. Se les considera de interés nacional y suelen presentar por lo menos una característica sobresaliente, tales como accidentes geográficos, belleza o rareza excepcionales”(VENEZUELA, 2018). Según la organización Global Forest Watch (GLOBAL FOREST WATCH, 2018), al menos cinco áreas protegidas en Venezuela ya están siendo deforestadas por las actividades mineras ilegales. Cómo se mencionó anteriormente, el AMO incluye siete monumentos naturales y cinco parques nacionales sobre los cuales actualmente se realizan actividades de exploración y explotación minera por parte del Estado.

2.5.7 Violación del Derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades indígenas que habitan la zona

La constitución vigente venezolana prevé que el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos. Igualmente se prevé en el artículo 120 de la Constitución que dicho aprovechamiento de los recursos naturales está sujeto a la previa información y consulta de las comunidades indígenas respectivas.

El grupo de expertos de comité de Derechos Humanos del alto Comisionado

de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado en el Cuarto informe periódico de Venezuela sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos celebradas los días 29 y 30 de junio de 2015, recomendó al Estado venezolano “adoptar las medidas necesarias a fin de: a) Garantizar la celebración de las consultas previas necesarias con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar cualquier medida que pueda incidir sustancialmente en su modo de vida y su cultura, en particular en relación con proyectos que puedan tener un impacto sobre sus tierras o territorios y otros recursos, tales como proyectos de explotación y/o exploración de recursos naturales.

2.5.8 Violación del Art. 55 Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI)

Falta de consulta previa a las comunidades indígenas que habitan la zona (Art. 55 LOPCI)

El Decreto del Arco Minero (AMO) fue dictado sin el debido cumplimiento conforme el artículo 128 de la Constitución venezolana de un proceso de información que hubiese incluido la información, consulta y participación ciudadana. En efecto, de conformidad con el artículo 128 de la Constitución venezolana la política de ordenación del territorio debe realizarse de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable e incluyendo un proceso de consulta y participación ciudadana el cual se incumplió en este sentido el artículo 41 de la “LOA” establece que los pueblos indígenas y comunidades locales tienen el derecho y el deber de participar en la formulación, aplicación evaluación y control de los planes de desarrollo nacional regional y local susceptibles de afectarles directamente en sus vidas valores y creencias y en el uso de las tierras y hábitat que ancestralmente ocupan y utilizan colectivamente. Contrariamente a lo señalado por la Constitución y por el citado artículo 41 de la “LOA” el Decreto AMO se aprobó unilateralmente por el Ejecutivo Nacional sin que existiera un proceso de consulta ni de participación ciudadana, ni de participación de los pueblos indígenas,¹⁷ siendo un proyecto de gran escala de megaminería, que abarca el 12,2% del territorio de Venezuela, afectando varios estados: Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro con una superficie de 111.843.70 km², ubicado en el Estado Bolívar y se extiende desde el Estado Amazonas hasta el Estado Delta Amacuro y a la presente fecha es muy difícil por no decir imposible tener información

17 Provea, GTAI, LabPaz: Situación del Derecho a la Consulta Previa en Venezuela http://laboratoriosdepaz.org/wp-content/uploads/2016/08/Informe_CP.pdf

detallada de sus exactas implicaciones, consecuencias e impactos. De igual manera se incumple el artículo 119 de la Constitución por que el Ejecutivo Nacional no ha concluido con la participación de los pueblos indígenas la demarcación de sus territorios garantizando el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras.

La demostración de que no hubo consulta es que se publicó el Decreto del Arco Minero (AMO) y se aprobó en todas sus dimensiones, territorio, extensión y bloques de extracción y es posteriormente a ello que simplemente se ha conversado con una representación vocera de las comunidades y pueblos indígenas.¹⁸

De allí pues, al no haberse realizado el proceso de consulta previa a los pueblos indígenas, ni haber permitido su participación, en la formulación, evaluación y control de dicho decreto se viola la vigente Constitución venezolana y las leyes especiales dictadas en la materia.

2.5.9 Se vulneran los derechos que tienen las comunidades indígenas sobre “las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan amenazando su hábitat” (Art. 119 CRBV y Art. 29 LOPCI)

El artículo 119 de la constitución vigente venezolana establece:

Artículo 119 CRBV: El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.

Artículo 120 de la Constitución de la CRBV: El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas de los mismos e igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley.

Artículo 29 LOPCI: De las formas de Propiedad Colectiva: La

¹⁸ Informe de Provea presentado el 2 de diciembre de 2016 ante el Presidente de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, consultado en original.

propiedad colectiva del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas podrá ser de uno o más pueblos y de una o más comunidades indígenas según las condiciones, características y exigencias de los mismos (VENEZUELA, 1999).

De allí pues se hace evidente la vulneración de los derechos de propiedad de las comunidades indígenas sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan, lesionando su integridad cultural y su hábitat al imponer de manera inconsulta importantes desarrollos mineros en los territorios decretados por el AMO¹⁹.

2.5.10 violación del Derecho de Participación Previsto en la Declaración de Rio sobre el medio ambiente y el Desarrollo de 1992, suscrita por Venezuela

La Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el desarrollo de 1992, suscrita por Venezuela, obliga al Estado venezolano a cumplir con los principios internacionales del derecho ambiental. Con la aprobación del Decreto AMO no se está cumpliendo con el Principio 10 que reza:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes²⁰.

A su vez, “Los principios de información y acceso a la Justicia”, que son pilares fundamentales para garantizar un ambiente sano, permitiendo que las personas conozcan la situación actual y futura frente a posibles intervenciones

19 Véase en este sentido el Informe reciente del 4 de julio de 2019 de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michel Bachelet sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela, y en especial el n.63 en <https://www.panorama.com.ve/politicaeconomia/Este-es-el-demoledor-informe-de-Bachelet-sobre-la-crisis-en-Venezuela-20190704.html>

20 Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo. http://www.cedaf.org.do/eventos/forestal/Legislacion/Inst_internac/DECLARACION_RIO.PDF

de su espacio de vida, para que tomen medidas y sean parte de las decisiones que pueden afectarlos y que es extensivo tanto a comunidades indígenas, pobladores y ciudadano/as de un país se vulneró con la población sin información pública, sin consulta y sin posibilidad de participar en la toma de decisiones sobre el Decreto AMO.

2.5.11 Militarización de zonas boscosas (Decreto 2.323 G.O.E. n. 6.227 de fecha 13 de mayo de 2016)

Decreto 2.323. “Estado de Excepción y de Emergencia Económica” establece en su artículo 2 la militarización en zonas boscosas:

El Ejecutivo Nacional podrá [...] 15: Dictar medidas de protección de zonas boscosas para evitar la deforestación, la tala y la quema que contribuyen a la disminución de las precipitaciones, alteran los ciclos hidrológicos e impactan de forma negativa amenazando los ciclos agro productivos y cosechas, mermando los niveles de producción y afectando el acceso del pueblo venezolano a bienes y servicios, cuya vigilancia estará a cargo de la **Fuerza Armada Nacional Bolivariana** (VENEZUELA, 2016).

2.5.12 Proliferación de minería ilegal

Existe presencia de una cantidad de mineros ilegales con la aquiescencia del Estado. El gobierno no hace por desalojar a los mineros ilegales, están destruyendo parte de los monumentos naturales y saqueando y destruyendo extensiones de tierra. Con la minería ilegal han llegado a estas zonas malandros, bandas civiles armadas, criminales, atracadores, prostitución, entre otros.²¹

Conclusion

Luego de haber esbozado en el presente trabajo los principios rectores constitucionales y legales en materia ambiental en contraste hemos presentado diversas violaciones por parte del Estado venezolano a dichos principios rectores y normas de protección de los recursos naturales: En efecto, con el dictado del Decreto del Arco Minero n. 2.248 dictado por el presidente de la República publicado en la Gaceta Oficial n. 40.855 de fecha 24 de febrero 2016, se violan los principios de precaución, prevención y prudencia al no haberse efectuado el

21 Consúltese informe de Provea. 53 presentado interpuesto ante el presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en fecha 2 de diciembre 2016.

debido Estudio de Impacto Ambiental como lo prevé la propia constitución en su artículo 129 así como la “LOA” y el Decreto n. 1.257. Así las cosas, no se han elaborado ni ofrecido estudios que demuestren que se impedirá la degradación del ambiente y los recursos naturales y no existen estudios, ni información pública calificada y efectuada- con estándares internacionales- que garanticen con certeza empírica y científica los impactos en la implementación del proyecto de megaminería del AMO.

Por otra parte, se ha verificado una violación del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo, informado y de buena fe de los pueblos y comunidades indígenas, así como tampoco se ha efectuado ni concluido la debida demarcación de los territorios indígenas. Así mismo se ha vulnerado el artículo 150 de la Constitución de Venezuela, al realizar las firmas de contratos de extracción minera de gran magnitud económica sin la autorización debida de la Asamblea Nacional como representante del pueblo venezolano e igualmente se ha realizado un abuso de la figura del Estado de Excepción “continuado”, a los efectos de facultar al Ejecutivo Nacional para decretar el AMO y autorizar contratos de interés nacional que deberían necesaria imprescindiblemente requerir de la autorización de la Asamblea Nacional.

De allí pues, se hace necesario el trámite urgente de medidas cautelares y realizar un informe, así como permitir la visita a Venezuela de la Relatoría de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos a los fines de constatar las diferentes situaciones planteadas y entrevistarse así mismo con todos los actores. De igual manera, es imprescindible se efectúen los estudios de Impacto Ambiental y Socio Cultural en estricto cumplimiento con los estándares internacionales e igualmente se efectúe la consulta libre, informada y de buena fe a los pueblos y comunidades indígenas de cualquier proyecto que los pueda afectar; y de igual manera acelerar la aprobación del proyecto del reglamento de consulta previa e informada que actualmente cursa por ante la Asamblea Nacional; y evitar cualquier expansión del AMO hacia el territorio Amazonas, hasta tanto no se garanticen el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales.

Referencias

EGAÑA, Carlos. *El Arco Minero del Orinoco: ambiente, rentismo y violencia al sur de Venezuela*. 23 de agosto 2016. Disponible: <http://historico.prodavinci.com/2016/08/23/actualidad/el-arco-minero-del-orinoco-ambiente-rentismo-y-violencia-al-sur-de-venezuela-por-carlos>.

ESPAÑA. *Sentencia del Tribunal Constitucional Español* 64/82, 11 de noviembre, 1982.

INFANTE, Alfredo, GONZALES, Wilfred. Una mirada estructural del megaproyecto Arco Minero del Orinoco. *Revista SIC Fundación Centro Gumilla* (1) Caracas junio 2018. Disponible: <https://revistasic.gumilla.org/2018/una-mirada-estructural-del-megaproyecto-arco-minero-del-orinoco-i/>

GLOBAL FOREST WATCH. 2018. Disponible: 201 <https://www.globalforestwatch.org/dashboards/country/VEN/6?category=forest-change..>

MEIER, Echeverría, Henríque. *Categorías Fundamentales de Derecho Ambiental*. Ediciones Homero. Caracas 2011.

MEIER, Echeverría, Henríque. *El Derecho Ambiental y el Nuevo Milenio*. Ediciones Homero, Caracas 2003.

ONU. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Conferencia de las naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo. 1992.

http://www.cedaf.org.do/eventos/forestal/Legislacion/Inst_internac/DECLARACION_RIO.PDF

VENEZUELA. *La Ley Orgánica del Ambiente* (LOA), 2006. Disponible: <<http://www.monografias.com/trabajos92/ley-del-ambiente-y-ley-mina/ley-del-ambiente-y-ley-mina.shtml#delaplania>>.

VENEZUELA. *La Ley Penal del Ambiente*. G.O. n. 39.913 de fecha 2 de mayo de 2012. Disponible en: <<http://www.mp.gob.ve/LEYES/ley%20penal%20del%20ambiente/Ley%20Penal%20del%20Ambiente.html>>.

VENEZUELA. *Del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos*; G.O. n. 6.210 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015.

VENEZUELA. *El Plan de la Patria* 2013-2019. GAZETA OFICIAL, 2013.

VENEZUELA. Provea, GTAI, LabPaz: *Situación del Derecho a la Consulta Previa en Venezuela* http://laboratoriosdepaz.org/wp-content/uploads/2016/08/Informe_CP.pdf

VENEZUELA. INPARQUES, 2018. Disponible: <http://www.inparques.gob.ve>.

VENEZUELA. *Decreto* 2.323 .G.O.E. n. 6.227 de fecha 13 de mayo de 2016. Militarización de zonas boscosas.

VILLEGAS MORENO, Jose Luis. *Derecho Administrativo Ambiental*. Lebrería y Galería sin Limite, San Cristobal, 2009.

REGIMES INTERNACIONAIS E A PROTEÇÃO DE REFUGIADOS: DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS ÀS NOVAS PERSPECTIVAS

Liziane Paixão Silva Oliveira¹
Universidade Tiradentes (UNIT)

Rute Oliveira Passos²
Universidade Tiradentes (UNIT)

Matheus Macedo Lima Porto³
Universidade Tiradentes (UNIT)

Artigo recebido em: 04/11/2019
Artigo aceito em: 12/11/2019

Resumo

O presente trabalho objetiva analisar os regimes internacionais e suas perspectivas na compreensão dos direitos humanos, dialogando com a proteção jurídica para refugiados no século XXI, observando o surgimento do instituto do refúgio e os novos desafios a serem enfrentados por esse sistema de proteção. O estudo abordará questões teóricas com base na revisão de literatura, com o objetivo de demonstrar a necessidade de uma outra compreensão das demandas

surgidas a partir dos novos fluxos migratórios, considerados complexos, comparados aos que principiam a proteção jurídica internacional para refugiados no período pós-Segunda Guerra Mundial. A abordagem aqui trazida diz respeito a um diálogo entre as teorias das relações internacionais e os Direitos Humanos, partindo da concepção convencional de Cançado Trindade, em que o Direito Internacional dos Refugiados se encontra dentro da sistemática

1 Estágio Pós-doutoral na Universidade de Brasília (UnB), com bolsa da Fapitec-SE/CAPES. Doutora em Direito Internacional Público pela Université Aix Marseille III. Mestre em Direito pela UnB. Especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bacharel em Direito pela UNIT. Professora titular na UNIT. Professora na Universidade de Vila Velha (UVV). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6266-6073> / e-mail: lizianeoliveira1@yahoo.com.br.

2 Mestranda em Direitos Humanos pela UNIT. Graduada em Direito pela UNIT. Bolsista CAPES/Fapitec. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Novas Tecnologias/CNPq. E-mail: rutepassos@live.com

3 Graduando em Direito pela UNIT e em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro do grupo de pesquisa "Direitos fundamentais, novos direitos e evolução social", cadastrado no CNPq. Bolsista voluntário PIBIC/CNPq. E-mail: matheusporto@icloud.com.

tríplice de proteção internacional da pessoa humana. A observância dos antecedentes históricos que permearam o surgimento da proteção internacional para refugiados é indispensável para a atual compreensão da defasagem dos

instrumentos normativos que não se alinham à complexidade das questões migratórias contemporâneas.

Palavras-chave: direitos humanos; refugiados; regimes internacionais.

INTERNATIONAL REGIMES AND THE PROTECTION OF REFUGEES: FROM HISTORICAL BACKGROUND TO THE NEW PERSPECTIVES

Abstract

This study aims to analyze the international regimes and their perspectives on the understanding of Human Rights, from a dialogue with legal protection for refugees in the 21st century, noting the emergence of the refugee institute and the new challenges to be faced by this system of protection of Human rights. The study will address theoretical issues from the literature review, with the aim of demonstrating the need for a new understanding of the demands arising from the new migratory flows considered complex, compared to those that began the international legal protection for Refugees in the post- Second World War. The approach taken here concerns

a dialogue between the theories of international relations and human rights, starting from the conventional conception of Cançado Trindade, in which International Refugee Law is within the system of international protection of the human person. Observance of the historical background that has permeated the emergence of international refugee protection is indispensable for the current understanding of the lag of normative instruments that do not align with the complexity of contemporary migration issues

Keywords: *human rights; international regimes; refugees.*

Introdução

A contemporaneidade, marcada pelo desenvolvimento tecnológico e o rompimento das fronteiras estabelecidas pelos Estados, encontra desafios diante das constantes mudanças nas Relações Internacionais. Nessa conjuntura, observa-se um maciço fluxo migratório, advindo de conflitos civis, crises ambientais, políticas e grandes violações de direitos humanos em aspectos nacionais, e que sempre demandaram, por sua vez, uma compreensão internacional.

A temática global sobre refugiados tem ganhado maior notoriedade na comunidade internacional em decorrência de os problemas locais surgidos nessas regiões interferirem diretamente nos países que as compõem, ensejando, por sua vez, um movimento migratório preocupante, uma vez que os direitos humanos têm sido violados de reiteradamente, tanto em uma perspectiva nacional quanto internacional.

Conforme dados do ACNUR (2018), nas últimas décadas mais de 67 milhões de pessoas têm se deslocado de maneira forçada e, dessas, aproximadamente 22 milhões cruzaram fronteiras internacionais e tiveram proteção por meio reconhecimento do instituto do refúgio.

Diante disso, questiona-se de que forma a sistemática de proteção jurídica internacional está alinhada às novas conjunturas migratórias, especificamente o fluxo migratório forçado, na modalidade institucional do refúgio, de modo a atender às reais necessidades. Assim, ao tratar das novas perspectivas migratórias, abordam-se, sobretudo, os fluxos migratórios forçados, que deveriam ser compreendidos como refúgio, considerando as peculiaridades e condições de vulnerabilidade dos indivíduos envolvidos, porém não apresentam uma proteção abrangente, levando em conta a legislação internacional já existente.

A hipótese levantada neste estudo diz respeito à dificuldade enfrentada no modo como a proteção internacional fora instituída, decorrente de sua temporalidade, tomando o contexto no qual a comunidade internacional estava envolvida e baseando-se na compreensão de que os interesses políticos foram abordados de maneira muito diversa das contemporâneas. Ou seja, é necessário compreender as novas peculiaridades que envolvem as relações internacionais a fim de se alinhar adequadamente às nuances que envolvem os fluxos de migração forçada no mundo.

Nesse aspecto, objetiva-se com este trabalho demonstrar, com base na reflexão teórica, como a gênese da proteção jurídica para refugiados diverge dos fatos ocorridos contemporaneamente, elucidando as principais dificuldades enfrentadas factualmente nos fluxos migratórios forçados, destacando as lacunas observadas

na proteção efetiva dos Direitos Humanos. Além disso, propõe-se uma reformulação do sistema atual protetivo, para que, a partir da compreensão dos problemas contemporâneos, venham a ser dispostos novos instrumentos normativos que se alinhem aos reais problemas encontrados.

A fim de se alcançarem os objetivos pretendidos, utilizar-se-á da análise teórico-metodológica das ciências sociais aplicadas, a partir da vertente jurídica, para que se possam estudar conceitos e aplicação de normas atinentes à proteção dos refugiados. Como metodologia de pesquisa, adota-se a jurídico-exploratória, pois são analisados textos doutrinários e normativos.

A primeira parte discute a perspectiva dos Regimes Internacionais sob um viés da proteção dos direitos humanos e das teorias das Relações Internacionais, analisando de que maneira os temas dos direitos humanos surgem na perspectiva global, tendo por base o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos pela comunidade internacional. Neste momento, adentra-se na discussão teórica presente nas relações internacionais sobre as potencialidades dos regimes internacionais de direitos humanos – especialmente os que dizem respeito ao direito dos refugiados – perante a atuação do Estado soberano.

Em seguida, analisa-se como a questão do refúgio se tornou um tema global em caráter de emergência na perspectiva internacional, ensejando, sobretudo, o surgimento de uma sistemática jurídica específica para tratar de tais questões. Evidencia-se o surgimento do Direito Internacional dos Refugiados como área autônoma do direito internacional diante do caráter singular de sua evolução histórico-normativa. Nessa oportunidade, elucida-se como o contexto de guerras influenciou significativamente a criação desse sistema protetivo.

Por fim, discute-se a necessidade da instituição de um novo regime de proteção para refugiados ante os contemporâneos fluxos migratórios forçados que apresentam nuances peculiares, as quais devem ser enfrentadas de modo a se adequar às demandas requeridas.

1 Regimes internacionais e a proteção dos Direitos Humanos: o debate nas teorias de relações internacionais

A discussão sobre a fundamentação dos Direitos Humanos vem há muito sendo objeto de reflexões por diversos pensadores mesmo que cada um, a seu tempo, utilizasse outras nomenclaturas para definir tais direitos. Uns atribuem uma íntima relação entre esses e uma suposta natureza humana, sendo esses direitos inerentes à condição de humanidade dos indivíduos (KANT, 2004; MARITAIN,

1947; MIRANDOLA, 2008). A partir de outra perspectiva, também se consideram tais direitos como uma maneira de afirmação social e/ou resistência, com o intuito de estabelecer um pacto civilizatório⁴ mínimo a partir do qual se construiriam as democracias e se afirmaria o Estado de Direito (HERRERA FLORES, 2009; SANTOS, 1997).

Em que pese tais discussões, é somente com o fim das grandes guerras mundiais e a sucumbência de diversas sociedades que experienciaram regimes totalitários que o reconhecimento dos direitos humanos passa a ser afirmado internacionalmente por meio de tratados, declarações e convenções. Nesse sentido, como apontam Buergenthal, Shelton e Stewart (2009, p. 25), é a partir de tal momento que o ser humano passa a ter seus direitos internacionalmente garantidos não como nacionais de um Estado em particular, mas como indivíduos perante a sociedade internacional.

Desse ponto de vista, compreende-se este como o momento em que o indivíduo é reconhecido pela comunidade internacional como sujeito de direitos, o que, anteriormente, passava-se despercebido. Tal acontecimento, para o direito dos refugiados, tem importância ainda mais elevada, haja vista que é o momento em que milhares de pessoas se encontravam no mundo deslocadas. Importa também considerar que, no mesmo sentido, o deslocamento era baseado, sobretudo, pela ausência de condições do indivíduo poder se valer da proteção jurídica de seu próprio Estado, algumas como apátridas, outras como refugiadas.

Desse modo, diante da ausência de pertencimento de tais pessoas a um Estado, sendo-lhes retirada a condição de sujeitos de direitos, o Direito Internacional passa a reconhecê-las como indivíduos no cenário internacional sem a intermediação de um Estado-nação. A partir de então é que têm início os regimes internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

Conforme Krasner (1982), regimes internacionais são um conjunto de princípios, normas e regras, implícitos ou explícitos, no qual convergem os atores das relações internacionais a fim de se tomar decisões. Para o autor, princípios são crenças, causas e questões morais; normas são padrões definidos em termos de direitos e obrigações; e, por fim, regras são as determinantes da ação.

Assim, tem-se que o momento dos pós-guerra trazia em seu cerne não só a questão moral das tragédias realizadas pelos governos totalitários, mas também a necessidade de se garantir condições mínimas de dignidade a tais deslocados através da afirmação de seus direitos consagrados internacionalmente.

⁴ Não se utiliza aqui o conceito de civilizatório como uma forma daquilo que é trazido pela civilização, ou seja, o oposto de barbárie. Antes, compreende-se, na perspectiva defendida, que um pacto civilizatório mínimo remonta à ideia de que os direitos positivados são a base para a reivindicação social que verdadeiramente os implementaria. Direitos estes que fazem parte de um processo, qual seja: "o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida" (HERRERA FLORES, 2009, p. 26).

Conforme aponta Reis (2006), os principais marcos do regime internacional de proteção aos direitos humanos consubstanciam-se na Carta da ONU, na fundação do Tribunal de Nuremberg e na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. O primeiro reconhece como legítima a preocupação internacional com os direitos humanos. O segundo estabelece a responsabilidade individual pela sua proteção. O terceiro, por fim, traz à baila um conjunto de direitos civis, políticos, econômicos e sociais, considerados pelo documento como fundamentais, universais e indivisíveis.

No entanto, apesar de tais eventos, permanece atual a discussão entre os que veem a política internacional de direitos humanos como uma forma de desestabilizar uma suposta competição entre os Estados na sociedade internacional e os que entendem que tais políticas seriam irrelevantes ante a compreensão dos principais processos internacionais.

Assim, Reis (2006) explica que a primeira percepção, que vê as políticas de direitos humanos como uma política internacional capaz de subverter a lógica de competição dos estados, encontra fundamento nos estudos de Bull (2012). Para o autor, a compreensão dos regimes internacionais de direitos humanos é subversiva à ideia de uma sociedade de estados.

Já a segunda percepção, ainda conforme Reis (2006), pode ser observada em autores como Carr (1981) e Morgenthau (2003), para quem a busca por uma humanidade não teria qualquer utilidade, haja vista essa ideia ser uma abstração. Para esse ponto de vista, na medida em que alguns atores fazem a defesa de direitos e interesses universais, na verdade estariam tentando promover seus próprios interesses no cenário internacional. Nesse toar, ao analisar a obra de Morgenthau, Lima (2010) assevera que um dos princípios de seu pensamento sugere que há “uma outra tensão na vida internacional, entre as aspirações morais particulares de cada nação e os valores morais universais”.

De tal modo, compreendendo-se o sistema internacional como uma composição de diversos estados soberanos, com interesses próprios, tal posicionamento não vê como universais os valores propugnados por tais estados. Para tal corrente, em última instância, trata-se de concepções morais particulares projetadas em nível internacional.

Em que pese tais divergências teóricas, ao longo do processo de afirmação de um regime internacional de proteção dos direitos humanos há de se perceber que cada um dos arcabouços de análise supradescritos podem ser evidenciados empiricamente em alguma medida. A Declaração Universal de Direitos Humanos, por exemplo, que não é considerada como tratado ou lei, foi considerada, no início de sua criação como uma expressão de valores cuja promoção deveria ser salientada

pela comunidade internacional, mas, no seu aspecto jurídico, faria parte da *soft law* internacional⁵, em virtude do baixo grau de coercibilidade diante do descumprimento de suas disposições.

Na atual quadra do direito internacional, a moderna doutrina sustenta que a Declaração não faria jus à categorização de norma *soft law*. Em face da fundamentalidade dos valores ali expressos, tão caros para a construção das modernas democracias, tais normas servem de fundamento de exigibilidade para observar o comportamento dos Estados perante a sociedade, podendo-se considerar como parte do direito costumeiro internacional. Nessa esteira, posicionam-se Comparato (2001), Piovesan (2017) e Cançado Trindade (1999), entre outros.

Referidos os principais aspectos a respeito dos regimes internacionais e a proteção dos direitos humanos, cabe incursionar a respeito de como tais regimes fazem parte da gradual proteção dos direitos humanos dos refugiados bem como o desenvolvimento da categoria Direito Internacional dos Refugiados de modo autônomo.

2 A emergência da proteção dos refugiados no Direito Internacional

É no limiar do século XX que são negociados os primeiros documentos que visam dar proteção às pessoas em situação de refúgio, cabendo referir-se, desde logo, que antes de tal momento não havia normas no âmbito do direito internacional que contivessem uma proteção específica. De tal modo, ante tal ausência, aplicava-se de modo discricionário às normativas dos estados que dispunham sobre asilo político e a assistência humanitária da Cruz Vermelha (PEREIRA, 2014, p. 13).

Conforme Andrade (1996, p. 20), o início dos trabalhos que buscam a proteção do direito dos refugiados por meio de documentos jurídicos data dos trabalhos da Liga das Nações, em decorrência, principalmente, do acontecido na Primeira Guerra Mundial. Com seu fim, no entanto, os problemas não melhoraram, tendo, ainda, aumentado o número de refugiados no mundo.

É nesse contexto de dificuldades políticas, econômicas e sociais que se tornou ainda mais difícil elaborar um estatuto jurídico próprio. Em última instância, verificou-se o enrijecimento das políticas migratórias em diversos países, fruto de um nacionalismo político e desemprego generalizado.

⁵ Nasser (2006, p. 115) explica que os “instrumentos de *soft law*” são normativos no sentido de que pretendem influenciar comportamentos e condutas na sociedade internacional. Para o autor, tais instrumentos almejam declarar direitos existentes, princípios, mas os instrumentos que o fazem são “*soft*”, o que poderíamos dizer como dotados de pouca coercibilidade, via de regra.

Diante da inexistência de um estatuto a atuação da Liga pautou-se em certo pragmatismo, baseando suas atividades com a ação de entidades temporárias para a proteção de grupos específicos de refugiados. Apesar de tais críticas, há de se considerar que, ao tempo de sua constituição, diversas concepções hoje aceitas não eram predominantes – o que dificultou a construção de uma rede de proteção de maior abrangência naquele momento – a saber: (i) os poderes das organizações internacionais eram muito mais limitados; (ii) predominava uma concepção de soberania estatal tida como absoluta; (iii) a Liga que se iniciava para representar os interesses dos Estados não poderia suprimir suas decisões sob provável consequência de ter reduzida sua legitimidade; e (iv) o direito internacional se concebia mais como forma de manifestação do Estado do que de proteção dos indivíduos.

Andrade (1996) divide a proteção internacional do direito dos refugiados em dois momentos: 1921 a 1938 e 1938 e 1952. No primeiro momento o autor aponta que a proteção vislumbrada era coletiva, uma vez que as categorias eram afetadas por determinados eventos políticos e sociais, como aqueles vindos da Alemanha e Rússia. Já o segundo momento é conhecido como a perspectiva individualista da proteção aos refugiados; pois, a partir dos instrumentos desenvolvidos em tal período, não importava mais a origem dessas pessoas, mas suas convicções pessoais.

É no momento posterior à Revolução Russa que se inicia mais fortemente os debates acerca da responsabilidade internacional mediante a questão dos refugiados. Assim, em 1921 é autorizada a criação do Alto Comissariado para Refugiados Russos (ACRR) com o intuito específico de atuar nos casos das pessoas de nacionalidade russa. No entanto, com o passar dos anos, tal atuação foi-se estendendo, tendo atuado também na proteção aos judeus. Assim, em 1936 é criado o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (PEREIRA, 2016, p. 13-14).

Em que pese o fracasso da Liga das Nações frente aos acontecimentos da II Guerra Mundial e sua incapacidade de ação efetiva, passou-se para a Organização das Nações Unidas (ONU) a atuação que antes era atribuição da Liga. Assim, em 1950 é criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, tendo ele começado a atuar em 1951 com um mandato de 3 anos. No entanto, diante de sucessivas renovações desse mandato em virtude do aumento do número de refugiados, em 2003 tal cláusula foi abolida (ACNUR, 2018).

É no mesmo ano em que o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) começa a atuar que se estabelece o marco jurídico de proteção internacional dos refugiados: o Estatuto dos Refugiados de 1951. Segundo Betts (2009, p. 9), os Estados europeus tinham dupla preocupação na negociação ao elaborar a Convenção: ordem internacional e justiça. A primeira, dizia respeito à

“garantia de que os refugiados europeus fossem protegidos e rapidamente reintegrados nos Estados” como modo de contribuir para a estabilidade e a segurança na Europa. Já a segunda, parte da consciência geral dos Estados perante as atrocidades geradas pelas grandes guerras mundiais. De tal modo, o estabelecimento de um regime de refugiados seria um modo de promover os valores dos direitos humanos, garantindo-se, assim, que todos os Estados contribuíssem coletivamente para superar um problema comum.⁶

Assim, verifica-se que a construção do Estatuto de 1951 foi motivada essencialmente pela resolução de uma circunstância que era tida como passageira, o que, no decorrer da história, não se verificou. Desse modo, o conceito de refugiado trazido no documento, continha duas limitações: temporal (perseguição ou fundado temor dela decorrente dos acontecimentos das guerras mundiais) e geográfico (fatos acontecidos na Europa).

Pereira (2014, p. 22) explica que o fundado temor de perseguição, do modo como definido no Estatuto de 1951, foi classificado, à luz da dogmática jurídica internacional, como objetivo e subjetivo. O bem fundado temor subjetivo é presumível, uma vez que é necessário que ele exista para que possa ser concedido o status de refugiado. Já o fundado temor subjetivo deveria ser minimamente provado, ainda que, na dúvida, deva se conceder o asilo. Isso porque, não raro, os solicitantes de refúgio não possuem sequer alguma documentação.

Outro fator que leva a tal conclusão é a consagração do princípio do non-refoulement (não devolução) no art. 33⁷ do referido Estatuto. Tal princípio é considerado o primeiro dos direitos dos refugiados e uma forma de coibir a atuação arbitrária dos Estados na proteção das pessoas deslocadas internacionalmente que preenchem os requisitos que autorizam a concessão do status de refugiado. Tal norma, em última instância, reitera o comprometimento dos Estados-parte com a Convenção e, ao mesmo tempo, evitar a postura repulsiva de alguns Estados com presença de refugiados em seu território.

No entanto, cabe salientar que tal princípio não pode ser invocado pelas

6 No original “In creating a refugee regime, states were not acting purely altruistically. Rather, they were creating a regime to meet their interests through collective action. The *Travaux Préparatoires* for the 1951 Convention on the Status of Refugees reveal that the negotiating states had a dual concern that guided their negotiation of the regime. First, they were concerned with international order. Ensuring that European refugees were afforded protection and promptly reintegrated within states was seen as a means of contributing to stability and security in Europe (Lauterpacht and Bethlehem 2003, 136). Second, they were concerned with justice. There was widespread acknowledgment of the significant and unprecedented human consequences of the Second World War, and establishing a refugee regime was seen as a way of promoting values of human rights within the context of the emerging United Nations system. A refugee regime, it was believed, would ensure that all states made a collective contribution to overcoming a common problem” (BETTS, 2009, p. 9).

7 Art. 33. 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

peças protegidas com o status de refugiada quando essa passa a ser considerada uma ameaça nacional ou quando pratica grave crime e condenada definitivamente, conforme art. 33, § 2º, do Estatuto. É de se considerar que o uso desse dispositivo adquire, em certas circunstâncias, uma instrumentalidade securitária. Assim, muitos Estados fazem uso de argumentos que dizem respeito à segurança nacional, como associar os refugiados a terroristas, como uma forma de se esquivar da proteção a eles.

Conforme anteriormente referido, pensava-se que a problemática dos refugiados seria pontual, o que empiricamente não se demonstrou. Assim, em 1967, também sob égide do ACNUR, foi adotado um Protocolo que “extinguiu as reservas geográficas e temporais, alargando a amplitude e a abrangência da definição de refugiado e, conseqüentemente, ampliando o número de seres humanos com direito a proteção internacional” (PEREIRA, 2014, p. 27).

A partir daí, ampliou-se significativamente o conceito de refúgio, passando-se também a estender a proteção àquelas pessoas que passem por toda e quaisquer graves e generalizadas violações de direitos humanos, para além daqueles consagrados como civis e políticos. Nesse sentido, em nível regional, são as conclusões da Convenção da Organização da Unidade Africana (1969)⁸, aplicável aos países-membros da Organização da Unidade Africana e Declaração de Cartagena de 1984⁹, no âmbito da América Latina (PEREIRA, 2014, p. 28).

Nesse toar é que Cançado Trindade (2017, p. 413) refere que o sistema internacional de proteção passa duma concepção individualista inicial na qual o refugiado era visto como vítima pessoal de perseguição para uma noção mais ampla e atual, a qual o compreende não apenas como aqueles se conformam à definição convencional de “refugiado”, mas também aos que se encontram em situações análogas e exemplifica como “vítimas de eventos ocasionados pelo homem” sobre

8 Artigo 1º.

1 – Para fins da presente Convenção, o termo refugiado aplica-se a qualquer pessoa que, receando com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontra fora do país da sua nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira requerer a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país da sua anterior residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude desse receio, não queira lá voltar.

2 – O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade.

9 Recomendação Terceira – Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

os quais não têm controle, e sofrendo “privação resultando de transtorno súbito e separação de seus lares”.

De tal modo, impõe-se pensar como a atuação visando à proteção das pessoas com o status do refúgio pode se dar no século XXI, considerando o contexto vivente de 65,6 milhões de pessoas forçadas a se deslocar pelo mundo, dessas 22,5 milhões de refugiados (sendo metade dos que tem a proteção do refúgio, crianças), conforme dados do ACNUR sobre o ano de 2017.

3 Um novo regime de proteção para os refugiados

O Direito Internacional dos Refugiados, conforme apontado, surge como ramo específico do Direito Internacional em razão de sua origem histórica particular, atrelada aos conflitos ocorridos no pós-guerra e em decorrência dos regimes totalitários que assolaram o mundo naquele momento, o que gerou um número de deslocados forçados que fez a assinatura do documento se tornar possível. Nesse momento, far-se-á uma análise das atuais possibilidades para um novo regime internacional de proteção para os refugiados.

A compreensão de que urge a necessidade de um novo regime de proteção para refugiados, pressupõe a realidade global de conflitos, estes considerados como os maiores ensejadores das migrações forçadas no mundo. Tal situação, feitas as ressalvas proporcionais, é equiparada à crise mundial enfrentada decorrente dos conflitos bélicos advindos da Segunda Guerra Mundial, pois “havia interesses de cunho político-ideológico e geoestratégico, uma vez que se denunciava a fuga de pessoas de países governados por regimes socialistas, com o intuito de desacreditar o bloco soviético e os ideais que o sustentavam” (MOREIRA; BORBA, 2018, p. 73).

Com base nisso, destacam-se três premissas que justificam a necessidade de uma nova instrumentalização internacional de proteção para refugiados, em razão da incipiência dos instrumentos normativos estabelecidos em contextos histórico-sociais diversos, e que, na atual conjuntura, não tem produzido efeitos esperados no que diz respeito a abranger as principais demandas surgidas a partir dos fluxos migratórios forçados.

Em primeiro lugar, uma definição pacífica,¹⁰ coerente e abrangente às concepções de asilo e refúgio. Em seguida, há a consideração dos refugiados por questões ambientais, reconhecida pela comunidade internacional (ou um melhor instrumento normativo apto a regular os deslocados ambientais de modo satisfatório). A terceira perspectiva diz respeito ao tempo que os solicitantes de refúgio

¹⁰ Segundo relatório do ACNUR, “Tendências Globais”, “até o final de 2017, cerca de 3,1 milhões de pessoas estavam aguardando uma decisão sobre seu pedido de asilo, cerca de metade nas regiões em desenvolvimento”.

passam no limbo jurídico, sem saber ao certo qual será o posicionamento do país acolhedor. Tais perspectivas estão postas com o propósito de não simplesmente proporcionar uma proteção jurídica eficaz para os refugiados, mas para garantir segurança para os Estados que se preocupam com os crimes transnacionais, tais como terrorismo, tráfico de drogas, armas e, sobretudo, tráfico de pessoas, uma vez que o argumento securitário é, frequentemente, o mais utilizado para rejeitar refugiados.

Nesse sentido, a perspectiva de segurança dos Estados não serve para reforçar a equivocada compreensão de que os refugiados estão envolvidos com o crime organizado transnacional – como agentes –, pelo contrário, por causa de sua vulnerabilidade jurídica, sem poder valer-se da proteção de algum Estado, acabam sendo alvo fácil dos agentes criminosos, tornando-se, assim, vítimas dessa situação. Isso ocorre porque

[...] o discurso de que a imigração põe em risco a segurança e integridade do Estado, tornando-se desta maneira um problema de segurança nacional, faz com que grande parte das populações dos países receptores pressione os governos no sentido de fechar as fronteiras [...] (COSTA; REUSCH, 2016, p. 288-289).

Portanto, a responsabilidade dos Estados, nesse toar é duplicada pois diz respeito precipuamente com a proteção jurídica internacional Direitos Humanos, assim como com a proteção nacional.

A primeira perspectiva trata a confusão vislumbrada na sistemática protetiva para refugiados, considerando que a legislação internacional apresenta lacunas que deixam margem à discricionariedade do Estado determinar os casos em que realizarão a concessão do instituto do refúgio. Assim, a concessão de refúgio deve partir de um posicionamento de responsabilidade perante uma obrigação jurídica internacional, tendo como sujeito de proteção a pessoa humana. Nesse sentido, não faz parte da ponderação ao analisar o pedido de refúgio, questões de conveniência e possibilidade, mas, sim, a precípua responsabilidade do Estado, que, ao integrar a comunidade internacional e concordar com os instrumentos estabelecidos de proteção a pessoa humana em situação de refúgio, compromete-se a cumprir com suas disposições.

Assim, em razão das lacunas existentes na legislação internacional, fica a critério do ordenamento jurídico interno compor as omissões da proteção jurídica para refugiados, que por sua vez, por interesses internos, suprimem direitos e restringem ao máximo as possibilidades de concessão de refúgio. Almeida (2000) exemplifica categoricamente tal situação a partir de uma perspectiva

latino-americana, expondo que “a América do Sul, a Argentina, apesar de não ter previsão legal da definição ampliada de refugiado, a aplica em sua prática de elegibilidade. Já no Equador, apesar da previsão legal, não se aplica (ALMEIDA, 2000, p. 380). Desse modo, compreende-se de suma importância que, após uma nova ressignificação das principais causas de solicitação de refúgio atualmente, que sejam reestruturadas as definições, de modo a abranger os casos em que a legislação internacional tem se mostrado omissa.

Sendo assim, problemas que dizem respeito ao crime organizado transnacional, as migrações irregulares e o alto índice de solicitações de refúgio estariam aptos a serem enfrentados adequadamente. Isso porque não se pode resolver problemas atuais utilizando instrumentos normativos inadequados, tanto temporalmente quanto em termos conjunturais. Nesse aspecto, destaca Murillo (2009) que as questões que envolvem a proteção jurídica internacional para refugiados e a segurança nacional, não são problemas excludentes e/ou antagônicos, pelo contrário, dialogam entre si e, se trabalhados adequadamente, serão enfrentados de maneira efetiva, garantindo direitos tanto para nacionais quanto para estrangeiros.

A outra perspectiva diz respeito à ausência de previsão legal que dispõe de proteção jurídica para os refugiados em razão de desastres ambientais. Tal omissão legal tem repercussão extremamente significativa, considerando o alto número de pessoas que se deslocam internacionalmente, por causa da impossibilidade de sobreviver no país de origem. Em decorrência disso, os deslocados internos e internacionais – ambientais – são protegidos por meio de arranjos normativos, dependendo da discricionariedade de alguns Estados, contudo, sem ter a seu favor, uma instrumentalização jurídica séria, fruto de acordo internacional, alinhado à proteção jurídica da pessoa humana no âmbito global.

Nesse aspecto, Pacífico e Gaudêncio (2014) demonstram a inefetividade de um sistema que não consegue abarcar as reais necessidades dos deslocamentos em razão das questões ambientais. Além do mais, os arranjos estabelecidos, não apresentam um condão de força normativa de caráter obrigatório para os países da comunidade internacional, tornando um sistema completamente discricionário sem atender especificamente os fins para o qual foi estabelecido.

Em razão disso, o fenômeno da migração forçada por questões ambientais, a partir desses arranjos, sofre uma variação de nomenclaturas, seja “migrantes ambientais”, “deslocados ambientais”, “refugiados ambientais”, entre outros termos utilizados, que abrem margem para uma série de proteções jurídicas, sem o mínimo de uniformização, causando certa insegurança, tanto para o sistema protetivo internacional quanto para as próprias vítimas desse fenômeno.

Além disso, a fragilidade quanto à lacuna normativa enfraquece a própria

sistemática do refúgio, tendo em vista que nem sempre os solicitantes escolhem tal modalidade de proteção jurídica, sobretudo, pela sua abrangência. O que, por sua vez, se torna prejudicial para os que realmente precisam se valer do instituto. Sendo assim, Nishimura (2015) destaca a importância de se ter as migrações ambientais na agenda política dos Estados para uma possível sistemática de acompanhamento uniformizada e de proteção eficaz¹¹.

Por fim, elucida-se também a abertura da legislação internacional no que diz respeito ao processo de concessão de refúgio, que não traz muitas especificidades quanto à forma e ao tratamento a ser dado ao solicitante ao aguardar o processo administrativo/jurídico. Diante disso, observa-se o grande número de pessoas que se encontram na condição de solicitante de refúgio, sendo tal número, muito superior ao quantitativo de pessoas que já têm o status de refugiado já reconhecido.

Tal problema abre margem para que os Estados reafirmem sua omissão por um longo período, além de utilizar indevidamente o instituto da devolução, não podendo dessa forma, estar limitado pela regra do *non-refoulement*. A questão do tempo em que as pessoas passam a esperar a concessão ou indeferimento da solicitação de refúgio, deve ser encarada como uma modalidade de violação de direitos humanos, considerando que nesse interstício, o indivíduo ainda se encontra em situação de vulnerabilidade.

Com base nisso, reitera-se a urgente necessidade de aperfeiçoar as instrumentalizações jurídicas no que diz respeito à regulamentação da sistemática de solicitação de refúgio, a fim de que sejam solucionadas as lacunas no procedimento de solicitação. Sobretudo, quanto à inadequação do atual regime às demandas ocorridas, que requerem uma atuação mais incisiva dos Estados, e, em decorrência da fragilidade da força normativa dos instrumentos internacionais de natureza pragmática, o sistema pode ser considerado hodiernamente fraco diante da especificidade e complexidade nos contemporâneos fluxos migratórios em caráter forçado.

Considerando esses aspectos, observa-se que a gênese da proteção internacional para refugiados, tinha como escopo tratar das pessoas que estavam em condição de migração forçada, porém, causados pelos conflitos, sobretudo ideológicos. A contemporaneidade, outrossim, traz à tona a necessidade de se pensar o instituto do refúgio para além dos termos postos no Estatuto de 1951. Urge a necessidade de uma atuação compartilhada, especialmente no que diz respeito à responsabilidade.

11 To achieve protections for climate change migrants, climate change discourse should not only be reframed to account for the needs of migrants, it should also incorporate migration into climate change adaption strategies. Doing so accomplishes several things: it creates political space to discuss and plan for managed migration, allows for migration to become part of broader adaptive strategies for climate change, and has the potential to be included in development planning or as a tool when discussing benefit and burden sharing" (NISHIMURA, 2015, p. 23).

Conclusão

Este trabalho debruçou-se sobre a análise da evolução histórico-jurídica e conceitual do Direito Internacional dos Refugiados baseando-se na compreensão dos regimes internacionais de Direitos Humanos. A hipótese analisada no estudo verificou que a dificuldade enfrentada no modo como a proteção internacional fora instituída decorre de sua temporalidade, levando em conta o contexto no qual a comunidade internacional estava inserida e considerando que os interesses políticos foram abordados de maneira muito diversa das contemporâneas.

Analisou-se, sobretudo com base nos aportes teóricos recorrentes na análise de relações internacionais os regimes de proteção aos direitos humanos e sua influência na atuação do estado, compreendendo-se as peculiaridades que envolvem as relações internacionais, observando-se, assim, as nuances que envolvem os fluxos de migração forçada no mundo na atualidade.

Posteriormente, examinou-se como a questão do refúgio se tornou um tema global na perspectiva internacional, o que levou ao surgimento de uma sistemática jurídica específica para tratar de tal proteção com Direito Internacional dos Refugiados como uma área específica do direito internacional, o que decorre de sua singular evolução histórico-normativa. Como foi ressaltado, o surgimento de tal regime não se deve a uma mera solidariedade dos Estados, mas, sim, de uma necessidade da Europa daquele período: assegurar proteção e promover valores associados às ideias de justiça e direitos humanos.

No último momento, postulou-se, como proposição para pensar o regime internacional de proteção aos refugiados no século XXI, três premissas: (i) uma definição pacífica, coerente e abrangente às concepções de asilo e refúgio; (ii) a consideração dos refugiados por questões ambientais, reconhecida pela comunidade internacional ou um melhor instrumento normativo apto a regular os deslocados ambientais; e (iii) uma atuação mais eficiente na resposta à solicitação do refúgio, bem como o país acolhedor.

Considerou-se tais perspectivas relevantes com o intuito de desarmar o argumento securitário, diversas vezes levantado por alguns Estados, que associam o refugiado como uma ameaça à segurança do país, como um terrorista ou desordeiro do estado de bem-estar social.

Assim, percebe-se na esteira de Herrera Flores (2009) que os direitos humanos servem como forma de busca dos bens necessários à vida e, no caso dos refugiados, uma vida digna, não só sendo assegurada apenas a proteção diante das graves violações de direitos ou fundado temor de perseguição que sofrem, mas também por meio das possibilidades de ter uma vida digna. Nesse toar, os regimes

internacionais de direitos humanos são, ao menos, instrumentos de coerção ao poder soberano dos Estados que contribuem para proteção e formação do Direito Internacional dos Refugiados.

Referências

ACNUR (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS). *Histórico*. 2018. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/historico/>. Acesso em: 26 dez. 2018.

ACNUR (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS). *Protegendo refugiados no Brasil e no mundo*. 2018. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Protegendo-Refugiados-no-Brasil-e-no-Mundo_ACNUR-2018.pdf. Acesso em: 26 dez. 2018.

ALMEIDA, G. A. A Lei n. 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 95, p. 373-383, 2000.

ANDRADE, J. H. Fischel de. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BETTS, A. *Protection by persuasion: international cooperation in the refugee regime*. New York: Cornell University, 2009.

BUERGENTHAL, T.; SHELTON, D. L.; STEWART, D. *International human rights in a nutshell*. 4. ed. St. Paul: West Academic, 2009. p. 25.

BULL, H. *The anarchical society: a study of order in world politics*. Macmillan International Higher Education, 2012.

CANÇADO TRINDADE, A. A. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, A. *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Edusp, 1999. p. 197-238.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2. ed. rev. atual. Brasília: Funag, 2017.

CARR, E. H. *Vinte anos de crise: 1919-1939*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, M. M. M.; REUSCH, P. T. Migrações internacionais (Soberania, Direitos Humanos e Cidadania). *Passagens – Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Niterói, v. 8, n. 2, p. 275-292, 2016.

HERRERA FLORES, J. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KRASNER, S. D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. *International Organization*, v. 36, n. 2, p. 185-205, 1982.

LIMA, M. R. S. Morgenthau e o Realismo Político. In: MEDEIROS, M. A. et al. (Orgs.). *Clássicos das Relações Internacionais*. São Paulo: Hucitec, 2010. p. 54-76.

LUCHINO, M. M. R. F.; RIBEIRO, W. C. Refugiados ambientais e a atuação do ACNUR como organismo internacional de proteção. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 11, n. 3, p. 890-914, 2016.

MARITAIN, J. *Les Droits de L'Homme et la Loi Naturel*. Paris: Paul Hartmann, 1947.

MIRANDOLA, G. P. D. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: Edições 70, 2008.

MOREIRA, J. B.; BORBA, J. H. O. M. Direitos humanos e refugiados: relações entre regimes internacionais construídos no sistema ONU. *Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Dourados, v. 7, n. 14, p. 59-90, dez. 2018. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/view/9107>. Acesso em: 24 dez. 2018.

MORGENTHAU, H. *A política entre as nações*. São Paulo: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2003.

MURILLO, J. C. Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 120-137, 2009.

NASSER, S. H. *Fontes e normas do Direito Internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NISHIMURA, L. 'Climate Change Migrants': Impediments to a Protection Framework and the Need to Incorporate Migration into Climate Change Adaptation Strategies. *International Journal of Refugee Law*, v. 27, n. 1, p. 107-134, 2015.

PACÍFICO, A. P.; GAUDÊNCIO, M. R. B. A proteção dos deslocados ambientais no regime internacional dos refugiados. *REMHU – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, v. 22, n. 43, p. 133-148, 2014.

PEREIRA, G. O. L. *Direitos humanos e hospitalidade: a proteção internacional para apátridas e refugiados*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

REIS, R. R. Os direitos humanos e a política internacional. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 27, p. 33-42, 2006.

SANTOS, B. S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 48, p. 11-32, 1997.

UMA REFLEXÃO SOBRE AS MULHERES PESCADORAS BRASILEIRAS A PARTIR DO PENSAMENTO DESCOLONIAL

Denise Almeida de Andrade¹

Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Roberta Laena Costa Jucá²

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Tarin Cristino Mont'Alverne³

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Artigo recebido em: 29/10/2019.

Artigo aceito em: 05/11/2019.

Resumo

A perspectiva descolonial aponta como uma consequência desta equivocada estruturação das relações, a existência de classificações como civilizados/primitivos, superiores/inferiores, modernos/tradicionais, a partir das quais se naturalizou o padrão eurocêntrico universal que inferioriza e exclui aqueles que em tal modelo não se encaixam. A contestação desse paradigma liberal moderno pelos movimentos sociais na América Latina, nos anos 1980, fez emergir um novo constitucionalismo latino-americano pautado no pluralis-

mo político e jurídico e no reconhecimento de novos sujeitos e direitos, na tentativa de se instituir, nos países da América Latina, uma prática democrática menos desigual, menos excludente e mais condizente com o nosso contexto. Analisamos, neste cenário, a condição das mulheres pescadoras no Brasil, suas vivências, suas compreensões e sua resistência aos padrões androcêntricos da pesca, além das limitações impostas pelo Direito e de sua capacidade de resistência, a qual vem impondo, paulatinamente, fissuras em um sistema

1 Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-doutoranda pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (PNPD-CAPES). Professora do Mestrado Acadêmico em Direito da UNICHRISTUS. Professora da FGV Law – FGV-SP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3243-480X>/e-mail: andradedenise@hotmail.com.

2 Doutoranda em Direito pela UFRJ. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Pesquisadora do Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ. Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará (TRE-CE). E-mail: robertalaena@gmail.com.

3 Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente pela Université de Paris V e pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Internacional Público pela Université de Paris V. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC. Pesquisadora por produtividade (PQ). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8622-4678>/e-mail: tarinfmontalverne@yahoo.com.br.

que parecia inalterável. Objetivamos confirmar que há o inter cruzamento de vulnerabilidades que compõem o cotidiano das mulheres pescadoras brasileiras, utilizando, para tanto, aporte teórico oriundo de pesquisa bibliográfica e do levantamento de narrativas de

mulheres pescadoras, em um esforço e reconhecimento para dar espaço e publicidade as suas vozes e demandas.

Palavras-chave: descolonialidade; Direito; mulheres pescadoras.

A REFLECTION ON BRAZILIAN FISHING FROM DECOLONIAL THINKING

Abstract

The decolonial perspective points out as a consequence of this mistaken structuring of relations, the existence of classifications as civilized/primitive, superior/inferior, modern/traditional, from which the universal Eurocentric standard has been naturalized, who downplays and excludes those who do not fit into such a model. The challenge of this modern liberal paradigm by social movements in Latin America in the 1980s gave rise to a new Latin American constitutionalism based on political and legal pluralism and the recognition of new subjects and rights in the attempt to establish themselves in Latin American countries. Americans, a less unequal, less exclusionary democratic practice and more in keeping with us. In this scenario, we analyze the condition of

fisher women in Brazil, this experiences, understandings and resistance to androcentric patterns of fishing, the limitations imposed by the Law and their resilience, which has gradually imposed cracks in a system that seemed unbreakable. We aim to confirm that there is the intersection of vulnerabilities that make up the daily lives of Brazilian fisherwomen, using, therefore, theoretical support from bibliographic research, as well as the survey of narratives of fisherwomen, in an effort and recognition of their voices and demands.

Keywords: decoloniality; fisher women; Law.

Introdução

Discutir descolonialidade, o papel do Direito nas relações humanas, os direitos das mulheres e das comunidades tradicionais sempre foi um desafio, que resta maximizado em tempos de intolerância ao diferente e de desapego às reflexões baseadas em conceitos consolidados e calcados no paradigma liberal moderno. O surgimento de um novo constitucionalismo, que emergiu das lutas sociais contestatórias na América Latina nos anos 1980, abrindo espaço para o pluralismo político e jurídico e para o reconhecimento de novos sujeitos e direitos, nos impulsiona nessa busca por uma perspectiva democrática mais inclusiva, participativa e adequada ao nosso contexto.

Compreendemos, assim, que analisar a realidade das mulheres pescadoras no Brasil, sob a lente da descolonialidade, nos confere a oportunidade de ponderar acerca de algumas necessárias mudanças normativas que passam pela compreensão de que se o Direito não tem dado conta de contribuir, significativamente, para alteração do *status quo*, há de, ao menos, não cooperar para a manutenção de desigualdades explícitas.

Nessa medida, conceituamos descolonialidade, ao mesmo tempo em que apresentamos uma breve digressão histórica do caminho percorrido na busca por compreender o porquê de mantermos relações subalternizadas ainda que tenhamos percebido as perdas e os entraves que ocasionam para a vida em sociedade, a exemplo do que ocorre com o desprestígio das atividades realizadas pelas mulheres pescadoras no preparo e beneficiamento do pescado, que as condicionam ao recebimento de menores valores e à ocupação de lugares secundários.

Destacamos que o Direito não tem se apresentado como uma ferramenta para a superação desta realidade, conforme será demonstrado pela análise dos decretos n. 8424/2015 e n. 8425/2015, em que pese a Lei n. 11.959/2019, contemplar em seu artigo 4º como atividade de pesca as funções, via de regra, desempenhadas por mulheres.

Neste ensaio, olharemos, pois, com mais atenção para a realidade das mulheres pescadoras brasileiras, com o intuito de identificar e dar visibilidade à colonialidade de gênero por elas sofrida, tanto no âmbito da própria comunidade como perante o Estado, especialmente pelo Direito.

1 Breves notas sobre o pensamento descolonial

A partir dos anos 1970, inúmeros movimentos sociais ganharam força na América Latina. Enquanto movimentos indígenas pautaram opressões de raça,

etnia, classe e gênero, o movimento negro emergiu no Brasil nos anos 1980, expandindo-se na década seguinte por outros países latino-americanos. Nesse mesmo período, o movimento feminista autônomo questionava a agenda internacional voltada às mulheres, proposta por organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), defendendo a necessidade de uma agenda própria, não institucional. Em 1985, o Brasil foi sede do III Encontro Feminista da América Latina e do Caribe e, nos anos 1990, vários outros eventos (Chile, El Salvador, Colômbia, México etc.) colocaram em cena a subalternização de mulheres e de outros grupos minoritários (ESPINOSA MIÑOSO, 2014).

Sem utilizar o conceito de “colonialidade” as feministas racializadas, afrodescendentes e indígenas se aprofundaram, desde os anos setenta, no marco do poder patriarcal e capitalista, considerando a imbricação de diversos sistemas de dominação (racismo, sexismo, heteronormatividade, classismo), a partir dos quais definiram seus projetos políticos, tudo feito a partir de uma crítica pós-colonial (CURIEL, 2007, p. 94).

Ochy Curiel (2007) destaca, ainda, que todas essas lutas e reivindicações foram tematizadas em teorias acadêmicas que pautaram a subalternidade, mas não obtiveram tanto prestígio em razão da visão elitista, masculinista e androcêntrica predominante nas universidades, ao que acrescentamos “eurocêntrica”. Aliás, essa é uma prática recorrente que ainda nos permeia, como evidenciou Angela Davis (2019) em fala proferida em São Paulo, em outubro deste ano: “Eu me sinto estranha quando sinto que estou sendo escolhida para representar o feminismo negro. E por que aqui no Brasil vocês precisam buscar essa referência nos Estados Unidos? Eu acho que aprendo mais com Lelia Gonzales do que vocês poderiam aprender comigo”.

Todas essas pautas de contestação estão diretamente relacionadas ao surgimento de um novo constitucionalismo latino-americano⁴ e de uma nova perspectiva democrática. As lutas sociais e os novos atores que emergiram no contexto da América Latina, nesse período, gestaram processos constituintes de contestação ao constitucionalismo tradicional e aos paradigmas coloniais do Estado liberal moderno, que sempre atenderam aos interesses das elites do poder e aprofundaram as desigualdades sociais e a marginalização dos sujeitos discriminados. Isso acabou por resultar não somente na constitucionalização de direitos mas, sobretudo, em uma nova configuração do constitucionalismo afinada ao pluralismo e à democracia participativa.

⁴ Também chamado de Constitucionalismo Andino, Constitucionalismo Pluralista, Constitucionalismo Transformador, entre outros.

Assim, de 1982 a 1988, o *ciclo do constitucionalismo pluralista* foi representado pelas constituições da Guatemala, da Nicarágua e do Brasil, que reconheceu o multiculturalismo, garantindo direitos indígenas e afrodescendentes; no *ciclo do constitucionalismo pluricultural*, de 1989 a 2005, há o reconhecimento do pluralismo jurídico interno, com as constituições do México, do Peru, da Argentina e da Venezuela; e, de 2006 a 2009, o *ciclo do constitucionalismo plurinacional* é marcado pelo reconhecimento da autonomia dos povos indígenas como nações originárias, bem como sua jurisdição, e pela constituição de um Estado Plurinacional. Podemos citar como exemplos as constituições do Equador e da Bolívia (YRIGOYEN FAJARDO, 2015).

Assim, reconhecendo as diferenças entre as reformas de cada país, o novo constitucionalismo latino-americano emerge como resposta aos nefastos efeitos do projeto neoliberal, apostando nos traços comuns que possibilitam a formação de uma identidade constitucional entre nesses países. Esse novo horizonte é permeado pelo pluralismo político e jurídico e pelo reconhecimento de novos sujeitos, como os povos indígenas, e pela proposta emancipatória e descolonizadora que se afasta do modelo eurocêntrico de Estado de Direito moderno e se abre a uma nova perspectiva de democracia inclusiva e participativa.

Foi nesse contexto que, no final dos anos 1990, as discussões sobre a colonialidade do poder ganharam destaque na América Latina. Influenciados pelos estudos subalternos, culturais e pós-coloniais, bem como pela teoria da dependência, e por nomes como Juan Carlos Mariátegui, Aimé Cesaire e Frantz Fanon, pesquisadores do grupo Modernidade/Colonialidade passaram a debater e produzir obras sobre os efeitos da colonização moderna, das políticas imperialistas e do paradigma europeu no contexto latino-americano, mostrando a permanência das relações coloniais nos dias de hoje. Os estudos e as discussões realizados por esse grupo denunciaram a intrínseca relação entre a colonização da América e a consolidação do capitalismo e da modernidade, entendendo o capitalismo não apenas como um sistema econômico, mas também como uma rede global de poder que integra os processos culturais e políticos.

Uma das teses centrais dessa proposta demonstra como a constituição da América hierarquizou povos e culturas, criando um mundo de *outros* não civilizados, subalternizados pelo critério da raça.

A globalização em curso é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial. Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo

com a ideia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo (QUIJANO, 2005, p. 107).

A perspectiva descolonial entende, pois, que a modernidade capitalista global se constituiu da dominação que classificou e hierarquizou a população do Sul Global a partir do marcador de raça e de uma divisão internacional do trabalho em centro e periferia. Consequentemente, firmaram-se classificações como civilizados/primitivos, superiores/inferiores, modernos/tradicionais, desenvolvidos/subdesenvolvidos e naturalizou-se o padrão eurocêntrico universal (homem-branco-europeu-proprietário-heterossexual-cristão), que inferioriza e exclui aqueles que em tal modelo não se encaixam.

A legitimação desse padrão é explanada pelo peruano Anibal Quijano (2010, p. 84), ao conceituar colonialidade do poder:

A colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial de poder capitalista. Se funda na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do dito padrão de poder e opera em cada um dos planos, âmbitos e dimensões, materiais e subjetivas, da existência cotidiana e da escala social.

Portanto, a racialização das relações de poder legitimou a colonialidade como padrão de poder da modernidade capitalista, gerando efeitos não apenas econômicos, mas também em instâncias como conhecimento, subjetividade, trabalho e gênero – que Quijano trata como sexo. É nesse padrão de poder que o capitalismo global moderno está fundado e é esse padrão de poder que resvala nas mais diversas searas da vida humana.

Da colonialidade do poder decorre a colonialidade do ser. A diferença ontológica colonial retira a humanidade do sujeito racializado, invisibilizando-o: “[...] a diferença entre o ser e o que está mais abaixo do ser, o que está marcado como dispensável e não somente utilizável [...]” (MALDONADO-TORRES, 2007, p. 146, tradução nossa). Ou seja, o sujeito racializado é, para utilizar um termo de Frantz Fanon, um *condenado da terra*, destituído de ser, considerado um *não ser*, o que nos possibilita compreender o porquê de a colonialidade justificar todo tipo de políticas de morte contra pessoas negras.

A diferença colonial também se afigura no campo do conhecimento. A colonialidade do saber impõe a superioridade do conhecimento racional – neutro,

objetivo e obtido por métodos científicos – sobre todas as outras formas de saber. O parâmetro eurocêntrico de conhecimento é universalizado e privilegiado, servindo de base para todo o mundo; o que está fora desse padrão é considerado um *não saber*. Além disso, o saber de base eurocêntrica é tido como superior e coloniza outros saberes não europeus, silenciando todo o conhecimento tido por periférico, seja por ser produzido fora do centro do mundo, seja por não ser científico. Essa hierarquização, que faz os saberes dos povos e das culturas tradicionais serem considerados arcaicos, primitivos e inferiores, foi naturalizada universalizada, fundando todos os processos civilizatórios da modernidade e influenciando nosso modo de compreender o mundo.

Para Edgardo Lander (2005), a colonialidade do saber se forma com esteio em dois elementos: a elevação do conhecimento produzido na modernidade à categoria de único padrão universal de conhecimento válido e a suposição de um processo histórico universal que vai das culturas primitivas à sociedade moderna, a ser necessariamente atingido por todos os povos. Para o autor: “esta é uma construção eurocêntrica, que pensa e organiza a totalidade do tempo e do espaço para toda a humanidade do ponto de vista de sua própria experiência, colocando sua especificidade histórico-cultural como padrão de referência superior e universal” (LANDER, 2005, p. 13).

Como percebemos, o pensamento descolonial nos mostra que fomos impedidos de uma compreensão de mundo com base em nossa história e em nossa visão sobre os fatos. Fomos formados pela ciência moderna e suas teorias, suas categorias e seus conceitos, conhecendo a história da humanidade e as teses científicas desde o olhar europeu e a partir de parâmetros formulados por cientistas e filósofos – majoritariamente homens – da Europa. Por isso, ainda nos dias atuais falamos em “descobrimto” do Brasil e não em colonização das terras brasileiras; continuamos, assim, trasladando teses e concepções europeias a fim de aplicar a nossa realidade, na maioria das vezes, sem as adaptações necessárias ao nosso contexto; tampouco valorizamos nem damos o mesmo grau de importância aos saberes tradicionais, como o de grupos indígenas, de comunidades ribeirinhas ou de mulheres pescadoras.

A consequência é que, até hoje, temos uma formação toda fundada nesse paradigma eurocêntrico de conhecimento: da educação nos âmbitos familiar e social à acadêmica, da escola ao ensino universitário. E essa reprodução colonial impacta na nossa percepção de mundo, na constituição de nosso pensamento e de nossas relações sociais, nos estudos e nas pesquisas que realizamos, na elaboração e na interpretação das normas jurídicas, nas diretrizes que norteiam as profissões, ou seja, em todas as searas da nossa vida.

Evidentemente, o ponto de vista descolonial não sustenta a negação de todo o conhecimento já produzido, tampouco a desconsideração de tudo que seja calcado no padrão eurocêntrico de poder e de saber. A proposta é de desconstrução de um paradigma tido como universal e superior, para que, desestabilizando as hierarquias que nos foram impostas, possamos perceber o mundo desde dentro, de nosso olhar, de nossa realidade latino-americana, que não pode ser compreendida sem considerar os intercruzamentos de raça, etnia, classe e gênero.

A abordagem do grupo Modernidade/Colonialidade falha, todavia, ao enfrentar a questão de gênero. Corroboramos a crítica feita por Maria Lugones (2010) à ideia de colonialidade de gênero trazida por Quijano, que limita gênero ao acesso sexual às mulheres e reflete, ainda, as relações de opressão ocorridas entre os colonizadores, ou seja, sofridas por mulheres brancas europeias, e não pelas mulheres colonizadas. “O olhar de Quijano pressupõe uma compreensão patriarcal e heterossexual das disputas pelo controle do sexo [...] aceita o entendimento [que oculta] as maneiras pelas quais as mulheres colonizadas, não brancas, foram subordinadas e desprovidas de poder” (LUGONES, 2014, p. 58-59, tradução nossa). Ou seja, a autora acaba reproduzindo a colonialidade que intenta desconstruir.

Na mesma esteira de entendimento de Lugones, várias autoras abordam o feminismo em uma perspectiva descolonial, problematizando as tensões entre a colonialidade e as categorias gênero, sexo, raça e classe, considerando as múltiplas realidades das mulheres em seus diferentes contextos. Assim, o feminismo descolonial denuncia como as mulheres são subalternizadas e discriminadas em razão desses diversos marcadores, seja de acordo com as posições que ocupam na hierarquia social, seja com os saberes e conhecimentos adquiridos e produzidos.

Para tanto, parte-se da ideia de que não podemos falar em *mulheres*, de maneira universal, como se existisse o ser natural *mulher*, porque as distintas situações de opressão colocam as mulheres em patamares diferentes: a mulher branca europeia não sofre a mesma opressão que uma mulher negra da periferia brasileira. Por isso, utiliza-se a categoria interseccionalidade, que “visa a dar instrumentalidade teórico-metodológica à inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cisheteropatriarcado – produtores de avenidas identitárias em que mulheres negras são repetidas vezes atingidas pelo cruzamento e sobreposição de gênero, raça e classe” (AKOTIRENE, 2019, p. 19). A proposta interseccional considera, portanto, que não há hierarquia de opressão e que não podemos somar identidades, mas averiguar quais marcadores de opressão atravessam um indivíduo ou grupo.

Entendemos que essa crítica feminista é fundamental para que possamos

nos ancorar no pensamento descolonial. Não podemos questionar os padrões colonizadores e propor um novo modo de olhar o mundo se reproduzirmos a colonialidade nas questões de gênero.

Descolonizar então supõe entender a complexidade das relações e subordinações que se exercem sobre aqueles(as) considerados(as) outros(as). O Feminismo Negro, o feminismo chicano e o feminismo afro e indígena na América Latina são propostas que complexificam o quadro de poder nas sociedades pós-coloniais, articulando categorias como a raça, a classe, o sexo e a sexualidade a partir das práticas políticas de onde surgem interessantes teorias não só no feminismo, mas nas ciências sociais em seu conjunto. São propostas que têm feito frente à colonialidade do poder e do saber e temos de reconhecê-las para alcançá-las (CURIEL, 2007, p. 100, tradução nossa).

Sendo assim, apropriamo-nos do pensamento descolonial para refletir sobre a necessidade de uma desobediência epistêmica que confronte o paradigma eurocêntrico universalizado e se volte à realidade dos sujeitos subalternizados, no contexto da América Latina. E, mais especificamente, adotamos uma perspectiva feminista descolonial para olhar para as mulheres subalternizadas do Sul Global, refletindo sobre suas posições sociais, suas práticas e as opressões a que são submetidas na sociedade patriarcal.

Acreditamos que a descolonialidade e a proposta do novo constitucionalismo latino-americano nos possibilitam reflexões e práticas mais democráticas e mais emancipatórias, que melhor traduzem a realidade em que estamos inseridos.

2 As mulheres pescadoras e a questão de gênero

Vimos que a modernidade capitalista não só dividiu o mundo em centro e periferia como hierarquizou a população pelo critério da raça. O pensamento descolonial nos mostra não apenas a continuidade das relações coloniais nos dias atuais, mas, sobretudo, que a inferioridade imposta a muitos povos e culturas permanece naturalizada até o presente momento. Do mesmo modo, entendemos a necessidade de analisar, de modo interseccional, as diversas opressões que recaem sobre as mulheres, desconstruindo a ideia universal de mulher.

É partindo dessas considerações que olhamos para a realidade das mulheres pescadoras das comunidades pesqueiras brasileiras, na tentativa de compreender a subalternização a que são submetidas e as diversas opressões que se atravessam em seus corpos. A ideia é que, de algum modo, possamos mostrar a invisibilidade

e as discriminações de gênero que essas mulheres enfrentam cotidianamente, até mesmo quando procuram efetivar seus direitos perante o Estado. Mesmo reconhecendo que não podemos analisar gênero sem considerar outras formas de opressão que se inter cruzam, como raça e classe, optamos pelo foco no gênero porque esse tipo de discriminação é bastante acentuado na vida das mulheres pescadoras.

Obviamente, as realidades são múltiplas e diversas, modificáveis no tempo e de acordo com cada contexto, não existindo apenas um perfil de mulher pescadora, mas diferentes mulheres em distintos cenários, como mostraremos. De todo modo, a subalternização em torno da atividade pesqueira, sobretudo quando realizada pelas mulheres, é um fato que, infelizmente, ainda predomina nesse grupo, notadamente quando as pescadoras buscam reivindicar direitos perante o Estado.

Imiscuídas em um contexto de pouco prestígio socioeconômico, as mulheres pescadoras, em sua maioria, se ocupam das funções de preparo – limpeza, descasque, evisceração etc. – e beneficiamento dos pescados, e não da atividade de captura, que fica a cargo dos homens. Algumas também administram e vendem o pescado apurado, atividade que realizam normalmente em conjunto com o núcleo familiar. Elas nem sempre têm poder decisório e, via de regra, não são proprietárias de embarcações.

Como a extração é realizada em locais considerados perigosos e afastados do lar, não autorizados às mulheres, elas ficam responsáveis – também – pelos afazeres domésticos e pelo cuidado dos filhos. Muitas mulheres pescadoras ocupam o lugar social de “mulher de pescador”, ainda que realizem atividades diretamente relacionadas à pesca. Então, em geral, as mulheres pescadoras acumulam o trabalho reprodutivo e o trabalho produtivo relacionado ao momento anterior e posterior à captura do pescado, enquanto aos homens pescadores cabe o trabalho produtivo, da pesca propriamente dita.

Sobre o papel da mulher na pesca, é emblemática a fala de uma pescadora, cuja identidade foi preservada, do município de Rio Grande (RS), entrevistada pela pesquisadora Melina Galvão:

Aí, o papel da mulher na pesca tá muito, como é que eu vou dizer, assim, tá muito fraco demais! Porque eles valorizam demais é o pescador! Basta que eles falam o pescador ou a pescadora, qual é o verbo que eles usam? É o pescador! A mulher, ela tá sendo... Acho que sempre foi muito discriminada sobre isso. Ah, porque a mulher... Vai ver que é... Ela é mulher! Qual a diferença de um pescador pra uma pescadora? Ah, o pescador vai pro mar todos

os dia. Ele remenda, ele lida com o bote, ele faz isso, faz aquilo. Mulher não faz nada! Mulher só ajuda a carregar uma bateria, a adentrar com o camarão, quando chega. Não sabe o que é o trabalho que é no mar. Então é nisso aí, que eles, é uma discriminação! Eles acham que porque nós somos mulheres, que nós não temos a capacidade de fazer o mesmo, ou até mais do que eles fazem. Então é isso aí. É uma discriminação absurda, absurda mesmo! Eles não dão poder de tu poder te expressar, como é que eu vou dizer, eles não querem te escutar, né? O que importa pra eles é isso aí: O homem foi feito pra isso. Mulher foi feita pra fazer aquilo ali e pronto! M4M-63 (GALVÃO, 2013, p. 155).

Assim, nas comunidades pesqueiras, é marcante a divisão de tarefas em razão do gênero: os homens realizam o trabalho “pesado”, que demanda habilidade, coragem e força, enquanto as mulheres ficam com a parte considerada mais “leve” e menos arriscada. Essa diferença aparece até quanto aos tipos de pesca, por exemplo, a pesca de mariscagem é tida como uma atividade própria das mulheres, até por ser executada mais perto de casa. Essa diferenciação se dá, ainda, na identificação social dos agentes: “[...] a nominação, ou caracterização são preestabelecidas tradicionalmente onde a mulher é identificada como marisqueira e o homem como pescador e isso independe de sua atuação no mar ou mangue” (JESUS, 2016, p. 160).

E ainda:

Para os moradores, a representação é de que os trabalhos que exigem força e coragem são de atribuição masculina, como é o caso da pesca, enquanto os trabalhos considerados leves e de paciência são de atribuição feminina, como é o caso da mariscagem. Tal representação vem sendo acionada no processo de construção das identidades laborais sendo transmitida entre as gerações a divisão sexual do trabalho, o que reforça as hierarquias de gênero onde a agência feminina é sempre invisibilizada (JESUS, 2016 p. 158).

A verdade é que subsistem as divisões de tarefas entre homens pescadores e mulheres pescadoras. Isso porque as sociedades ocidentais foram, em sua maioria, forjadas em estruturas e concepções patriarcais que têm como fundamento a priorização “dos fazeres” do homem, considerado física e intelectualmente superior. Às mulheres foram reservadas as tarefas secundárias, menos relevantes econômica e socialmente, inclusas as atividades de cuidado. Essa é uma decorrência da divisão sexual do trabalho, que destina às mulheres as funções reprodutivas e domésticas e aos homens as produtivas.

A divisão sexual do trabalho caracteriza-se pela designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva assim como, ao mesmo tempo, a captação pelos homens das funções com forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares, etc.). Essa forma de divisão social tem dois princípios organizadores: – o princípio de separação (há trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) – o princípio hierárquico (um trabalho de homem “vale” mais do que um trabalho de mulher) (KERGOAT, 2002, p. 50).

Compreendemos que a polarização dos afazeres do ser humano em *masculino x feminino* recrudescer no século XXI, em que pesem os variados esforços para superar esse equívoco. Não se trata de uma característica apenas das comunidades pesqueiras, mas de toda a sociedade que vivencia um tensionamento dessas discussões, uma vez que para equilibrar as relações de poder, historicamente desiguais, há uma “perda” dos que vêm, ao longo dos anos, beneficiando-se dessa discrepância.

As razões dessa permanência da atribuição do trabalho doméstico às mulheres, mesmo no contexto da reconfiguração das relações sociais de sexo a que se assiste hoje, continuam sendo um dos problemas mais importantes na análise das relações sociais de sexo/gênero. E o que é mais espantoso é a maneira como as mulheres, mesmo plenamente conscientes da opressão, da desigualdade da divisão do trabalho doméstico, continuam a se incumbir do essencial desse trabalho doméstico, inclusive entre as militantes feministas, sindicalistas, políticas, plenamente conscientes dessa desigualdade (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 607).

Por tudo isso, as mulheres pescadoras são invisibilizadas e desvalorizadas na atividade que desempenham, tanto nas comunidades pesqueiras como aos olhos da sociedade. Muitas mulheres que realizam atividades essenciais à pesca não são sequer reconhecidas como pescadoras, pelo fato de não realizarem a atividade de captura; elas vivem à sombra das figuras masculinas, seja a do pai ou irmão, seja a do marido. “As mulheres sempre desenvolveram atividades num tempo maior do que os homens. Mas, ao mesmo tempo, a gente sempre ficou no processo de invisibilidade”, enfatiza Elionice Guimarães, pescadora de Salinas das Margarinas, na Bahia, umas das mulheres entrevistadas no documentário *Mulher das Águas* (2017).

A invisibilidade da mulher pescadora pode ser percebida como uma fração do cenário de silenciamento de todas as mulheres, ao mesmo tempo em que sua

superação é ainda mais desafiadora por nela se entrelaçarem múltiplas situações de opressão:

De uma maneira geral, os estudos de comunidades “pesqueira” tendem a privilegiar os atores sociais masculinos, e o ponto de vista do homem. O discurso do pesquisador como que replica o discurso público dessas comunidades, cuja identidade se constrói sobre a atividade da pesca, concebida como masculina. Relega-se, assim, ao silêncio, as atividades femininas, mesmo quando estas contribuem substancialmente para a subsistência da comunidade⁵ (WOORTMANN, 1992 apud MOTTA-MAUÉS, 1999, p. 385).

As mulheres das comunidades pesqueiras também podem, dentro de sua formação familiar e social, ser pescadoras, até mesmo da pesca de alto mar, não havendo nenhum impeditivo fisiológico ou psíquico. E muitas o são. Ocorre que diversas são as barreiras socioculturais que, quando não as impede totalmente, as inviabilizam e as subalternizam: por desempenharem atividades consideradas “masculinas”, há grande resistência sobre sua atuação.

O relato de Neia, pescadora catarinense, nos mostra o quanto seu pai resistiu ao pedido da filha para praticar a pesca:

Desde pequena eu gosto da pesca. Eu aprendi a pescar com o meu pai. Eu tinha uns 12 anos, eu acho. O pai ia sair de manhã, quando via, eu já estava esperando pronta pra ir com ele. Eu tinha aquela curiosidade de ver e saber como era a pesca, como se fazia, como se pescava, como vinham os peixes. Eu dizia: “me leva pai, me leva!”. Ele dizia: “não filha. Está muito frio. Outro dia tu vais com o pai”. Aí, no outro dia eu insistia, insistia. Quando eu levantava, ele já tinha saído. Aí eu percebi que ele me enganava [...] Daí, quando eu percebi isso, eu enganei ele. Um dia ele acordou. Quando viu, eu já estava na cozinha com tudo pronto para ir. Tinha feito o café, arrumado as coisas, já tinha deixado tudo pronto. Aí, não teve jeito: ele me levou junto (Neia, 32 anos) (BERGER, 2015, p. 99).

A fala de Sidnéia Silva, pescadora da praia de Redonda, em Icapuí, Ceará, também demonstra a resistência masculina às mulheres na pesca. Em entrevista ao Portal iG (ADERALDO, 2011), Sidnéia relata: “O pessoal dizia que mulher

⁵ Deve-se enfatizar que o texto se ocupa das mulheres pescadoras, mas a invisibilidade não poupa as mulheres agricultoras, as pequenas produtoras rurais, aquelas mulheres que ainda se ocupam de atividades de coleta. Nesse sentido, ver Woortmann (1992, p. 31 apud MOTTA-MAUÉS, 1999, p. 385).

no barco dá azar, faz a pesca não render. Se a mulher está naqueles dias, eles dizem que o pano da vela pode rasgar e o barco virar.” Na tentativa de enfrentar a discriminação de gênero em sua comunidade, Sidnéia produziu um documentário, ganhador de inúmeros prêmios: “O lance de eu fazer o documentário era para acabar o preconceito daqui. Todos os homens achavam que mulher é para tomar conta de fogão e casa e ter aquela vida restrita a um canto, que só pode fazer isso” (ADERALDO, 2011).

É interessante observar que, apesar dos obstáculos, muitas pescadoras são conscientes dos preconceitos que sofrem e, de algum modo, procuram enfrentá-los, como fez Sidnéia ao produzir o documentário. O relato de Joelma Ferreira, pescadora de Independência, no Ceará, é uma amostra dessa conscientização e do engajamento de mulheres pescadoras. Ela participa do projeto *Pescadoras e Pescadores, Construindo o Bem Viver*, promovido pela Cáritas Diocesana de Crateús, pelo Conselho Pastoral dos Pescadores Regional Ceará e pela organização *Comunitá, Impegno, Servizio, Volontariato* (CISV): “Ainda encontramos bastantes dificuldades e preconceitos em relação a nossa profissão, não somos respeitadas como deveríamos. Graças ao projeto no qual fazemos parte, hoje as mulheres pescadoras são mais unidas e estão conquistando os deveres e direitos delas” (PESCADORAS..., 2019).

No caso das mulheres que optam pela atividade de captura do pescado, as influências familiares são claras e os homens, na condição de pais ou maridos, são, em sua maioria, os “professores” das pescadoras. Não há problema nisso, já que a pesca foi tradicionalmente desempenhada apenas por homens. Mas esse cenário tem mudado e as mulheres vêm, cada vez mais, desempenhando atividades de pesca extremamente relevantes não apenas para a subsistência familiar, mas também para a sustentabilidade de suas comunidades e para a atividade pesqueira como atividade comercial.

Em algumas situações, a atividade de pesca é realizada em conjunto com o marido, mas tem o devido reconhecimento, como o das pescadoras da Ilha do Beto, localizada no município de Itaporanga D’Ajuda, Sergipe:

O trabalho das pescadoras na aludida comunidade alcança todas as etapas da atividade profissional deste grupo social, ou seja, captura, beneficiamento e comercialização. O papel secundário atribuído ao trabalho feminino não constitui uma realidade circunscrita a todas as comunidades [...] O grupo de pescadoras da comunidade Ilha do Beto é um notável exemplo de oposição a esta realidade. As pescadoras que compuseram a amostragem da presente pesquisa reconhecem que o trabalho desempenhado

na pesca é tão importante quanto aquele realizado por seu companheiro. Desta maneira, observa-se que sua participação na atividade ultrapassa o sentido das expressões “ajuda” ou “complementação” [...] (MARTINS; ALVIM, 2016, p. 384).

Por sua vez, muitas mulheres pescadoras hoje conseguem exercer o ofício sozinhas, desde a captura até o processo de comercialização, desvinculadas da figura masculina. No documentário *Mulheres das Águas* (2017), podemos assistir a várias mulheres pescadoras que dão esse testemunho. Uma delas é Eliete Paraguassu, da Ilha de Maré, na Bahia, que enfatiza a importância da pesca na sua vida e no sustento dos filhos:

Eu não me vejo fazendo outra coisa a não ser pescar. Eu só sei pescar. Eu sustento os meus dois filhos com a pesca. Como é que este mar e esta coroa não têm sobrevivência, não tem futuro? Se eu vivo e sobrevivo dela, pago minha água e minha luz da pesca. Eu só pesco. E como é que a pesca artesanal não tem futuro? É o mar que determina meu trabalho. Eu não tenho patrão. Eu adoro dizer isso: ‘eu não tenho patrão’. Quem determina é a maré (MULHERES..., 2017)

De todo modo, apesar dos avanços e da existência de muitas mulheres que vêm desafiando o preconceito e a discriminação de gênero, fato é que a distinção de papéis que inferioriza as mulheres pescadoras ainda predomina nas comunidades pesqueiras. Essa é uma barreira difícil de ser superada, haja vista que a divisão sexual do trabalho está arraigada em nossa cultura e formação de um modo generalizado, sendo bastante acentuada no seio dessas comunidades.

Essa divisão de papéis entre homens e mulheres vem sendo analisada por diversas áreas do conhecimento, como antropologia, sociologia, filosofia etc. O Direito precisa se apropriar, também, dessas reflexões, de modo a não se tornar mais uma ferramenta de perpetuação dessas situações de desigualdade e discriminação. Apesar de o nosso ordenamento contemplar várias questões relacionadas a gênero e direitos das mulheres, ainda há muito o que avançar nesse sentido, como veremos a seguir.

3 Mulheres pescadoras e o Direito

De início, é importante frisar que a colonialidade atinge também o Direito e a ideia de direitos humanos. A consequência é que as pessoas subalternizadas, por estarem situadas *do lado de lá da linha abissal*, acabam sem real acesso ao que

está previsto nas normas jurídicas e, portanto, sem a concretização de direitos humanos básicos.

A história que se pode denominar de “oficial” dos direitos humanos conta como esses direitos foram reconhecidos a uma pequena parcela da humanidade branca e proprietária, mas encobre como foi produzido um discurso de gradação e hierarquização que permitiu que grande parte da humanidade não fosse capaz de titularizar esses direitos. [...]. Documentos jurídicos internacionais no segundo período pós-guerra afirmam, unanimemente, que a titularidade dos direitos humanos alcança todos os seres humanos, independentemente de cor, raça, etnia, orientação sexual ou política, nacionalidade, sexo, condição física ou mental. Estes traços são aqueles que historicamente têm determinado o grau de suscetibilidade à violação de direitos. A discriminação e, portanto, a negação de direitos, só podem ser entendidas quando se percebe a colonialidade como constitutiva da modernidade, na medida em que a exclusão e a vulnerabilidade das pessoas que não se encaixam no padrão de racionalidade foram produzidas no contexto colonial, especialmente por meio da ideia de raça (BRAGATO, 2014, p. 226).

Essa é uma questão bastante recorrente no pensamento crítico sobre os direitos humanos. Isso porque a concepção liberal de direito, que permeia todas as leis de proteção a direitos, incluindo as brasileiras, gera abstrações e generalizações baseadas em uma igualdade formal que não dá conta das múltiplas e intercruzadas realidades dos destinatários das normas. Há uma premissa equivocada de que as pessoas se localizam no mesmo ponto de partida e têm as mesmas condições sociais, quando, na verdade, vivemos um contexto de extrema desigualdade social.

Além disso, sabemos do elevado grau de androcentrismo presente nas normas e instituições jurídicas. Mesmo que o cenário venha se modificando, não podemos desconsiderar que as leis e interpretações jurídicas foram (e ainda são) feitas a partir do ponto de vista masculino, dada a presença majoritária de homens em todos os espaços de poder: desde o Judiciário às casas legislativas.

Alda Facio, autora costarriquenha que desenvolveu uma metodologia feminista para análise de gênero no fenômeno jurídico, é enfática nesse sentido:

O androcentrismo que permeia todas as nossas instituições resultou que todas as disposições legais tenham como parâmetro, modelo ou protótipo o macho da espécie humana [...]. É por esse motivo que as leis, mesmo que não o explicitem, em sua maioria,

partem dos homens e são voltadas para os homens ou respondem à ideia que os homens têm do que somos e do que nós, mulheres, precisamos. Em um patriarcado androcêntrico, não surpreende o fato de que o legislador, o jurista e o juiz tenham em mente o homem/varão quando elaboram, promulgam, usam e aplicam as leis ou quando elaboram teorias, doutrinas e princípios que servem de base para sua interpretação e aplicação. Portanto, não devemos cair no erro de acreditar que existam leis neutras, que sejam igualmente dirigidas a homens e mulheres e que tenham efeitos iguais em homens e mulheres (FACIO MONTEJO, 1992, p. 53-54, tradução nossa).

Por tudo isso, não surpreende que, em pleno 2019, haja no Brasil normas jurídicas discriminatórias contra as mulheres, como algumas das que versam sobre a pesca artesanal.

Para falar das mulheres pescadoras e o Direito, cumpre destacar, de início, que a Lei n. 11.959/2009, em seu art. 4º, estabelece que “a atividade pesqueira compreende todos os processos de pesca, exploração e exploração, cultivo, conservação, processamento, transporte, comercialização e pesquisa dos recursos pesqueiros” e, em parágrafo único, preconiza: “Consideram-se atividade pesqueira artesanal, para os efeitos desta Lei, os trabalhos de confecção e de reparos de artes e petrechos de pesca, os reparos realizados em embarcações de pequeno porte e o processamento do produto da pesca artesanal.” Essa é a principal norma que dispõe sobre a pesca artesanal no Brasil, incluindo as atividades de apoio à pesca, que, como vimos, são as mais realizadas pelas mulheres, na maioria dos casos.

Ocorre que, em 2015, os Decretos n. 8.424 e n. 8.425 trouxeram dispositivos que afetaram diretamente as mulheres pescadoras. O Decreto n. 8424/2015, em seu § 6º, veda o pagamento de seguro-defeso aos trabalhadores de apoio à pesca artesanal e aos componentes do grupo familiar. Ou seja, as mulheres, que em maior parte realizam essas atividades, não podem receber esse benefício.

Por seu turno, o Decreto n. 8425/2015, que dispõe sobre o registro da atividade pesqueira e sobre os critérios para concessão, autorização ou permissão de licença para o exercício da pesca, passou a considerar pescador artesanal apenas quem captura o pescado, excluindo o agente que participa de todas as demais atividades essenciais à pesca, como as de preparo e beneficiamento, e sem as quais boa parte da pesca realizada no Brasil perderia relevância e até mercado de consumo. A consequência disso foi a exclusão das mulheres da condição de pescadoras, já que elas ainda são as maiores responsáveis pelas fases de pré e pós-captura.

Tais decretos não só foram objeto de críticas como geraram inúmeros manifestos dos movimentos sociais pesqueiros. Assim, em 2017, foi editado o Decreto n. 8967, que entre outras alterações, revoga o dispositivo do Decreto n. 8425/2015, que definia os trabalhadores e trabalhadoras de apoio à pesca.

Com isso, o conceito de pescador artesanal voltou a ser amplo e a abranger os participantes das atividades de apoio à pesca, da forma prevista pela Lei n. 11.959 de 2009. Assim, pelo menos em tese, neste ponto, as mulheres que realizam essas funções não podem mais ter negado o direito de serem reconhecidas como pescadoras artesanais. Todavia, o Decreto n. 8424/2015 continua em vigor, retirando das mulheres que realizam atividade de apoio à pesca o benefício do seguro-defeso.

Outra questão recorrente na vida das pescadoras diz respeito aos benefícios previdenciários. Não obstante, o Decreto n. 8499/2017 tenha reconhecido as pessoas que realizam atividade de apoio à pesca artesanal como beneficiárias do Regime Geral de Previdência Social, muitos são os relatos sobre as dificuldades que as mulheres pescadoras enfrentam ao procurarem o INSS. Os obstáculos são muitos: demora no atendimento, demora e/ou negativa da concessão dos benefícios, especialmente quando se trata de benefício que exige reconhecimento de doenças ocupacionais, ausência de documentos – muitas mulheres não possuem o Registro Geral de Atividade Pesqueira (RGP) e precisam utilizar documentação do marido/companheiro, entre outros.

É necessário pontuar, ainda, que há relatos de pesquisas que confirmam a dificuldade no INSS desde o primeiro atendimento, tendo em vista que, por vezes, as mulheres são ignoradas em sua condição de pescadoras, ao mesmo tempo em que é reforçada a sua dependência aos maridos e pais.

Nesse sentido, é emblemático um trecho da pesquisa de Gerber (2015) com mulheres pescadoras do sul de Santa Catarina, que relata atendimento de uma pescadora em um posto do INSS, acompanhado pela pesquisadora:

[...] marcou o visor colorido indicando a mesa, seguido do som de um blim blom. Entrei com Safira⁶ e o técnico do INSS se mostrou solícito, embora sério, e perguntou o que queríamos. Como Safira havia me pedido para fazer as perguntas, eu iniciei a conversa e se seguiu o seguinte:

— Eu sou pesquisadora e estou acompanhando esta senhora, que é pescadora e me pediu para vir acompanhá-la, pois quer tirar algumas dúvidas sobre o processo de aposentadoria.

6 Os nomes das pescadoras foram alterados pela pesquisadora para que seja mantido o anonimato.

Demonstrando não ter me ouvido, o técnico se dirigiu diretamente à Safira:

— **A senhora é mulher de pescador?**

Interfiro:

— **Não, ela é pescadora.**

Continuando como se não tivesse falado, o técnico continuou:

— **A senhora trouxe os documentos do seu marido?**

Não me contendo, mais uma vez interferi ao mesmo tempo em que me dei conta do coração mais acelerado e o sangue me corar o rosto com a raiva que senti. Porém, num esforço de controle comentei: – **Ela também tem os documentos de pescadora.**

Mais uma vez, foi como se eu não tivesse dito nada. **O técnico continuou olhando apenas para Safira, e ela rapidamente lhe respondeu:**

— **Ah, eu trouxe sim. Estão aqui.**

— **Ela também tem documentos, insisti.** Porém, o único som que eu parecia ouvir era meu próprio coração acelerado [...]. Era eu também agora, não só invisível, mas inaudível para o referido técnico, que continuou sem considerar o que eu argumentava.

— **Tem a carteirinha dele aí?** Deixa eu ver. Como está aqui, está tudo certo. Ele tem a carteirinha há 12 anos e a senhora é mulher dele. É casada legalmente?

— Sim, sou.

— Então. Tem que contribuir 25 anos e ter 55 anos de idade para se aposentar. Era só isso?

— Era, sim. Respondeu Safira de forma tímida, muito diferente de seu jeito alegre e expansivo. Ele não me olhou. É como se eu não estivesse ali (GERBER, 2015, p. 203-204, grifo nosso).

Incontestes, pois, as dificuldades, que não apenas o Direito, mas a estrutura do Estado, impõem às pescadoras e à efetivação de direitos, não apenas explicitados em legislação específica, mas embasados na Constituição Federal de 1988.

Essa dificuldade de concretização de direitos é uma constante nos relatos das pescadoras, que enxergam o aparato do Estado como maior obstáculo. A fala de Maria Rosa dos Santos, 65 anos, pescadora de Maragogi, Alagoas, é frequente entre as pescadoras: “Dei entrada na minha aposentadoria como marisqueira e negaram. Há mais de 20 anos que cavo esse negócio” (CARVALHO, 2012). Do mesmo modo, Ângela Maria de Santana, pescadora de Sirinhaém, Pernambuco, também entrevistada no documentário Mulheres das Águas (2017), narra sua tentativa de conseguir sua aposentadoria:

Nós pescadoras, quando completamos 55 anos, a gente dá entrada na aposentadoria. Só que eu dei entrada na aposentadoria, na primeira entrada que eu dei, foi negada. Dei outra entrada, negou de novo. Nesta situação, foram umas três vezes. Não tem jeito não. Vou completar 59 anos, que já completei, e não saiu a aposentadoria. São essas e muitas que têm e que o Estado não reconhece.

Em uma espécie de síntese de toda essa problemática vivenciada pelas mulheres pescadoras, Eliete Paraguassu é categórica ao explicar sobre o papel negativo do Estado:

São essas e muitas mulheres que têm e que o Estado não reconhece. E que o Estado se nega porque parece que tem um povo treinado para negar direito a esse povo. Parece que o Estado fez uma faculdade, especializa gente para negar direito a esse povo (MULHERES... 2017).

Essas são amostras de como o Direito e o aparelho estatal reproduzem o padrão de poder colonial que discrimina e invisibiliza as mulheres pescadoras e subalterniza as atividades que elas desempenham, o que nos conduz à urgência de não apenas dar publicidade a essa realidade, como agora fazemos, mas pensar, ao lado das mulheres pescadoras, em meios de alterar referido cenário.

Considerações finais

O reconhecimento constitucional de novos sujeitos e direitos e o pluralismo jurídico que caracterizam o novo constitucionalismo latino-americano impulsionam uma nova perspectiva democrática na América Latina que nos permite confrontar os modelos eurocêntricos da modernidade colonial. É nesse horizonte que o pensamento descolonial nos auxilia na compreensão da realidade brasileira, na medida em que realiza um esforço de conectar as vivências cotidianas com a nossa construção histórica de sociedade. Entendemos que reconhecer que há desigualdades que estão imiscuídas em nossas matrizes sociais, culturais, econômicas e familiares nos confere a percepção necessária a envidar os esforços adequados na busca por sua superação.

Nessa perspectiva, o esforço deste artigo se dirigiu aos direitos das mulheres, mais especificamente das mulheres pescadoras brasileiras, analisando como a discriminação de gênero interfere no Direito, nas relações sociais e familiares, na economia e nas formas e estruturas de produção e de trabalho. Precisamos

refletir acerca dos porquês de as mulheres continuarem a se concentrar em tarefas consideradas de menor importância, e, por conseguinte, de menor retorno financeiro; das perdas que a estratificação dos papéis traz para os contornos sociais e econômicos de uma sociedade dita democrática; e de medidas capazes de densificar o processo de superação desse cenário.

O silenciamento e, por vezes, a invisibilidade das mulheres pescadoras, demonstrados tanto pelas pesquisas teóricas quanto pelas narrativas explicitadas no texto, nos confirmam a hipótese levantada e nos conduzem a uma inadiável ação em prol de conferir publicidade as suas experiências, saberes e necessidades. Precisamos ser capazes de construir soluções dialogadas, participativas e, sobretudo, eficientes, que superem essa discrepância, notadamente por meio do Direito, para que, em vez de obstáculo, este seja instrumento de auxílio na defesa e na promoção de direitos humanos e fundamentais.

Referências

ADERALDO, D. Mulher faz filme para convencer vilarejo de que pode ser pescadora. *Portal iG*, Fortaleza, 25 set. 2011. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ce/mulher-faz-filme-para-convencer-vilarejo-de-que-pode-ser-pescadora/n1597226219240.html>. Acesso em: 20. out. 2019.

AKOTIRENE, C. *Interseccionalidade*. São Paulo: Pólen, 2019.

BRAGATO, F. F. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548>. Acesso em: 22 out. 2019.

CARVALHO, S. Catar marisco, atividade insalubre. *Gazeta de Alagoas*, Maceió, 15 abr. 2012. Disponível em: <http://gazetaweb.globo.com/gazetadealagoas/noticia.php?c=199980>. Acesso em: 22 out. 2019.

CURIEL, O. Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista. *Nómadas (Col.)*, n. 26, p. 92-101, 2007.

EM SÃO PAULO, Angela Davis pede valorização de feministas negras brasileiras. *Brasil de Fato*, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/10/20/em-sp-angela-davis-pede-valorizacao-de-feministas-negras-brasileiras/>. Acesso em: 20 out. 2019.

ESPINOSA MIÑOSO, Y. Introducción. In: ESPINOSA MIÑOSO, Y.;

CORREAL, D. G.; MUÑOZ, K. O. (ed.). *Tejiendo de otro modo: feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*. Popayán: Universidad del Cauca, 2014. p. 13-40.

FACIO MONTEJO, A. *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José, C. R.; ILANUD, 1992. Disponível em: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/2477/1/libro.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

GALVÃO, M. C. *Diálogos entre gênero, gestão e Educação Ambiental: os papéis das mulheres nos modos de vida na pesca artesanal*. Dissertação (Mestrado em Educação Ambiental) – Programa de Pós-Graduação em Educação Ambiental, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2013.

GERBER, R. M. *Mulheres e o mar: pescadoras embarcadas no litoral de Santa Catarina, sul do Brasil*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2015.

HIRATA, H.; KERGOAT, D. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0537132.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

JESUS, R. S. *Por que a pescadora é marisqueira? Identidade de gênero no quilombo de São Braz*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cruz das Almas, 2016.

KERGOAT, D. A relação social de sexo da reprodução das relações sociais à sua subversão. *Pro-Posições*, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 47-59, mar. 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/proposic/article/view/8643968>. Acesso em: 7 dez. 2018.

LANDER, E. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêtricos. In: LANDER, E. (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: Colección Sur Sur, 2005. p. 8-23. Disponível em: <http://www.antropologias.org/rpc/files/downloads/2010/08/Edgardo-Lander-org-A-Colonialidade-do-Saber-eurocentrismo-e-ci%C3%AAsncias-sociais-perspectivas-latinoamericanas-LIVRO.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

LUGONES, M. Rumo a um feminismo descolonial. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, [publicado originalmente na revista *Hypatia*, em 2010], v. 22, n. 3, p. 935-952, 2014.

LUGONES, M. Colonialidad y género. In: ESPINOSA MIÑOSO, Y.; CORREAL,

D. G.; MUÑOZ, K. O. (org.). *Tejiendo de otro modo: feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2014. Disponível em: <http://seminariodefeminismoenuestroamericano.blogspot.com.br/2015/04/pdf-tejiendo-de-otro-modo-feminismo.html>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MALDONADO-TORRES, N. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSGOQUEL, R. (ed.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 127-168.

MARTINS, M. L. S.; ALVIM, R. G. Perspectivas do trabalho feminino na pesca artesanal: particularidades da comunidade Ilha do Beto, Sergipe. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi [Ciências Humanas]*, Belém, v. 11, n. 2, p. 379-390, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bgoeldi/v11n2/1981-8122-bgoeldi-11-2-0379.pdf>. Acesso em: 21. out. 2019.

MOTTA-MAUÉS, M. A. Pesca de homem/peixe de mulher (?): repensando gênero na literatura acadêmica sobre comunidades pesqueiras no Brasil. *Etnográfica*, Lisboa, v. 3, n. 2, p. 377-399, 1999.

MULHERES das águas. Documentário. Direção: Beto Novaes. Produção: Vídeo Saúde Distribuidora e Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=P62sFliw7K8&feature=youtu.be>. Acesso em: 21. out. 2019.

PESCADORAS artesanais cearenses trocam conhecimento para geração de renda em oficina. *Brasil de Fato*, Fortaleza, 3 out. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/10/03/pescadoras-artesanais-cearenses-trocam-conhecimentos-para-geracao-de-renda-em-oficina/>. Acesso em: 20 out. 2019

QUIJANO, A. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. (org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo, Cortez, 2010.

YRIGOYEN FAJARDO, R. Z. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, C. A. (coord.). *Aprender desde o Sul: novas constitucionalidades, pluralismo e plurinacionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E O JULGAMENTO DO TEMA N. 988 PELO STJ

Fernando Lage Tolentino¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Gabrielle Pamplona Cunha²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 07/11/2019.

Artigo aceito em: 02/12/2019.

Resumo

Este artigo discorre sobre o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, a respeito da natureza jurídica do rol legal de hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, previsto no art. 1.015 do Código de Processo Civil vigente. O objetivo geral da pesquisa é analisar a tese de taxatividade mitigada do rol em análise, quando do julgamento do tema n. 988. Para tanto, faz-se necessária a análise das teses anteriormente debatidas pela doutrina e jurisprudência, quais sejam: (i) taxatividade do rol, devendo ocorrer interpretação restritiva de suas hipóteses; (ii) interpretação extensiva/análogica do rol, com ampliação pontual e casuística em determinadas situações fáticas; e (iii) rol exemplificativo, em

razão da atecnia redacional pelo legislador. Em termos metodológicos, o trabalho apresenta abordagem qualitativa e exploratória, sendo o método de pesquisa dedutivo-dialético, baseado na pesquisa bibliográfica e documental a respeito do tema. Em síntese conclusiva, verificou-se a relevância da tese da taxatividade mitigada com vistas à efetiva implementação da ampla defesa em grau recursal, não obstante eventual discricionariedade judicial na definição do interesse recursal no caso concreto.

Palavras-chave: agravo de instrumento; irrecurribilidade em separado das decisões interlocutórias; taxatividade mitigada.

¹ Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Especialista em Direito Digital e Compliance pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Faculdade IBMEC). Bacharel em Direito pela PUC-MINAS. Professor Assistente IV de Direito Processual Civil no curso de graduação em Direito da ESDHC. Advogado. E-mail: fernandolagetolentino@gmail.com

² Bacharel em Direito pela ESDHC. Advogada. E-mail: gabriellepamplonacunha16@gmail.com

INTERLOCUTORY APPEAL AND THE JUDGMENT OF THE THEME N. 988 BY THE STJ

Abstract

This article deals with the judgment by the Superior Court of Justice regarding the nature of the legal list of hypotheses of interlocutory appeal, provided by the article 1.015 of the current Code of Civil Procedure. The general objective of the research is to analyze the mitigated taxativity thesis of the list under analysis, when judging the theme n. 988; therefore, it is necessary to analyze the theses previously debated by the doctrine and jurisprudence, which are: (i) taxativeness of the list, and there should be a restrictive interpretation of its hypotheses; (ii) extensive/analog interpretation of the role, with occasional and case-by-case amplification in certain factual situations; and (iii) an exemplary list, due to the

incorrect wording of the legislation. In methodological terms, the work presents a qualitative and exploratory approach, being the deductive-dialectical research method, based on bibliographic and documentary research on the subject. In conclusion, it was verified the relevance of the mitigated taxativity thesis with a view to the effective implementation of the broad defense in the appellate degree, despite possible judicial discretion in the definition of the appeal interest in the specific case.

Keywords: *interlocutory appeal; mitigated taxativity; separate irrecoverability of interlocutory decisions.*

Introdução

Não restam dúvidas que a entrada em vigor do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 trouxe várias mudanças no sistema processual civil brasileiro. Não apenas mudanças paradigmáticas, que muito provavelmente são as mais importantes na busca por uma atuação mais democrática e eficiente dos órgãos jurisdicionais, mas também de ordem prática, que interferem no dia a dia dos mais diversos sujeitos processuais.

Entre essas modificações, podemos indicar a alteração do regime de impugnação das decisões interlocutórias como uma das mais impactantes.

O legislador do código vigente, rompendo com a lógica de impugnação imediata das decisões interlocutórias que vigorava no Código de Processo Civil de 1973, passou a adotar, ainda que parcialmente, o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, com vistas a imprimir mais celeridade e economia processuais.

Extinguindo a figura do recurso de agravo retido, estabeleceu um rol pretensamente taxativo de hipótese de cabimento do recurso de agravo de instrumento no art. 1.015 do CPC. Em princípio, a impugnação imediata de decisões intermediárias somente seria possível nas hipóteses ali indicadas, com a finalidade de diminuir o “grande volume” de recursos a serem processados e julgados perante os tribunais pátrios.

Todavia, antes mesmo da entrada do CPC em vigor, a doutrina iniciou intenso debate a respeito da natureza jurídica de tal rol. A despeito da clara vocação para taxatividade do rol legalmente instituído, a prática forense logo mostrou sua insuficiência, fruto de péssima técnica legislativa de enunciação casuística. Com a entrada em vigor do Código, o debate se aprofundou, com a participação da jurisprudência dissonante dos vários tribunais pátrios, gerando elevado grau de divergência de posicionamentos a respeito do tema.

Este ensaio tem como objetivo analisar o desenvolvimento da discussão do tema a respeito da natureza jurídica do rol de hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento perante o Superior Tribunal de Justiça, tribunal constitucionalmente responsável pela uniformização da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais federais.

Para entendermos de maneira adequada o resultado do julgamento do tema n. 988 pelo STJ, que definiu a chamada taxatividade mitigada do rol em análise, devemos, primeiro, compreender os motivos que levaram o legislador a modificar o sistema de impugnação das decisões interlocutórias até então vigente, bem como expor os posicionamentos teóricos criados doutrinariamente a respeito do rol,

com destaque para o entendimento que havia se consolidado majoritariamente sobre a possibilidade de interpretação extensiva/análogica do rol do art. 1.015.

1 O sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias na vigência do Código de Processo Civil de 2015

Antes de analisarmos propriamente o julgamento do tema n. 988 pelo STJ, faz-se necessário o estudo, ainda que sucinto, do sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias adotado pelo Código de Processo Civil vigente, uma vez que a adequada compreensão desse sistema será o ponto de partida para o desenvolvimento da discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da possibilidade ou não de abertura do rol de hipóteses legais de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

1.1 O princípio da irrecorribilidade imediata ou em separado das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil: origem, conceito e previsão legislativa

O princípio da irrecorribilidade imediata, ou em separado das decisões interlocutórias consoante, menciona Assis (2017, p. 606), se originou diretamente do princípio da oralidade, que visa à simplicidade e à fluidez dos atos procedimentais. Araken de Assis (2017, p. 607) explica, ainda, que tal princípio, no sistema processual brasileiro, foi previsto, primeiramente, pelo CPC de 1939.

Segundo o mesmo autor, o princípio em estudo tem por objetivo precípua impedir que as várias decisões proferidas pelo magistrado dentro de um mesmo processo, sem finalizá-lo, sejam impugnadas em oportunidades diferentes, visando, assim, a concentração dos atos processuais e a valorização dos princípios da celeridade e economia processual (ASSIS, 2017).

De acordo com Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 962) por esse princípio “não se tolera a interrupção da marcha processual para apreciação de recursos contra decisões de questões incidentais”; em outras palavras, tal princípio veda que as decisões interlocutórias proferidas durante o curso do processo, sejam analisadas separadamente da decisão que resolve definitivamente o mérito do processo.

Nesse diapasão, o legislador, no Código de Processo Civil de 2015, visando simplificar a sistemática da recorribilidade das decisões interlocutórias e diminuir o manejo do recurso de agravo de instrumento nos tribunais, adotou, ainda que parcialmente, o princípio em análise, extinguindo a figura do agravo retido

previsto no CPC de 1973 e elencando no art. 1.015 do atual diploma processual as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Em princípio, caso a decisão não conste do mencionado rol, o seu reexame será feito por meio do recurso de apelação, nos termos do § 1º do art. 1.009 do CPC.

Assim, conforme as sábias lições de Neves (2017, p. 1.598-1.599), o princípio em análise foi significativamente ampliado no CPC de 2015 em relação ao CPC de 1973, visto à extinção da modalidade do agravo retido e a enumeração das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento de modo, ao menos em tese, taxativo.

Todavia, em que pese a nobre intenção do legislador, a adoção do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias pelo atual Código de Processo Civil foi alvo críticas pela doutrina.

Na opinião de Assis, por exemplo, a adoção do princípio da irrecorribilidade imediata pelo legislador do CPC de 2015 significou verdadeiro retrocesso processual, pois ao afirmar que (2017, p. 614) “o CPC de 2015, quanto ao cabimento do agravo de instrumento, retornou ao regime do CPC de 1939”, quis dizer, pois, que, de acordo com a sistemática do CPC d

e 1939, essa restrição e o excesso de simplicidade dos atos processuais, algumas vezes, poderão diminuir a importância da recorribilidade das decisões interlocutórias, além de causar prejuízos irreparáveis às partes.

Em síntese, como analisado, o legislador adotou parcialmente o princípio da irrecorribilidade imediata, buscando concentrar a atividade recursal ao final do trâmite processual em primeira instância, em uma tentativa de priorizar a simplicidade dos atos processuais e os princípios da celeridade e da economia processual. Todavia, conforme se verá nos próximos tópicos, essa opção não foi tão acertada quanto pensou o legislador.

1.2 Do cabimento do recurso de agravo de instrumento no Código de Processo Civil: da pretensa taxatividade do rol previsto no art. 1.015

O recurso de agravo de instrumento consiste no recurso destinado à impugnação das decisões interlocutórias.

O conceito de decisão interlocutória foi definido pelo CPC de 2015 por exclusão, pois, de acordo com seu art. 203, § 2º, decisão interlocutória consiste em “todo pronunciamento judicial de natureza decisória” que não caracterize sentença.

Como bem explica Assis (2017, p. 622), as decisões interlocutórias são aquelas

que vão “desembaraçando o caminho, preparando o julgamento do mérito”. Já a sentença, como regra, é o ato decisório que busca encerrar a etapa cognitiva ou executória de um procedimento, verificada ou não a análise do mérito.

Feitas tais considerações passemos à análise propriamente dita da sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil.

Pois bem, o Código de Processo Civil de 2015 inaugurou uma nova metodologia com respeito ao recurso de agravo de instrumento, elencando em seu art. 1.015 as hipóteses de cabimento do referido recurso.

Desse modo, segundo previsto pelo atual CPC, são recorríveis, de maneira imediata, por meio do agravo de instrumento as decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias; o mérito do processo; a rejeição da alegação de convenção de arbitragem; o incidente de desconsideração da personalidade jurídica; a rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; a exibição ou posse de documento ou coisa; a exclusão de litisconsorte; a rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; a concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; a redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º, bem como as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação ou cumprimento de sentença; no processo de execução e no processo de inventário, além de outros casos previstos em lei.

Ressalta-se que nos casos previstos pelo art. 1.015 ocorrerá a preclusão da matéria, caso não seja manejado tempestivamente o recurso de agravo de instrumento.

Quanto as demais decisões interlocutórias que forem proferidas no curso do procedimento de conhecimento (seja ele comum ou especial), nos termos do § 1º do art. 1.009, não serão cobertas pela preclusão, devendo ser questionadas mediante recurso de apelação, pela via de preliminares em sede de razões ou contrarrazões.

Logo, no que tange à nova regra, Theodoro Júnior (2015, p. 1.010) explica que “se a parte prejudicada pela decisão interlocutória for vencida na ação, deverá arguir a matéria em preliminar de apelação, sendo a parte contrária intimada para contrarrazoar” em 15 dias. Contudo, se a parte for a vencedora, a impugnação deverá ser feita nas contrarrazões de eventual apelação interposta pela parte adversária. Nesse caso, “o vencedor manejaria, na verdade, um recurso eventual e subordinado, visto que só seria apreciado caso o recurso do vencido fosse provido para reformar a sentença” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1.010). Vale ressaltar que por medida de isonomia processual, o apelante também será intimado para responder em até 15 dias, em conformidade com previsão do § 2º do art. 1.009.

No que diz respeito à redação do § 1º do art. 1.009, Daniel Amorim

Assumpção Neves (2017, p. 1643) destaca que este não é digno de elogios, uma vez que não basta as partes alegarem seu inconformismo com a decisão, devendo fazer de maneira fundamentada. Ademais, não se trata das decisões proferidas no processo de conhecimento, mas sim das decisões interlocutórias prolatadas no curso do procedimento. Neves (2017) também critica ser bastante curiosa a opção do legislador em prever dois recursos completamente distintos para se recorrer de um mesmo tipo de decisão, qual seja as interlocutórias. Para ele, na prática, há uma incongruência significativa na escolha do legislador, visto que o recurso de apelação apresenta regras formais e procedimentais bastante distintas do recurso de agravo de instrumento.

Outro problema que é apontado por Neves (2017) com referência ao dispositivo em comento é que, tendo em vista que a decisão interlocutória deve ser impugnada por meio da preliminar de apelação, a sua análise depende diretamente da admissibilidade desse recurso. Assim, caso a apelação seja inadmitida, o reexame da decisão interlocutória restará integralmente prejudicado, uma vez que o Tribunal não pode conhecer parte de recurso inadmitido. Para Neves (2017), esse é um dos maiores problemas a ser enfrentado pelas partes no processo, tendo em vista a possibilidade de violação de direitos fundamentais das partes, por exemplo, o princípio da ampla defesa.

Portanto, percebe-se que a nova sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC de 2015 buscou concentrar, a um só tempo, o reexame destas. Entretanto, como explicitado, não há como afirmar que tal escolha foi sabiamente adotada pelo legislador. No próximo tópico, o leitor verá que, ao contrário da intenção do criador da norma, a adoção do princípio da irrecorribilidade, do modo como foi concretizado, está longe de alcançar a perfeição técnica processual.

1.3 Críticas doutrinárias acerca da pretensa taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento: incongruências e consequências práticas da taxatividade do rol do art. 1.015

O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou uma nova fase do Direito Processual Civil brasileiro, embora tenha trazido inovações positivas, por exemplo, a primazia pelo julgamento do mérito ou a valorização dos precedentes normativos, carrega também pontos negativos. Entre os pontos negativos do novo diploma legal, destaca-se um que foi e continua sendo alvo de muitas críticas entre advogados, especialistas e doutrinadores, qual seja: a recorribilidade das decisões interlocutórias no atual diploma processual.

Segundo Pablo Freire Romão (2016), a recorribilidade das decisões interlocutórias sempre foi um problema do Direito Processual Civil, pois, desde o CPC de 1939 o legislador vem tentando criar maneiras de evitar o atulhamento de recursos de agravo de instrumento no âmbito dos tribunais.

Assim, com tal objetivo em mente, o legislador do CPC de 2015 adotou, ainda que parcialmente, o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias e elencou de modo pretensamente taxativo as decisões imediatamente recorríveis por agravo de instrumento. Todavia, conforme se verá adiante, essa escolha feita pelo legislador não restou isenta de falhas, visto a gama de críticas feitas pelos especialistas. Vejamos.

Analisando o rol do art. 1.015, percebe-se que o legislador restringiu a adoção do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias apenas à fase de conhecimento, não se aplicando essa regra as demais fases processuais, bem como ao procedimento de inventário, tendo em vista o disposto no parágrafo único do artigo em comento.

Sobre esse aspecto Theodoro Júnior *et al.* (2015) entendem que o legislador do CPC de 2015 acabou criando uma situação de extrema quebra de isonomia entre os tipos de procedimentos, construindo um rol totalmente incoerente, haja vista que uma mesma decisão poderia ser ou não recorrível por meio do recurso de agravo de instrumento a depender do procedimento ou fase processual.

Assim, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior *et al.* (2015, p. 32):

Cria-se um modelo nada coerente ao se restringir a recorribilidade das interlocutórias às hipóteses expressamente previstas, no procedimento comum, e permite uma recorribilidade ilimitada das interlocutórias via agravo em determinados procedimentos/fases. Aqui não se questiona o fundamento da exceção (ausência de sentença apelável a viabilizar a recorribilidade diferida), mas, desde já, induz situações de que uma mesma decisão, a depender do procedimento, caiba ou não recorribilidade imediata.

Igualmente, para Neves (2017, p. 1659-1660), o legislador não foi coerente ao impor a taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. De acordo com esse doutrinador, ao contrário do que o legislador pensa, o agravo de instrumento não é o responsável pela morosidade do sistema recursal, pois “há tribunais que funcionam e outros não, e em todos eles se julgam agravos de instrumento”. Ainda, segundo Neves (2017, p. 1660), essa limitação no que diz respeito ao cabimento do recurso de Agravo de Instrumento é “flagrantemente violadora dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa”, resultando em prejuízos processuais para as partes.

Destarte, outra observação importante é feita por Romão (2016), ao informar que em pesquisa realizada pela UFMG e UFBA ficou concluído que a mudança não trará resultados significativos para o trâmite processual, tendo em vista que a partir de um levantamento realizado pelo TJBA ficou demonstrado que as hipóteses de irrecorribilidade imediata representam menos de 12% das decisões em que foi interposto, naquele tribunal, o recurso de agravo de instrumento.

Conforme enunciado por Theodoro Júnior *et al.* (2015, p. 33):

A partir da pesquisa era possível depreender que a técnica legislativa casuística ou regulamentar, posta no anteprojeto e mantida no Senado, não se adaptaria adequadamente à hipótese, sendo mais conveniente a manutenção da cláusula geral permissiva do agravo, eis que o modelo de rol casuístico de hipóteses de cabimento não abarcaria todas as situações que evitariam a futura anulação da sentença, criando retrabalhos procedimentais que contrariam a própria premissa de máximo aproveitamento processual.

Romão (2016, p. 245) concorda com o pensamento supraexposto ao dizer que a técnica utilizada pelo legislador “não se adapta à realidade forense”, pois, também, em sua opinião, seria melhor que o legislador tivesse mantido a cláusula geral permissiva do agravo de instrumento constante do CPC de 1973.

Todavia, há quem pense diferente, pois para Neves (2017, p. 1660) “o legislador deveria ter criado um rol legal exauriente de não cabimento do recurso [...] teria sido muito mais adequado se tivesse discriminado de forma pontual o não cabimento do agravo de instrumento em vez de prever seu cabimento”.

Ademais, Mello *et al.* (2016) compartilham do mesmo pensamento que os juristas Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron e Pablo Freire Romão, ao afirmar que o legislador, embora tenha tentado abarcar todas as decisões que possam gerar prejuízos imediatos para as partes, não foi capaz de cumprir o intencionado, pois, em alguns casos, como no de indeferimento de produção de provas, com exceção do inc. VI do art. 1.015, aguardar o recurso de apelação poderia ser completamente prejudicial, levando, até a anulação dos atos processuais já praticados.

A título de exemplo, Mello *et al.* (2016) explicam que deixar para questionar a decisão interlocutória que versar sobre o indeferimento de provas pericial ou testemunhal para a preliminar de apelação configurara uma situação extremamente prejudicial para as partes litigantes, bem como para o andamento processual a depender do caso, pois imagine-se “a hipótese que a prova pericial deve ser produzida imediatamente, sob pena de perecimento, como no caso de um edifício

incendiado prestes a ruir” ou ainda a “hipótese em que a oitiva da testemunha faz-se urgente, como no caso de vítima de doença terminal, ou até mesmo hipótese em que se faça necessária a acareação das testemunhas”.

Nas palavras exatas de Mello *et al.* (2016):

Caso a prova, de fato, seja imperiosa para o deslinde da questão e sua produção, por qualquer razão, deva se dar de imediato, interpretando-se não caber agravo de instrumento em face da decisão que a indefere, poderá ocorrer à decretação de invalidade de todo o processo quando do julgamento da apelação ou nas contrarrazões respectivas, ou ainda, a impossibilidade material de produção daquela prova, em razão do seu perecimento.

Desse modo, percebe-se que nessas hipóteses, por exemplo, aguardar o momento processual de interposição do recurso de apelação pode acabar indo de encontro ao objetivo do legislador em imprimir maior celeridade processual, visto que se a produção da prova for essencial para o deslinde do feito, o relator ou o órgão colegiado, no momento de julgar o recurso de apelação, anulará todos os atos processuais praticados que tenham ligação com a prova não produzida, para que esta seja realizada, retornando os autos para a primeira instância.

Lado outro, além de ser extremamente onerosa para a duração razoável do processo, essa omissão legislativa constitui inequívoca hipótese de cerceamento de defesa, considerando que, em casos como esses, por exemplo, impedindo a parte de recorrer imediatamente, poderão acabar inviabilizando a chance desta de comprovar as suas alegações, ou seja, resultará na inutilidade prática do recurso de apelação no tocante à recorribilidade das decisões interlocutórias.

Compartilhando desse pensamento, Neves (2017) concorda que as decisões que versarem sobre o indeferimento de provas, em geral, deveriam constar no rol de decisões agraváveis, ao afirmar que não é plausível com os princípios da celeridade e economia processual a anulação dos atos processuais, por ter o legislador se omitido em prever como hipótese de cabimento de recurso imediato as decisões que indeferem o pedido de produção de prova oral, por exemplo.

Além de configurar hipótese inequívoca de violação ao direito fundamental à ampla defesa, no que tange aos aspectos recursal e probatório, Neves acredita que (2017) o legislador constituiu uma falsa vantagem de celeridade e economia processual, visto que se houver acolhimento da preliminar de apelação, os atos praticados até então e que dependam da análise da questão incidental serão todos anulados e refeitos.

Assim, de acordo com os ensinamentos de Neves (2017, p. 1.660):

Não é difícil imaginar o estrago que o acolhimento da impugnação de decisão interlocutória nesse momento procedimental ocasiona ao procedimento, ao anular todos os atos praticados posteriormente à decisão interlocutória impugnada. Basta imaginar um processo no qual a prova pericial foi indeferida, a parte não pode agravar e alegar o cerceamento de defesa na apelação. Depois de longo lapso temporal, quando o tribunal de segundo grau finalmente enfrenta e julga a apelação, reconhece que houve um cerceamento de defesa. Voltam-se os autos ao primeiro grau para a produção da prova pericial, sendo no mínimo a sentença anulada. É realmente concernente com os princípios processual e da duração razoável do processo de tal ocorrência?

Por fim, outro ponto preocupante que vinha sendo levantado por alguns juristas, como Jayme e Santos (2011), é a possibilidade do uso anômalo do mandado de segurança como sucedâneo recursal, haja vista que de acordo com o art. 5º da Lei 12.016, das decisões irrecorríveis ou recorríveis por recursos desprovidos de efeito suspensivo é cabível sua impugnação por meio do mandado de segurança. Desse modo, Jayme e Marina Santos (2011, p. 153-154) apontam que:

O projeto do novo CPC dá ensejo, portanto, à substituição do agravo de instrumento pelo mandado de segurança contra ato judicial. O fato de utilizar uma ação constitucional em substituição a um recurso, por si só, já atentaria contra a efetividade do processo, porquanto seu procedimento é mais oneroso. Ademais, o que é mais grave e atentatório à efetividade processual, é o fato de que sendo de competência originária dos tribunais, o acórdão que julgar o mandado de segurança, se denegatória a ordem, pode ser impugnado mediante recurso ordinário, o que possibilitará o reexame da matéria fática pelo Superior Tribunal de Justiça.

Senso assim, tem-se que, de fato, a adoção do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias pelo Código de Processo Civil de 2015 não foi a mais acertada, uma vez que, embora o objetivo do legislador tenha sido o melhor possível com referência à razoável duração do processo, o que se conseguiu foi exatamente o contrário, ou seja, piorar a situação do recorrente, fazendo o trâmite recursal ser ainda mais remansado.

Desse modo, diante da possibilidade de se causar prejuízos irreparáveis para as partes, bem como para a razoável duração do processo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme o leitor verá nos próximos tópicos, posicionou-se em dois

momentos diferentes a respeito da natureza jurídica do rol de decisões agraváveis. Ressalta-se que apenas no segundo momento restou definitiva qual é a natureza jurídica do rol de decisões agraváveis previsto no novo Código de Processo Civil.

2 O julgamento do Resp n. 1.679.909 pelo Superior Tribunal de Justiça e a possibilidade de interpretação extensiva do rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento

Inicialmente, antes de analisarmos o conteúdo do acórdão proferido no Recurso Especial n 1.679.909, necessário se faz a explicação, de maneira sucinta, das três teorias que existiam dentro da doutrina sobre a natureza jurídica do rol de decisões agraváveis, antes mesmo da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil.

Destaca-se que a polêmica que envolvia tal discussão tinha inteira ligação com as possíveis consequências práticas que o rol, da maneira como foi sistematizado pelo legislador, causaria no âmbito processual.

Pois bem, a primeira corrente doutrinária, segundo informado por Nunes *et al.* (2018) era seguida por Marcelo Machado, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim, Antônio Notariano Jr., Eduardo Talamini, Igor Guillhen Cardoso, Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Câmara Freitas, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Tais autores entendiam que o rol de decisões agraváveis era taxativo, mas sem possibilidade de interpretação extensiva ou analógica, ou seja, para eles deveria ser respeitada a literalidade da norma e a vontade original do legislador. Assim, as decisões que não foram incluídas ao rol do dispositivo em comento, ou seriam objeto de preliminar de apelação/contrarrazões ou de mandado de segurança.

Já a segunda corrente doutrinária, também conforme informado por Nunes, Aragão e Barbosa (2018), foi capitaneada por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha que sustentavam a ideia de que, apesar do rol de decisões agraváveis ser taxativo, não excluía a possibilidade de as hipóteses previstas serem interpretadas de maneira extensiva ou analógica. O pilar que justificava a adoção de tal corrente era o risco que se tinha de “ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial” (DIDER JR.; CUNHA, 2016, p. 211). Assim, de acordo com os autores, de fato, as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento são taxativas, contudo, essa taxatividade não constitui um impeditivo para que o rol de decisões agraváveis possa ser interpretado de forma ampliativo-extensiva; pois, ainda que taxativas as hipóteses de cabimento, seria

perfeitamente possível a interpretação extensiva dos tipos previstos no art. 1.015.

Destaca-se, ainda, que esta corrente também foi seguida pelos processualistas Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), pois, para eles, embora o rol do art. 1.015 tenha sido construído para ser taxativo, não havia que se excluir a possibilidade de uma interpretação extensiva ou analógica do dispositivo.

Outro autor que também seguiu essa segunda corrente foi o professor Daniel Amorim Assumpção Neves (2017), ao afirmar que a maneira de se evitar o uso anômalo do mandado de segurança seria a possibilidade de se interpretar o rol do art. 1.015 de modo ampliativo e analógico.

Por fim, minoritariamente, uma terceira interpretação doutrinária a respeito da natureza jurídica do rol do art. 1.015, defendida por autores como José Rogério Cruz e Tucci (2017) e William Santos Ferreira (2017), defendia que estaríamos diante de um rol de taxatividade fraca, em virtude de sua patente incompletude, o que acabaria por tornar o rol apenas exemplificativo.

Visto isso, diante da divergência existente, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em novembro de 2017, visando evitar prejuízos irreparáveis as partes e ao andamento processual, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.679.909 autorizou a interposição do recurso de agravo de instrumento em face de decisões interlocutórias que versarem sobre competência absoluta ou relativa, por interpretação analógica ou extensiva do inc. III do art. 1.015, adotando, assim, a segunda corrente.

A causa de origem versava sobre a admissibilidade do recurso de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu a exceção de incompetência territorial (relação de consumo), oposta sob a égide do CPC/1973 e julgada já sob a vigência do CPC/2015 sob a alegação de que na vigência do atual diploma processual a decisão não comportava mais o agravo de instrumento.

Como se verá no acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, além de o caso ser regido pelo CPC de 2015, tendo em vista a data de publicação da decisão, a questão posta em análise ainda sim era impugnável pelo recurso de agravo de instrumento, haja vista a possibilidade de se interpretar de maneira extensiva ou analógica a hipótese prevista no inc. III do art. 1.015. Confira-se parte do teor do julgado:

[...] Nessa ordem de ideias, apesar de não ser previsto expressamente no rol do art. 1.015, penso que a decisão interlocutória, relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma. Deveras, a possibilidade de imediata recorribilidade da decisão advém de exegese lógico-sistemática do

diploma, inclusive porque é o próprio Código que determina que o “juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência (§ 3º do art. 64)” (BRASIL, 2017).

Continuou:

Evitam-se, por essa perspectiva: a) as inarredáveis consequências de um processo que tramite perante um juízo incompetente (passível até de rescisória – art. 966, II, CPC); b) o risco da invalidação ou substituição das decisões (art. 64, § 4º, primeira parte); c) o malferimento do princípio da celeridade, ao se exigir que a parte aguarde todo o trâmite em primeira instância para ver sua irrisignação decidida tão somente quando do julgamento da apelação; d) tornar inócua a discussão sobre a (in)competência, já que os efeitos da decisão proferida poderão ser conservados pelo outro juízo, inclusive deixando de anular os atos praticados pelo juízo incompetente, havendo, por via transversa, indevida “perpetuação” da competência; e) a angústia da parte em ver seu processo dirimido por juízo que, talvez, não é o natural da causa (BRASIL, 2017).

Finalizou afirmando que:

Trata-se de interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 – “rejeição da alegação de convenção de arbitragem” –, já que ambas possuem a mesma ratio –, qual seja afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda (BRASIL, 2017).

Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça, segundo Nunes, Aragão e Barbosa (2018), visou, ao possibilitar a interpretação extensiva ou analógica do inc. III do art. 1.015, impedir os efeitos negativos que poderiam ocorrer no processo, caso um juiz incompetente continuasse, até o momento de julgar a apelação, conduzindo o procedimento.

Nas exatas palavras de Nunes, Aragão e Barbosa (2018):

Tal entendimento, conforme decisão colegiada, visa possibilitar a recorribilidade imediata e célere de decisões que definam competência, haja vista as graves consequências decorrentes da tramitação e julgamento do processo por juízo incompetente e a inocuidade de sua análise no momento do julgamento da preliminar de apelação.

Assim, pode-se dizer que o posicionamento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça supramencionado abriu caminho para que outros incisos do art. 1.015 também pudessem ser interpretados de modo extensivo ou analógico. Tomamos por exemplo o acórdão proferido pela 2ª Turma desta corte, no Recurso Especial n. 1.694.667/PR, em dezembro de 2017, que permitiu a impugnação, por meio do recurso de Agravo de instrumento, da decisão que indefere a concessão de efeito suspensivo aos embargos do executado. A fundamentação do acórdão, conforme se verá, se pautou, justamente, na possibilidade de interpretação extensiva de uma das hipóteses previstas no rol do artigo retromencionado, qual seja aquela prevista no inc. X.

Veja-se parte do teor do julgado:

[...] Em uma interpretação literal e isolada do art. 1.015, X, do CPC, nota-se que o legislador previu ser cabível o Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que concederem, modificarem ou revogarem o efeito suspensivo aos Embargos à Execução, deixando dúvidas sobre qual seria o meio de impugnação adequado para atacar o *decisum* que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. A situação dos autos reclama a utilização de interpretação extensiva do art. 1.015, X, do CPC/2015. [...] Em que pese o entendimento do Sodalício *a quo* de que o rol do citado art. Da nova lei processual é taxativo, não sendo, portanto, possível a interposição de Agravo de Instrumento, nada obsta a utilização da interpretação extensiva. [...] Dessa forma, deve ser dada interpretação extensiva ao comando contido no inciso X do art. 1.015 do CPC/2015 para que se reconheça a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nos casos de decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução (BRASIL, 2017).

Logo, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça ao julgar os Recursos Especiais n. 1.679.909/RS e n. 1.694.667/PR, adotando a corrente da possibilidade de interpretação extensiva das hipóteses previstas no art. 1.015, buscou evitar diversos prejuízos processuais que a taxatividade, imposta pelo legislador, no tocante à recorribilidade imediata das decisões interlocutórias no atual CPC, poderia vir a causar para as partes, bem como ao trâmite processual, conforme amplamente discorrido nos tópicos anteriores.

Entretanto, houve quem discordasse desse posicionamento, por acreditar que o método de interpretação extensiva ofereceria um risco ao princípio da segurança jurídica, visto que não havia limites pré-fixados para o uso de tal método,

podendo apresentar “sérios riscos de extrapolação e de decisionismos que mitigam a previsibilidade ao sistema recursal” (NUNES; ARAGÃO; BARBOSA, 2018).

Ainda, a respeito do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, Nunes, Aragão e Barbosa (2018) afirmam que o método da interpretação extensiva configura um risco “para o sistema preclusivo e, conseqüentemente, à segurança jurídica”, considerando que ao se aumentar as hipóteses de recorribilidade imediata por tal método, não se saberá o que preclui ou não de imediato, indo de encontro ao princípio da segurança jurídica processual. Além disso, Nunes, Aragão e Barbosa (2018) apontam “que muitos profissionais passarão a agravar de qualquer decisão a fim de se evitar a configuração da preclusão, gerando-se, com isso, o efeito reverso à eficiência procedimental.

A respeito disso, Ronaldo Kochem (2018) entende que a decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça “representa uma quebra de confiança, carecedora de tutela”. Porém, acredita que os efeitos dela podem ser modulados, com a finalidade de recuperar a confiança do tutelado.

Assim, nas exatas palavras de Kochem (2018):

[...] nada impede que os magistrados de casos futuros tutelem a confiança do jurisdicionado por meio do reconhecimento de regra de transição que receba o recurso de apelação sobre hipóteses fora do rol do artigo 1.015 do CPC, mesmo quando a jurisprudência se posiciona no sentido do cabimento de agravo de instrumento. Isso até que haja uma consolidação do entendimento.

Desse modo e por todo exposto, percebe-se que a adoção da interpretação extensiva das hipóteses previstas no art. 1.015, embora não tenha sido aceita de modo unânime pela doutrina, foi uma solução bastante razoável para os problemas pontuais e urgentes que foram surgindo ao longo da vigência do Novo Código de Processo Civil referente à recorribilidade das decisões interlocutórias.

Destaca-se que tal solução foi apresentada apenas temporariamente, pois em fevereiro de 2018 o Superior Tribunal de Justiça, buscando definir de uma vez por todas a natureza jurídica do rol de decisões agraváveis, afetou, ao rito dos recursos repetitivos, os Recursos Especiais n. 1.696.396/MT e n. 1.704.520/MT, sob o tema n. 988.

3 O julgamento do Tema 988 pelo Superior Tribunal de Justiça e a fixação da tese da taxatividade mitigada do rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento

Não obstante, o julgamento de alguns casos concretos pelas 2ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, permitindo a interpretação extensiva/análogica do rol das hipóteses de cabimento, conforme relatado anteriormente, o mesmo tribunal, por meio de julgamento realizado pela 2ª Turma, interpretou de maneira taxativa o referido rol, segundo se pode observar do julgado do Recurso Especial n. 1.700.308/PB.

Diante da divergência interna ao próprio Tribunal Superior, bem como considerando a multiplicidade de casos concretos perante tribunais de segundo grau, o que potencializaria claramente grande volume de recursos especiais a serem interpostos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu afetar ao sistema de julgamento de recursos repetitivos os Recursos Especiais n. 1.704.520/MT e n. 1.696.396/MT, sob o tema n. 988, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi.

Em síntese, a ministra relatora, após expor a existência dos três posicionamentos interpretativos a respeito da natureza jurídica do rol previsto no art. 1.015 do CPC, supramencionados, defendeu tese distinta das anteriores, sendo em sua opinião que o rol teria, na verdade, uma espécie de taxatividade mitigada, sendo possível a interposição do recurso de agravo de instrumento em hipóteses não previstas no rol, todas as vezes que não houvesse interesse recursal na impugnação da decisão interlocutória em sede preliminar nas razões ou contrarrazões de eventual recurso de apelação.

Em outras palavras, não ocorrendo a impugnação imediata da decisão interlocutória mediante agravo de instrumento, seria possível que, no caso concreto um dano de difícil ou impossível reparação, fosse verificado em desfavor de uma das partes processuais, vez que a discussão tardia em sede de recurso de apelação seria inútil. Nos termos do voto da ministra Nancy Andrighi:

A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou análogica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas

são suficientes para abarcar todas as situações.

[...]

Em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo (BRASIL, 2018).

Ainda em seu voto, a ministra relatora abordou três questões relevantes para a solução desse tema: (i) a preclusão ou não da decisão interlocutória em caso de uso do agravo de instrumento em hipótese não prevista no rol; (ii) a necessidade de modulação temporal dos efeitos da decisão tomada no tema n. 988; (iii) a possibilidade de utilização ou não do mandado de segurança como sucedâneo recursal em face de decisões interlocutórias não previstas no rol.

No que tange à questão da preclusão, a ministra Nancy Andriighi defendeu a tese de que somente ocorreria preclusão da matéria tratada na decisão interlocutória não arrolada legalmente, mas impugnada via agravo de instrumento, nos casos em que o recurso retromencionado fosse objeto de juízo de admissibilidade positivo pelo tribunal de segundo grau. Ou seja, caso o recorrente se utilizasse do recurso de agravo de instrumento em situação hipotética não prevista no rol do art. 1.015 do CPC e o tribunal de segundo grau não conhecesse do recurso, seria possível impugnar a decisão em sede preliminar nas razões ou contrarrazões do recurso de apelação.

Sobre a modulação temporal dos efeitos do julgamento do recurso repetitivo, a ministra relatora, com fulcro no art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, asseverou que a tese da taxatividade mitigada seria aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão do tema n. 988.

Por fim, seguindo entendimento reiterado na jurisprudência dominante dos tribunais pátrios, em especial o Supremo Tribunal Federal, a ministra relatora entendeu não ser cabível a impetração de mandado de segurança em face de decisões interlocutórias não previstas no rol do art. 1.015, uma vez que seria possível a utilização do recurso de agravo de instrumento em virtude da tese da taxatividade mitigada. Assim sendo, o uso do mandando de segurança como sucedâneo recursal ficaria adstrita às hipóteses já previstas no art. 5º da Lei n. 12.016/2009.

Logo após o voto da ministra relatora, a ministra Maria Thereza de Assis Moura pediu vistas, para posteriormente apresentar voto divergente.

Não obstante, reconhecer a insuficiência das hipótese legais de cabimento do recurso agravo de instrumento, asseverando que o sistema de irrecorribilidade

imediate das decisões interlocutórias adotado pelo CPC vigente não fazia as decisões interlocutórias não previstas no rol do art. 1.015 se tornarem irrecuráveis, verificando-se apenas a concentração/cumulação da atividade recursal no momento final do desenvolvimento do procedimento em primeiro grau, com vistas à implementação do princípio da razoável duração do processo, a ministra Maria Thereza de Assis Moura defendeu a taxatividade do rol, que deveria ser interpretado restritivamente, uma vez que não caberia ao Superior Tribunal de Justiça agir no lugar ou em substituição ao legislador.

Criticando a tese proposta pela ministra Relatora, a ministra Maria Thereza de Assis Moura afirmou que a tese da taxatividade mitigada deixaria grande espaço de subjetividade/discricionariedade nas mãos dos tribunais de segundo grau, quando da análise daquilo que seria urgente ou não, sendo certo que estaríamos diante de grave violação à segurança jurídica dos jurisdicionados.

Acompanharam o voto proferido pela ministra Nancy Andrigui os ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Felix Fischer.

Acompanharam o voto divergente proferido pela ministra Maria Thereza de Assis Moura os ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.

Desse modo, por maioria de votos, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, no julgamento do tema n. 988, definiu que o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, razão pela qual admite a interposição de agravo de instrumento quando se verifica a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Conclusão

Mesmo antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, verificamos grande debate doutrinário a respeito da natureza jurídica do rol de hipóteses legais de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Esse debate perdurou por mais de dois anos após o início da vigência do referido código, ampliando a discussão para a esfera jurisprudencial.

Como podemos observar, quatro teses foram defendidas: (i) taxatividade do rol, cuja interpretação deveria ser restritiva; (ii) rol exemplificativo, em razão da atecnia do legislador ao prever de modo insuficiente as hipóteses de uso do recurso de agravo de instrumento; (iii) rol taxativo, passível de interpretação extensiva/análogica; e (iv) taxatividade mitigada, baseada na urgência em se recorrer de imediato de uma decisão interlocutória.

A despeito de a tese da interpretação extensiva/análogica ter alcançado apoio majoritários entre os doutrinadores, podemos afirmar que ela era insuficiente, uma vez que nem todas as situações fáticas que demandassem a interposição do recurso de agravo de instrumento de imediato seriam passíveis de derivação de uma das hipóteses legais previstas no rol do art. 1.015 do CPC. Um bom exemplo dessa insuficiência da tese seria a decisão interlocutória que indefere o processamento do feito em segredo de justiça, em hipótese fática em que o sigilo fosse indispensável para se resguardar a intimidade das partes processuais envolvidas. A partir de qual hipótese legal teríamos a interpretação extensiva? Claramente não haveria resposta positiva.

A tese da taxatividade mitigada fixada pela ministra Nancy Andrigli tem em seu favor a possibilidade de permitir o uso do recurso de agravo de instrumento de maneira mais abrangente e efetiva, fugindo da necessidade de correlação com uma das hipóteses legais previstas no CPC. Alegada e comprovada a ausência de interesse na impugnação da decisão interlocutória em sede preliminar nas razões ou contrarrazões de recurso de apelação, o interessado pode manejar de imediato o recurso de agravo de instrumento, fora das hipóteses previstas no rol, em razão da possibilidade de ocorrência de um dano grave de difícil ou impossível reparação, assegurada assim a ampla defesa.

A fixação do regime de preclusão nos termos do voto da ministra Relatora do tema n. 988 apresenta-se como satisfatório, evitando-se prejuízos para a parte que tentou agravar em hipótese fora do rol, mas cujo recurso não foi admitido, resguardado, então, o direito de impugnação em momento posterior. Deve-se destacar que a tese fixada passou a valer para decisões interlocutórias proferidas a partir da publicação do acórdão do recurso repetitivo, o que ocorreu em 19 de dezembro de 2018.

Entretanto, um ponto complexo merece uma análise mais detida ao longo dos próximos meses e anos, a fim de verificarmos se a orientação fixada pelo STJ foi a mais adequada.

Segundo muito bem exposto pela ministra Maria Thereza de Assis Moura em seu voto divergente, o critério de urgência, como definido no cerne da tese da taxatividade mitigada, pode abrir espaço para análises baseadas em subjetividades por partes dos tribunais de segundo grau, o que pode inviabilizar o objetivo de acesso efetivo à jurisdição fixado pelo voto vencedor da ministra relatora.

Encerramos este breve ensaio deixando algumas perguntas na mente do leitor: a tese da taxatividade mitigada não seria, na verdade, um retorno ao sistema de uso do agravo de instrumento previsto no art. 522 do Código de Processo Civil de 1973, que previa o cabimento do recurso em face de decisões interlocutórias

capazes de gerar lesão grave e de difícil reparação? Quais seriam os traços diferenciadores, se é que eles, porventura, existem? A ministra Maria Thereza de Assis Moura, ao temer a subjetividade interpretativa, estava fazendo referência aos problemas ocorridos na interpretação do termo “lesão grave de difícil reparação” presente na legislação revogada?

Referências

ASSIS, A. *Manual dos recursos*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso especial 1694667/PR*. Processual civil. Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido de concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução. Possibilidade. art. 1.015, x, do cpc/2015. Interpretação extensiva. isonomia entre as partes. Paralelismo com o art. 1.015, i, do cpc/2015. Natureza de tutela provisória. Recorrente: Jorge Yamawaki. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Herman Benjamin, 5 dez. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1647838&num_registro=201701896959&data=20171218&formato=PDF. Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso especial 1679909/RS*. Recurso especial. processual civil. aplicação imediata das normas processuais. Tempus regit actum. Recurso cabível. Enunciado administrativo n. 1 do stj. Exceção de incompetência com fundamento no cpc/1973. Decisão sob a égide do cpc/2015. Agravo de instrumento não conhecido pela corte de origem. direito processual adquirido. Recurso cabível. Norma processual de regência. Marco de definição. Publicação da decisão interlocutória. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Interpretação analógica ou extensiva do inciso iii do art. 1.015 do cpc/2015. Recorrente: Claudia Medeiros Moreira Tomasi e outro. Recorrido: Cooperativa Agropecuária Petrópolis Ltda. Pia. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 14 de novembro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1655954&num_registro=201701092223&data=20180201&formato=PDF. Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Corte especial). *Recurso especial 1696396/MT*. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do cpc/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido

dispositivo legal. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Requisitos. Recorrente: Ivone da Silva. Recorrido: Alberto Zuzzi. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 19 dez. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF. Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial (2. Turma). *Recurso especial 1700308/PB*. Processual civil. Questão afetada ao rito dos recursos repetitivos tendo como representativo da controvérsia o resp n. 1.704.250/mt. Afetação, contudo, desprovida de efeito suspensivo, modulando o disposto no inciso ii do art. 1.037/cpc. Possibilidade, então, de análise do mérito do recurso especial presente. Agravo de instrumento. Descabimento. art. 1.015 do cpc/2015. Rol taxativo. Impossibilidade de interpretação extensiva. Não há similaridade entre os institutos. Competência do juízo e rejeição de juízo arbitral para a extensão pretendida. Opção político-legislativa do congresso nacional. Recorrente: Jose Vicente Meira de Vasconcelos. Recorrido: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Relator: Min. Herman Benjamin, 23 maio 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1700759&num_registro=201702446106&data=20180523&formato=PDF. Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Recurso especial 1704520/MT*. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do cpc/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Requisitos. Recorrente: Quim Comercio de Vestuario Infantil Limitada – ME. Recorrido: Shirase Franquias e Representacoes LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&formato=PDF. Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil de 2015. Brasília: Congresso Nacional, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. *Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 5 nov. 2019.

DIDIER JR., F.; CUNHA, L. C. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, W. S. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista dos Tribunais, Revista de Processo*, São Paulo, n. 263. p. 193-203. jan. 2017.

JAYME, F. G.; SANTOS, M. F. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no projeto do novo código de processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/128/119>. Acesso em: 5 nov. 2019.

KOCHEM, R. O artigo 1.015 do CPC em destaque: O STJ e a construção jurídica. *Revista Consultor Jurídico*, 19 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-19/ronaldo-kochem-artigo-1015-cpc-stj-construcao-juridica>. Acesso em: 12 out. 2019.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIEIRO, D. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, R. L. T. *et al.* O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade? *Revista Migalhas*, 8 mar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042-O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade>. Acesso em: 5 nov. 2019.

NEVES, D. A. A. *Manual de direito processual civil volume único*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, D.; ARAGÃO, E. A.; BARBOSA, L. F. STJ, o agravo e a interpretação extensiva do artigo 1015 do novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*. 8 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/opinioao-stj-agravo-interpretacao-artigo-1015-cpc>. Acesso em: 12 out. 2019.

ROMÃO, P. F. Taxatividade do rol do artigo 1.015 do novo código de processo civil: Mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Ceará, 18 mar. 2016.

Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/504/506>. Acesso em: 5 nov. 2019.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, H. *et al. Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, J. R. C. Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento. *Consultor Jurídico*, 18 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso em: 30 out. 2019.

QUE CONSEQUÊNCIAS TEM O USO EXCESSIVO DE CELULAR PARA A FORMAÇÃO JURÍDICA?

Edmilson de Jesus Ferreira¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Adair José dos Santos Rocha²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Cláudia Madrona Moreira Haas³

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 12/11/2019.

Artigo aceito em: 05/12/2019.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre as consequências do uso diário do celular e o tempo de estudo pessoal para a formação jurídica dos estudantes, a partir da experiência de sala de aula com calouros de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara do 1º semestre de 2019. A metodologia aplicada foi o levantamento, utilizando a técnica do Questionário na coleta dos dados. O recorte é quali-quantitativo, detendo-se sobre o tempo gasto mexendo no celular e no estudo pessoal pelos estudantes. Os conceitos de importância da Tríade do Tempo de Christian Barbosa e de interferência e interferência de objetivo de Adam Gaz-

zeley e Lary Rosen foram os referenciais teóricos básicos. Os resultados mostram uma maior média de tempo gasto mexendo no celular do que a média dedicada ao tempo de estudo pessoal; evidenciam que o tempo dedicado ao estudo pessoal é inversamente proporcional ao tempo mexendo no celular; e que os alunos que dedicavam mais tempo ao estudo pessoal diário gastavam no máximo 2h30min mexendo no celular.

Palavras-chave: celular; formação jurídica; gestão do tempo; tempo de estudo pessoal.

1 Mestre em Direito Ambiental pela ESDHC. Bacharel em Direito pela ESDHC. Bacharel em Filosofia pela Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE). Professor da graduação em Direito na ESDHC. Professor da graduação em Engenharia Civil da Escola de Engenharia de Minas Gerais (EMGE). Coordenador de Ensino a Distância da ESDHC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6303-297X>/e-mail: edjfer@gmail.com

2 Mestrado em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE). Graduado em Pedagogia Orientação Educacional pela Faculdade Estadual de Ciências e Letras de Campo Mourão (FECILCAM). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6582-376X>/e-mail: adair.jose@domhelder.edu.br

3 Graduada em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Psicóloga na ESDHC. E-mail: cmmhaas@yahoo.com.br

WHAT CONSEQUENCES HAS EXCESSIVE CELL PHONE USE FOR LEGAL EDUCATION?

Abstract

This article aims to think over the consequences of daily mobile phone use and personal study time for students' legal education, from the classroom experience with the beginner students from the Dom Helder Camara Higher School of the 1st semester of 2019. The methodology applied was the survey, using the Questionnaire technique in the data collection. The focus is qualitative and quantitative by emphasizing the time spent by students handling cell phones and personal study. The concepts of importance of Christian Barbosa's Triad of Time and the concepts of interference and goal interference by

Adam Gazzeley and Lary Rosen were the basic theoretical frameworks. The results show a higher average of time spent handling the cell phone than the average dedicated to personal study time; they show that the time dedicated to personal study is inversely proportional to the time spent on the cell phone; that students who dedicated more time to daily personal study spent a maximum of 2h30min handling their cell phones.

Keywords: *cell phone; legal education; personal study time; time management.*

Introdução

O objetivo deste artigo é refletir sobre as consequências do uso diário excessivo do celular e o tempo de estudo pessoal para a formação jurídica dos estudantes. Para tanto, partimos de uma experiência com os estudantes de Direito do primeiro período de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara do primeiro semestre de 2019. O problema subjacente foi “Que consequências o uso diário excessivo do celular provoca sobre o tempo de estudo dos calouros do Direito?”. Usamos como referencial teórico básico o conceito de importância da Tríade do Tempo de Christian Barbosa, edição de 2008, e os conceitos de interferência e interferência de objetivo (GAZZELEY; ROSEN, 2016). O tempo dedicado ao estudo pessoal, fora da sala de aula é uma atividade importante para os estudantes porque contribui para a formação de profissionais qualificados em diferentes áreas, a formação de pesquisadores e a formação de cidadãos críticos. Portanto, compreender se o uso excessivo do celular diminui o tempo com essa atividade é primordial. Partimos de duas pressuposições básicas: (1) o tempo dedicado ao estudo é uma atividade importante (BARBOSA, 2008; ROCHA; HAAS, 2018) porque contribui para a formação de profissionais qualificados em diferentes áreas, pesquisadores e cidadãos críticos (SEVERINO, 2010); e (2) o uso excessivo do celular é uma atividade circunstancial que diminui o tempo que os estudantes dedicam ao estudo pessoal.

1 Os objetivos do ensino superior brasileiro e a formação jurídica

Os objetivos do ensino superior brasileiro estão estabelecidos no art. 43 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN)⁴ de 1996. Fundamentada na Constituição de 1988⁵ (CF 88), ela estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Carneiro (2015) a considera o GPS e a bússola da educação brasileira. No art. 2º, a LDB prescreve três finalidades da educação nacional: pleno desenvolvimento do educando, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Os objetivos específicos do ensino superior estão em oito incisos do art. 43⁶. Em síntese, são: (1) estímulo à criação cultural e o “desenvolvimento científico”; (2) formação de profissionais nas diferentes áreas de conhecimento; (3) incentivo à pesquisa científica; (4) “divulgação de conhecimentos culturais,

4 A atual LDBN é a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 28 out. 2019. Para simplificar, vamos abreviar LDBN por LDB.

5 A Constituição Federal de 1988 tratou da educação nos arts. 205 a 214.

6 A LDB e o art. 43 em sua literalidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

científicos e técnicos”; (5) motivação do aperfeiçoamento cultural e profissional; (6) estímulo ao conhecimento dos problemas da realidade e prestação de serviços à comunidade; (7) promoção da extensão como modo de difusão do conhecimento produzido pela instituição de educação superior (IES); e (8) ação em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica (BRASIL, 1996). Este último e importante inciso foi inserido pela Lei n. 13.174, de 2015.

A formação jurídica atual está delineada na Resolução n. 5 de 17 de dezembro de 2018 do Conselho Nacional de Educação. Ela instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito. O art. 5º estabelece que a perspectiva formativa deve contemplar formação geral, técnico-jurídica e prático-profissional, mantendo como prioridade a interdisciplinaridade e articulação de saberes. O perfil do graduando é fixado pelo art. 3º:

O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania (BRASIL, 2018, p. 2).

Percebe-se que o objetivo definido pelo “assegurar” para a formação jurídica é bastante abrangente para abarcar as três perspectivas formativas do art. 5º. A formação profissional, tratada no art. 4º, define o rol de competências cognitivas, instrumentais e interpessoais que o graduando deve adquirir. Mesmo assim, tendo em vista os avanços tecnológicos do século XXI e seus impactos tecnológicos na área jurídica, Sales e Bezerra (2018) sugerem a necessidade de revisão das habilidades jurídicas atuais e a formação deve estimular novas competências e habilidades requeridas.

2 A formação humanística do jurista no século XXI

Tendo em vista a abrangência da formação jurídica proposta na resolução e os desafios tecnológicos do século XXI, é necessária uma ênfase na formação humanística. A despeito da enorme capacidade humana de adaptação, podemos perceber que o colossal avanço tecnológico, que desemboca em uma descomunal avalanche de produtos tecnológicos e culturais, bem como em um

volume de informações praticamente “improcessável” pela mente humana, não necessariamente significa evolução humana. É impossível que consigamos acessar e manusear adequadamente tudo isso, gerando conhecimento seja científico, técnico ou prático. Prático, nesse contexto, refere-se ao sentido ético, isto é, diz respeito ao agir propriamente humano que envolve reflexão, deliberação, discernimento como faculdade de julgar (distinguir), escolher, decidir e, por fim, agir.

Nesse ínterim, torna-se imperioso abordarmos alguns conceitos muito importantes que nos legou Aristóteles, tais como “fim”, “bem”, “meio-termo”, “atividade da alma”, “excelência” e “felicidade”. Entre eles há uma relação muito estreita e todos fazem parte do processo de educação do caráter do indivíduo, do cidadão. A ideia de fim tem sua raiz na palavra grega *telos*, que carrega em sua carga semântica o sentido de finalidade, propósito, objetivo, meta. Isso evoca a ideia de algo a ser buscado e encontrado para dar verdadeiro sentido a todo o ser e, especialmente na perspectiva aqui abordada, a toda circunstância e atitude. Na compreensão de Aristóteles (2009, p. 17), “o bem é aquilo por que tudo anseia”, isto é, tudo tem um fim próprio, e este é, por conseguinte, seu bem próprio. Portanto, para ele, tudo e toda circunstância ou ação tem um bem a ser buscado e atingido e o bem, nesse sentido, é aquilo que é próprio a cada coisa, circunstância ou ação. Descobrir esse bem e agir conforme ele não é naturalmente dado, exige esforço racional e volitivo. Para Aristóteles, o hábito de buscarmos a maneira mais apropriada de agirmos é que molda nosso caráter, levando-nos à excelência. Alcançar o bem e, portanto, a felicidade, envolve comprometimento físico e racional do indivíduo. Em suas palavras, trata-se de *energeia*, uma atividade da alma, pela qual se encontra o que é mais adequado a cada situação e, assim, atinge-se o estado de felicidade, autorrealização.

Mas o que isso tem a ver com nosso estudo sobre o uso do aparelho celular, gerenciamento de tempo de estudo e aproveitamento acadêmico? Se concordamos com Aristóteles de que cada situação e ação têm uma finalidade e, portanto, um bem a ser alcançado que nos levará a algum resultado (aproveitamento), então resta claro que necessitamos constantemente estar atentos para refletir sobre como lidamos com as coisas que possuímos, as circunstâncias que nos afetam e as escolhas que fazemos. Quando nos deixamos levar pelas circunstâncias sociais, tecnológicas, culturais ou pessoais de maneira irrefletida, desembocamos no desequilíbrio e prejudicamos nosso desenvolvimento, nossa capacidade produtiva e nosso desempenho acadêmico. Nessa perspectiva, Aristóteles (2009) evidencia que em matéria de ação humana, a excelência não consiste no conhecer teórica, cognitiva ou cientificamente, mas no agir concreto como capacidade de, habitualmente, em cada situação, refletir, decidir e agir racionalmente, tendo

encontrado o modo mais apropriado. Do contrário, quando estamos muito habituados a agir de maneira equivocada, segundo Aristóteles (2009)⁷, não basta apenas discursos para a mudança de comportamento. É necessário um grande esforço e engajamento para a mudança. Isso implica ter clareza do que se deseja realmente, isto é, objetivos claros, o que, no caso do(a) estudante diz respeito à excelência em sua aprendizagem, ao *magis* da pedagogia inacciana.

As referidas matérias a que ele aduz dizem respeito à formação do caráter a partir do exercício das diversas virtudes que se expressam pelo chamado justo meio (*mesotés*), o devido meio-termo, equilíbrio, entre o excesso e a carência. Para esse processo, quando o indivíduo, no caso do jovem, por exemplo, por si só, não é apto, é necessário ser instruído por “leis” que os ajudem a se habituarem a agir virtuosamente na prática. Aqui, adequadamente adaptado a nosso contexto, não se trataria da criação de codificar tudo, mas de criar processos de educação capazes de gerar reflexão e mudança de condutas, tendo em vista os objetivos da educação antes referidos de acordo com a LDB. A questão central aqui é: como fazer os(as) estudantes, jovens altamente habituados ao uso, quase que em tempo integral, de equipamentos eletrônicos variados, sobretudo celulares, gerenciarem melhor seus hábitos e direcionar, durante seu processo de formação acadêmica, seu potencial intelectual efetivamente para o processo de aprendizagem com excelência? Que espaços e instrumentais de reflexão estamos oferecendo a eles?

Neste ponto, vale destacar a importância que o autor dá para a força da influência e dos hábitos familiares. Precisamos ter muito cuidado com as maneiras de agir que, às vezes, até mesmo inconscientemente, vamos introduzindo em nosso modo de agir e em nossos comportamentos. Há estudos que mostram que diversos hábitos que temos desenvolvido têm acarretado sérios problemas de saúde tanto física como mental e ética com reflexos diretos na qualidade de nossos relacionamentos. Precisamos estar atentos para buscarmos hábitos saudáveis a fim de cultivarmos relações e comportamentos mais saudáveis, seja no âmbito familiar, acadêmico ou profissional.

⁷ Alerta Aristóteles (2009, p. 241) que: “[...] não é possível – ou então só muito dificilmente – remover apenas com discurso disposições há já muito tempo alojadas [...] o que vive exposto à paixão não é capaz de ouvir a palavra que o tenta desviar do seu caminho e [mesmo que a ouça] não conseguirá entendê-la. Como poderá mudar-se a maneira de sentir daquele que assim vive?”.

3 A ascensão do celular no século XXI como um fenômeno global

Nesse cenário, aprender a lidar bem com o celular tornou-se uma necessidade do século XXI. Segundo o Relatório da União Internacional das Telecomunicações (ITU), houve aumento gradativo de aparelhos celulares no mundo inteiro e a queda no preço deles. Esse aparelho tornou-se o responsável pelo declínio da telefonia fixa. Ele trouxe grande flexibilidade ao possibilitar que as pessoas acessem e sejam acessadas individualmente em qualquer lugar. Constatou-se, ainda, que a quantidade de assinaturas de celular, de banda larga móvel e acesso à internet cresceram no mundo inteiro de 2005 a 2018. As assinaturas de banda larga móvel saltaram de 268 milhões em 2007 para 5,3 bilhões em 2018 (ITU, 2018). No Brasil, a pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostra o acesso de várias camadas sociais⁸ ao celular, inclusive pessoas na condição de estudante (IBGE, 2007, 2015, 2018a, 2018b). A população estudantil que tinha celular, em 2005, era 35% e subiu para 46,5% em 2011, 69,9% em 2013, 73,6% em 2014 (IBGE, 2007; 2015; 2016).

Atualmente, percebe-se uma convergência de várias atividades da era digital (acesso à internet, mensagem de voz, envio de imagens, fotos etc.) para o celular (IBGE, 2007; 2015; 2018a; 2018b). O celular⁹ se tornou a principal ferramenta de acesso à internet e às redes sociais¹⁰ (WE ARE SOCIAL; HOOTSUITE, 2019). No Brasil¹¹, o acesso via celular é de 94,6%, substituindo o computador (63,7%)

8 Isso fica evidenciado pela pesquisa *Acesso à Internet e Telefone móvel celular para uso pessoal*, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a partir de 2005. Em 2005, 36,7% da população brasileira de 10 anos ou mais possuía celular móvel. O maior índice de posse de celular era da população ocupada (44,4%) (IBGE, 2007). O *percentual de possuidores de celular* saltou para 53,7% (2008), 57,6% (2009), 69,01% (2011), 91,1%, em 2014 (IBGE, 2007, 2015, 2016). Em 2011, 86,4% dos domicílios brasileiros já contavam com celular móvel. O *percentual entre os trabalhadores* subiu para 69,1% (IBGE, 2015). Em 2013, uma mudança no modo de acessar à internet foi identificado pela pesquisa. Surgiu o conceito “utilização de Internet somente por meio de outros equipamentos”, que incluía o celular móvel. A nota explicativa do Gráfico 6 do documento informava: “(1) *A investigação da utilização da internet, que antes abrangia somente o microcomputador, passou a contemplar qualquer equipamento (microcomputador, telefone móvel celular, tablet ou outro)*”. O celular assumiu 53,6% do acesso à internet nos domicílios e 75,2% da população possuía celular (IBGE, 2015). O acesso à internet nos domicílios via celular subiu para 80,4%. A utilização por meio de outros equipamentos saltou de 3,6% (2013) para 8,6% (2014). Enquanto o celular ascendia, o uso do computador diminuía (IBGE, 2016).

9 O Relatório *Digital 2019: Brasil* mostra que mais de 215 milhões de assinatura de celular e que 89% da população brasileira possui algum tipo de celular (WE ARE SOCIAL; HOOTSUITE, 2019). Possuía 140 milhões de usuários ativos de mídias sociais (redes sociais etc.) e 130 milhões de usuários de mídias sociais via celular (61% da população).

10 O que são redes sociais? Para Kaplan e Haenlein (2010, p. 61) é: “um grupo de aplicativos baseados na internet desenvolvidos a partir das bases ideológicas e tecnológicas da WEB 2.0 e que permitem a criação e troca de conteúdo gerado por usuários.” Em 2019, Facebook e YouTube agregam mais de 4 bilhões de usuários (WE ARE SOCIAL; HOOTSUITE, 2019).

11 As estatísticas globais de tempo gasto com internet e celular permitem comparar a média do Brasil e do mundo. A média global de tempo diário acessando internet é 6h42min e a média do Brasil é 9h29min (WE ARE SOCIAL; HOOTSUITE, 2019). A média global de acesso via celular é 3h14min, porém, a média brasileira é 4h45min. Os dados mostram que, em média, 27,9% da vida diária de 4.388 bilhões de pessoas (usuários de

(IBGE, 2018a; 2018b). As quatro principais finalidades do acesso à internet são: 1) “enviar ou receber mensagens de texto, voz ou imagens por aplicativos diferentes de e-mail” (94,2%); 2) “assistir a vídeos, inclusive programas, séries e filme” (76,4%); 3) “conversar por chamadas de voz ou vídeo” (73,3%); 4) “enviar ou receber e-mail” (69,3%) (IBGE, 2018b).

Mas por que não usar o celular e as redes sociais como ferramentas para melhorar o estudo e a aprendizagem? O uso de celular e redes sociais como ferramentas educativas tem sido problemático com defensores e detratores de ambos os lados. Há estudos demonstrando efeitos nocivos para os usuários. Mas quais são os efeitos desta exposição excessiva das pessoas ao celular?

3.1 A mente distraída pelo celular

A mente distraída é um efeito da exposição constante e crescente ao celular. O fenômeno foi analisado no livro *The Distracted Mind* pelo psiquiatra Adam Gazzaley e pelo psicólogo Larry Rosen. Eles usaram os conceitos de “interferência” e “interferência de objetivo”. Gazzaley e Rosen (2016, p. 5) definem interferência como “um termo geral usado para descrever algo que dificulta, obstrui, impede ou desencaminha¹² amplamente outro processo”. Ela pode ser causada por distrações (informações irrelevantes) ou interrupções (tentar perseguir simultaneamente vários objetivos). As interrupções são chamadas de multitarefas. Além disso, as distrações e as interrupções podem ser internas (pensamentos na mente) ou externas (estímulos sensoriais, como conversas, bipes, vibrações ou exibições visuais intermitentes). A interferência de objetivo¹³ (meta) “ocorre quando você toma uma decisão de atingir uma meta específica (por exemplo, buscar algo da geladeira, concluir uma tarefa de trabalho, iniciar uma conversa, dirigir seu carro) e algo acontece para impedir a conclusão bem-sucedida dessa meta” (GAZZALEY; ROSEN, 2016, p. 5). Os conceitos de “interferência” (distrações e interrupções) e “interferência de objetivo” são muito úteis para compreender o impacto gerado pelo celular sobre seus usuários.

No âmbito acadêmico, estudos demonstram um impacto negativo do uso excessivo de telefones celulares sobre o desempenho acadêmico de estudantes

internet) é gasta on-line, uma vez que 13,4% desse total é acessando via celular. Os brasileiros gastam, em média, 39,5% de suas vidas na rede e 19,7% desse tempo é via celular.

12 No original em inglês: “is a general term used to describe something that hinders, obstructs, impedes, or largely derails another process” (GAZZALEY; ROSEN, 2016, p. 5). O verbo “*derails*” literalmente significa “*desacarrilhar*”, ou seja, sair dos trilhos. Preferimos traduzir por “*desencaminha*” como fazer sair do caminho pretendido.

13 No original em inglês: “Goal interference occurs when you reach a decision to accomplish a specific goal (e.g., retrieve something from the refrigerator, complete a work assignment, engage in a conversation, drive your car) and something takes place to hinder the successful completion of that goal” (GAZZALEY; ROSEN, 2016, p. 5). Preferimos traduzir “*goal interference*” por “*interferência de objetivo*”, mas poderia ser “interferência de meta”.

universitários. Lepp, Barkley e Karpinsky (2015) afirmaram que o celular se integrou à vida e ao ambiente acadêmico mesmo durante o horário de aula, mas concluíram que o uso excessivo impacta negativamente¹⁴ na média geral dos estudantes. Twenge (2018) identificou um declínio no tempo dedicado às tarefas escolares entre os adolescentes americanos de 2012 a 2015 e relaciona esse declínio ao aumento do uso do smartphone. Outro estudioso, Bernard McCoy (2015), descobriu que aproximadamente 97% dos estudantes usam o celular em sala de aula para objetivos não educacionais¹⁵, como verificar e-mail (75%), acessar mídias sociais (70%), navegar na internet (40%) e jogar (10%). Portanto, o uso de celular tem aumentado o gasto de tempo dos estudantes com entretenimento, mesmo em sala de aula e, conseqüentemente, diminuído o tempo diário de estudo dos acadêmicos. Assim, em tempos de celular acessível a todos, a gestão do tempo¹⁶ pode ser a habilidade mais importante para um estudante.

3.2 A necessidade da gestão de tempo no mundo dominado pelo celular

Barbosa (2008) propõe uma metodologia (modelo) de gestão do tempo baseada nos conceitos de importância, urgência e circunstância (Tríade do Tempo). Todas as atividades podem ser classificadas nessas três categorias. Atividades importantes são aquelas que produzem resultados na vida acadêmica, pessoal e profissional. Atividades urgentes são aquelas em que o tempo hábil acabou e, por isso, são feitas sob pressão e estresse. Atividades circunstanciais são as que não geram resultado algum e, por isso, são uma perda de tempo (BARBOSA, 2008).

Rocha e Haas (2018) usaram essa metodologia para interpretar como calouros de Direito geriam seu tempo. Concluíram que a má gestão dos estudantes se caracterizava pelo pouco tempo dedicado às atividades importantes (ROCHA;

14 Depois de controlar os preditores de desempenho escolar preestabelecidos, o uso de celular foi apontado como um preditor negativo significativo da GPA. Tal resultado sugere que, dados dois estudantes universitários da mesma universidade, com a mesma frequência em sala de aula, o mesmo gênero, o mesmo comportamento tabagista, a mesma crença em sua capacidade de autorregular sua aprendizagem e ser bem-sucedidos academicamente e o mesmo GPA alto na escola, aquele que utiliza o celular com maior frequência diariamente é mais suscetível a apresentar um GPA mais baixo que o aluno que faz uso do celular com menor frequência (LEPP; BARKLEY; KARPINSKY, 2015).

15 Sobre o uso de internet para propósitos não educacionais em sala de aula, vale a pena consultar as pesquisas de Ravizza, Hambrick e Fenn (2014), que afirmam que mesmo os melhores estudantes sofrem prejuízo pelo uso de internet e celular por propósitos não educacionais em sala de aula. Ravizza, Uitvlugt e Fenn (2016), por sua vez, comprovou que, durante aulas de 100 minutos, os estudantes gastaram 52% do tempo com finalidades não acadêmicas. Os principais usos foram mídia social, e-mail, compras, vídeos, bate-papo, leitura de notícias e jogos.

16 Boyd e Zimbardo (2009) apontaram um importante aspecto econômico do tempo. Segundo os autores, o tempo é valioso não por equivaler ao pensamento "tempo é dinheiro", mas sim porque é o bem mais escasso no mundo. Portanto, o tempo é mais valioso do que o dinheiro. Sendo assim, e considerando que as pessoas são racionais, é de se esperar que usem racionalmente e com certo equilíbrio o tempo diário em atividades importantes como dormir, comer, trabalhar, estudar, cuidar do bem-estar físico e mental etc.

HAAS, 2018). Gonçalves *et al.* (2015) analisaram a “influência do tempo de estudo no rendimento do aluno universitário” de Direito e concluíram que o tempo semanal dedicado às atividades extraclasse (estudo pessoal) influenciou 36% do rendimento acadêmico dos alunos do primeiro período.

4 A experiência do inventário pessoal do tempo

Durante as aulas de Metodologia dos Estudos e Gestão do Tempo da disciplina Proficiência Acadêmica, para melhorar a gestão do tempo, foi proposto o experimento¹⁷ “Inventário Pessoal do Tempo” na forma de atividade avaliativa. O objetivo era descobrir quanto tempo dedicavam a cada tipo de atividade diária. Os(as) estudantes foram instruídos(as) sobre como realizar o experimento de observação durante um dia. As instruções, explicadas em sala de aula e postadas, em *Powerpoint*[®], na respectiva aula no Portal Acadêmico, foram as seguintes: (1) escolha um dia mais comum de sua rotina; (2) observe quanto tempo (minutos) você gasta em cada uma das atividades seguintes; (3) registre o tempo em minutos; (4) preencha a planilha de *Excel*[®], Modelo Meu Inventário Pessoal do Tempo; e (5) traga a anotação para a próxima aula para ser postada on-line.

4.1 Perfil dos respondentes

No primeiro semestre de 2019, havia mais de 200 alunos matriculados no primeiro período do curso de Direito. Tiramos uma amostragem desta atividade de 133 estudantes, entre os quais 75 eram mulheres e 58 homens, de duas turmas da manhã, totalizando 84, e duas turmas da noite, perfazendo um total de 49. A idade dos participantes variou entre 18 e 50 anos. Em resumo, a maioria não trabalhava, 89 (66,9%). Quanto ao turno, 63,2% estudavam no período da manhã. Existiam dez grupos etários: o maior grupo com 111 (83,5%) alunos entre 18 e 19 anos e o segundo maior, entre 20 e 21 anos, tinha 10 (7,5%). Quanto ao gênero, as 75 mulheres representavam 56,4%. Além disso, a média geral de tempo gasto mexendo no celular é de 197 minutos; 136 minutos é a média para o estudo pessoal (9,4% do dia) e 107 minutos é a média para o trabalho (7,4% do dia).

¹⁷ O experimento completo envolveu quatro momentos: instruções orais, instruções escritas, observação e registro e postagem. O primeiro momento consistiu nas instruções prévias em sala (oral). Foi explicado aos discentes o que eram as 14 atividades e como registrar o tempo. No segundo momento, os estudantes deveriam acessar às instruções escritas postadas na Comunidade da turma no Portal Acadêmico. No terceiro momento, os discentes realizariam a observação e o registro do tempo gasto com cada atividade. O quarto momento era o da postagem dos resultados durante a aula por meio de um link. As 14 atividades eram: sono, trabalho, aulas, conversa com familiares, deslocamento, mexendo no celular, refeições, higiene pessoal, tarefas domésticas, atividade física, atividade espiritual, assistir à televisão e outras atividades.

4.2 Celular *versus* estudo pessoal no cotidiano dos estudantes

Examinaremos somente o resultado referente ao uso do tempo mexendo no celular e o estudo pessoal de 62 estudantes que não trabalhavam. A atividade “*Mexendo no celular*” englobava tempo gasto jogando, recebendo e fazendo chamadas, recebendo e enviando mensagens (texto, imagem, áudio e vídeo), buscando informações (produtos, mapas, serviços etc.), assistindo a vídeos, ouvindo música, comprando ou vendendo, baixando aplicativos, acessando redes sociais. Já o “*Estudo pessoal*” consistia no tempo dedicado à revisão de conteúdo das aulas, estudo de conteúdos relacionados (tarefas) a cada disciplina e leituras relacionadas (aprofundamento, pesquisa) às aulas. O estudo pessoal é uma atividade importante segundo o conceito de importância da Tríade. A segunda atividade mexendo no celular, em excesso, é uma atividade circunstancial.

4.3 As categorias de uso de tempo em relação ao tempo de estudo

A Tabela 1 (a seguir) mostra, em números absolutos e relativos, o uso do tempo nas duas atividades pelos estudantes do período diurno. Constatam-se 14 categorias de usuários de tempo de celular: (1) menos de 1 hora (0 a 59 minutos); (2) 1 hora a 1h30min (60 a 90 minutos); (3) mais de 1h31min a 2 horas (91 a 120 minutos); (4) mais de 2h01min a 2h30min (121 a 150 minutos); (5) mais de 2h31min a 3 horas (151 a 180 minutos); (6) mais de 3h01min a 3h30min (181 a 210 minutos); (7) mais de 3h31min a 4 horas (211 a 240 minutos); (8) mais de 4h01min a 4h30min (241 a 270 minutos); (9) mais de 4h31min a 5 horas (271 a 300 minutos); (10) mais de 5h01min a 5h30min (301 a 330 minutos); (11) mais de 5h31min a 6 horas (331 a 360 minutos); (12) mais de 6h01min a 6h30min (361 a 390 minutos); (13) mais de 6h31min a 7 horas (391 a 420 minutos); e (14) mais de 9h31min a 10 horas (571 a 600 minutos). Ela mostra que a média de tempo gasto com o celular é maior, 216 minutos (15% do dia), do que o tempo dedicado ao estudo pessoal, 151 minutos (10,5% do dia). Também que a categoria 7 de usuários de tempo de celular abarca 13 (21%) estudantes, gastando 237,3 minutos (16,48% do dia) com o celular. Porém, apenas 2 (3,2% dos alunos desse período) dedicam mais tempo do seu dia ao estudo pessoal, cerca de 165 minutos (11,46%), e gastam menos de 1 hora com o celular.

Tabela 1 Total de estudantes que trabalham segundo turno, média diária absoluta e relativa de minutos por atividade – 2019/1

| Quantidade de minutos por atividade | Total de estudantes da manhã que não trabalham | | | | | |
|-------------------------------------|--|--------------------|----------------|--------------|--------------------|----------------|
| | Média diária de minutos por atividade em dia de 1.440 minutos (24 horas) | | | | | |
| | Absoluta | | | Relativa (%) | | |
| | Total | Mexendo no celular | Estudo pessoal | Total | Mexendo no celular | Estudo pessoal |
| Total Geral | 62 | 216,0 | 151,0 | 100% | 15,0 | 10,5 |
| Minutos por atividade | | | | | | |
| 0 a 59 minutos | 2 | 47,5 | 165,0 | 3,2 | 3,30 | 11,46 |
| 60 a 90 minutos | 8 | 73,1 | 174,4 | 12,9 | 5,08 | 12,11 |
| 91 a 120 minutos | 4 | 115,0 | 241,3 | 6,5 | 7,99 | 16,75 |
| 121 a 150 minutos | 1 | 135,0 | 270,0 | 1,6 | 9,38 | 18,75 |
| 151 a 180 minutos | 9 | 177,2 | 143,9 | 14,5 | 12,31 | 9,99 |
| 181 a 210 minutos | 6 | 194,0 | 152,3 | 9,7 | 13,47 | 10,58 |
| 211 a 240 minutos | 13 | 237,3 | 135,0 | 21 | 16,48 | 9,38 |
| 241 a 270 minutos | 2 | 262,0 | 120,0 | 3,2 | 18,19 | 8,33 |
| 271 a 300 minutos | 10 | 296,5 | 159,0 | 16,1 | 20,59 | 11,04 |
| 301 a 330 minutos | 1 | 320,0 | 50,0 | 1,6 | 22,22 | 3,47 |
| 331 a 360 minutos | 1 | 360,0 | 180,0 | 1,6 | 25,00 | 12,50 |
| 361 a 390 minutos | 1 | 375,0 | 120,0 | 1,6 | 26,04 | 8,33 |
| 391 a 420 minutos | 3 | 400,0 | 70,0 | 4,8 | 27,78 | 4,86 |
| 571 a 600 minutos | 1 | 547,0 | 30,0 | 1,6 | 37,99 | 2,08 |

Fonte: Relatório NEP – Inventário Pessoal do Tempo – 2019/1.

A Tabela 1 trouxe o uso do tempo dos estudantes do período matutino. Uma vez que estudo pessoal é uma atividade importante para a formação profissional, acadêmica e cidadã, o tempo dedicado a ela deveria ser muito superior ao de uso do celular. Mas a realidade mostrada na Tabela 2 é o inverso. Em média, os discentes gastam mais de 3 horas diárias (219,2 minutos) mexendo no celular, que é uma atividade circunstancial – e o recomendável seria gastar até 144 minutos (2,4 horas). Pode-se concluir que as categorias 5 a 7 (151 a 240 minutos) de uso de tempo com o celular concentram 28 (45,1%) estudantes nesta categoria de atividade. Esse grupo consome de 3 a 4 horas com o celular. Sua característica comum é que gastam mais tempo com o celular do que com o estudo pessoal. Essa

característica vai se repetir com o restante dos grupos (8 a 14) com o agravante de que quanto mais aumenta o tempo de celular, mais diminui o tempo de estudo pessoal. Nota-se que existem 15 alunos (24,2%) nos grupos de 1 a 4 (0 a 150 minutos) que estão dentro do ideal com essa atividade. A característica comum entre eles é o maior tempo dedicado ao estudo pessoal (atividade importante) e o menor tempo com o celular.

4.4 Invertendo as categorias de uso de celular e tempo estudo pessoal

Tabela 2 Total de estudantes que trabalham segundo turno, média diária absoluta e relativa de minutos por atividade – 2019/1

| Quantidade de minutos por atividade | Total de estudantes da manhã que não trabalham | | | | | |
|-------------------------------------|--|--------------------|----------------|--------------|--------------------|----------------|
| | Média diária de minutos por atividade em dia de 1440 minutos (24horas) | | | | | |
| | Absoluta | | | Relativa (%) | | |
| | Total | Mexendo no Celular | Estudo Pessoal | Total | Mexendo no Celular | Estudo Pessoal |
| Total Geral | 62 | 216 | 151 | 100% | 15 | 10,5 |
| Minutos por atividade | | | | | | |
| 571 a 600 minutos | 1 | 547 | 30 | 1,6 | 37,99 | 2,08 |
| 301 a 330 minutos | 1 | 320 | 50 | 1,6 | 22,22 | 3,47 |
| 391 a 420 minutos | 3 | 400 | 70 | 4,8 | 27,78 | 4,86 |
| 241 a 270 minutos | 2 | 262 | 120 | 3,2 | 18,19 | 8,33 |
| 361 a 390 minutos | 1 | 375 | 120 | 1,6 | 26,04 | 8,33 |
| 211 a 240 minutos | 13 | 237,3 | 135 | 21 | 16,48 | 9,38 |
| 151 a 180 minutos | 9 | 177,2 | 143,9 | 14,5 | 12,31 | 9,99 |
| 181 a 210 minutos | 6 | 194 | 152,3 | 9,7 | 13,47 | 10,58 |
| 271 a 300 minutos | 10 | 296,5 | 159 | 16,1 | 20,59 | 11,04 |
| 0 a 59 minutos | 2 | 47,5 | 165 | 3,2 | 3,3 | 11,46 |
| 60 a 90 minutos | 8 | 73,1 | 174,4 | 12,9 | 5,08 | 12,11 |
| 331 a 360 minutos | 1 | 360 | 180 | 1,6 | 25 | 12,5 |
| 91 a 120 minutos | 4 | 115 | 241,3 | 6,5 | 7,99 | 16,75 |
| 121 a 150 minutos | 1 | 135 | 270 | 1,6 | 9,38 | 18,75 |

Fonte: Relatório NEP – Inventário Pessoal do Tempo – 2019/1.

A Tabela 2 é uma inversão da anterior porque foi agrupada a partir da média de tempo de estudo pessoal. Seguindo um método similar ao agrupamento do tempo mexendo no celular, temos 5 categorias de tempo de estudo pessoal: (1) Menos de 1 hora (30 a 50 minutos); (2) de 1 hora a 2 horas (70 a 120 minutos); (3) mais de 2 horas até 2h30min (135 a 143,9 minutos); (4) de 2h30min a 3 horas (152,3 a 180 minutos); e (5) mais de 4 horas a 4h30min (241,3 a 270 minutos). A *categoria 1* (menos de 1 hora) apresenta 2 estudantes e representa 3,2% do total. Sua característica comum é consumir de 6 a 18 vezes mais tempo com o celular do que com o estudo pessoal. A *categoria 2* (de 1 hora a 2 horas) é composta por 6 alunos e representa 9,6%. Eles têm em comum o fato de gastarem de 3 a 5 vezes mais tempo com o celular do que com o estudo. A *categoria 3* (mais de 2 horas até 2h30min) é composta por 22 alunos e representa 35,5%. Sua característica comum é gastar menos de 2 vezes mais tempo com o celular do que com o estudo. A *categoria 4* (de 2h30min a 3 horas) é composta por 27 alunos e representa 43,5%. É a mais heterogênea porque é constituída por 17 (27,4%) alunos que gastam até 2 vezes mais tempo com o celular do que com o estudo pessoal. E a outra parte, ainda que coincida em quantidade de horas dedicadas ao estudo pessoal (2h30min a 3 horas), é formada por um grupo de 10 alunos completamente oposto. Eles gastam mais tempo com o estudo pessoal do que com o celular. Esses estudantes representam 16,1%. Sua característica comum é: gastarem de 2 a 3 vezes mais tempo com o estudo pessoal do que com o celular. A *categoria 5* (mais de 4 horas a 4h30min) é composta por 5 alunos e representa 8,1%. Sua característica comum é: gastarem até 2 vezes mais tempo com o estudo pessoal do que com o celular. De fato, conforme o critério de mais tempo de estudo no que concerne ao celular, os 10 (16,1%) estudantes da categoria 4 seriam os maiores representantes da categoria 5.

5 O que sugerem os resultados de gasto com celular e com o estudo pessoal? Que consequências tem o uso excessivo do celular para a formação jurídica?

Aplicando a Tríade na prática diária, o uso ideal do tempo seria dedicar 70% dele, aproximadamente 16,8 horas (1.008 minutos), às atividades importantes. As atividades urgentes deveriam consumir, em média, 20% do tempo, isso equivale a aproximadamente 4,8 horas (288 minutos). Essas atividades eram importantes, mas foram negligenciadas e agora demandam ação imediata, acarretando a interrupção das atividades importantes em curso, por isso elas geram estresse e tensão. Por fim, as atividades circunstanciais são aquelas que não contribuem

nem aproximam a pessoa de seus objetivos. As interferências e interferência de objetivo, causadas pelo celular, se enquadram nessa categoria. Hipoteticamente, apenas 2,4 horas (10% do tempo) – 144 minutos, em média – deveriam ser gastas diariamente com atividades desse tipo. Além de gastar seu tempo com uma atividade que não os aproxima de seus objetivos, que outras consequências recairão sobre os estudantes? É possível inferir consequências de curto e longo prazo para esse hábito dos estudantes.

5.1 Consequências em curto prazo

Em curto prazo, o estudante que gasta mais tempo com o celular tem menos tempo de estudo pessoal diário. As cinco categorias de tempo de estudo pessoal da Tabela 2 eram: (1) menos de 1 hora; (2) de 1 hora a 2 horas; (3) mais de 2 horas até 2h30min; (4) de 2h30min a 3 horas; e (5) mais de 4 horas a 4h30min. De acordo com tais categorias, é possível fazer uma projeção de média de tempo de estudo semanal (Tabela 3 a seguir) dos discentes. Os estudantes da categoria 1 (Menos de 1 hora – 30 a 50 minutos) poderão estudar de 3 a 6 horas. Aqueles pertencentes à categoria 2 (de 1 hora a 2 horas – 70 a 120 minutos – poderão ter de 8 a 14 horas de estudo. Os discentes da categoria 3 (mais de 2 horas até 2h30min – 135 a 143,9 minutos – poderão estudar de 15 a 17 horas. Os estudantes da categoria 4 (de 2h30min a 3 horas – 152,3 a 180 minutos) terão a possibilidade de estudar de 18 a 21 horas. Por fim, os estudantes da categoria 5 (mais de 4 horas a 4h30min – 241,3 a 270 minutos) poderão estudar de 28 a 31 horas. O aprendizado é um ato pessoal que se efetiva em sua maioria fora da sala de aula. A aprendizagem profunda (significativa) acontece no tempo dedicado às leituras preparatórias para a aula, à revisão de conteúdo das aulas em casa, ao estudo de conteúdos relacionados (tarefas) a cada disciplina e às leituras relacionadas (aprofundamento, pesquisa) às aulas. Portanto, quanto menor o tempo de estudo pessoal, menor a possibilidade de aprendizado.

Tabela 3 Média de tempo de estudo

| Média de tempo de estudo por 1 dia (min.) | Média de tempo de estudo em 1 semana – 7 dias – (min.) | Média de horas de estudo pessoal por semana |
|---|--|---|
| 30 | 210 | 3,5 |
| 50 | 350 | 5,8 |
| 70 | 490 | 8,2 |
| 120 | 840 | 14,0 |

| | | |
|-------|--------|------|
| 120 | 840 | 14,0 |
| 135 | 945 | 15,8 |
| 143,9 | 1007,3 | 16,8 |
| 152,3 | 1066,1 | 17,8 |
| 159 | 1113 | 18,6 |
| 165 | 1155 | 19,3 |
| 174,4 | 1220,8 | 20,3 |
| 180 | 1260 | 21,0 |
| 241,3 | 1689,1 | 28,2 |
| 270 | 1890 | 31,5 |

Fonte: Elaborado pelos autores – 2019/1.

A outra consequência desastrosa é o baixo desempenho acadêmico. O curso de Direito é bastante desafiador para os estudantes calouros porque a terminologia jurídica não é familiar à população. Para superar esse *gap* semântico, a leitura de textos jurídicos e de dicionário jurídico é o método mais eficiente para a formação do vocabulário do estudante. Sem um vocabulário jurídico adequado, o discente terá uma interpretação e compreensão bastante empobrecidas. Outra dificuldade que afeta a população estudantil, mesmo fora do Direito, é a leitura de textos curtos (curtíssimos no caso de postagens das redes sociais) on-line. O estudante descobre que o curso de Direito é bastante exigente, pois a linguagem é difícil e os textos jurídicos são longos e herméticos. Conforme Gonçalves *et al.* (2015), o tempo de estudo pessoal influenciou 36% do rendimento acadêmico dos alunos do 1º período do Direito. Por essa razão, o tempo de estudo insuficiente (pouco) vai empurrar o aluno para o desempenho inferior ao que ele poderia ter.

A próxima consequência negativa são as reprovações. Um discente que estuda pouco, porque gasta mais tempo mexendo no celular, não se prepara adequadamente para as avaliações da aprendizagem. Geralmente, o aluno que consome tempo demais com o celular tem dificuldade de desligá-lo durante o tempo de estudo. Aliás, McCoy (2015) comprovou que eles têm dificuldade de fazer isso até mesmo durante as aulas. Assim, o aluno que tenta estudar com o celular ligado sofre distrações (informações irrelevantes) ou interrupções (multitarefa) contínuas, as quais são prejudiciais durante o estudo pessoal porque interrompem a atenção, o foco do do estudo que está realizando (GAZZALEY; ROSEN, 2016). As recuperações e as reprovações são resultado previsível do aprendizado insuficiente ou do não aprendizado.

5.2 Consequências em longo prazo

Em longo prazo, o uso diário desmedido do celular, conforme constatado anteriormente, provocará outras consequências negativas à formação do futuro operador do Direito e também à sociedade. Pois, o Direito é uma ciência social aplicada e, como tal, aplica as teorias sociais para resolver os problemas da sociedade (DEMO, 1985). Mais especificamente, o Direito¹⁸ tem uma função social reguladora de conflitos e pacificadora da sociedade. Por isso, a formação superficial, provavelmente, de um operador do Direito é mais danosa consequência para a sociedade.

O acirramento das desigualdades é outra consequência deletéria para a sociedade. Como os operadores do Direito devem pacificar e resolver os conflitos sociais – frutos de interesses divergentes ou de desigualdades inerentes ao sistema social –, o desempenho competente de suas funções pode contribuir para mitigação das desigualdades sociais. Entretanto, a formação superficial, por negligência ou outro motivo, durante o tempo de estudante universitário solapará o desempenho competente da atividade jurídica, contribuindo para o acirramento das desigualdades.

Além disso, o graduado com formação superficial terá maior vulnerabilidade na inserção no mercado de trabalho cada vez mais exigente. Sales e Bezerra (2018) estão indicando que a ausência de novas competências e habilidades adequadas ao mundo tecnológico afetará a empregabilidade. Para Harari (2018), as habilidades mais necessárias neste mundo em mudança serão saber lidar com as mudanças, aprender novos assuntos e preservar o equilíbrio mental. Em direção semelhante aponta o Fórum Econômico Mundial por meio dos seus Relatórios *The Future of Jobs Report*, 2016 e 2018. Além de fazer uma análise de como a 4ª Revolução Industrial afetará os diferentes setores da economia dos países e a necessidade de requalificação profissional, ele indica um pacote de competências que serão necessárias ao mundo em mudança. O Relatório de 2018 colocou *aprendizado ativo e estratégias de aprendizagem*¹⁹ no topo das competências. O segundo pacote é composto por *leitura, escrita, matemática e escuta ativa*²⁰. Logo, pode-se concluir que a negligência do acadêmico durante a formação universitária deixará o futuro profissional com menores chances em um mercado profissional mais competitivo e em mudanças constantes.

18 Há várias concepções de Direito. A de Dimoulis (2016, p. 18-19) é pertinente ao nosso propósito: “Direito é o conjunto de normas que objetivam regulamentar o comportamento das pessoas na sociedade. Essas normas são editadas pelas autoridades competentes e preveem, em caso de violação, a imposição de penalidades por órgãos do Estado.”

19 No original “Active learning and learning strategies”.

20 No original “Reading, writing, math, active listening”.

Por fim, o uso excessivo do celular pode criar nos jovens maior suscetibilidade a problemas relacionados à saúde psíquica, de socialização, doenças musculoesqueléticas e outros riscos²¹. A TIC Kids de 2015 refletiu com precisão sobre os desafios para a saúde das crianças e dos adolescentes em decorrência do uso crescente e precoce das TICs. Os autores dividiram os desafios de acordo com os seguintes aspectos: (1) crescimento e desenvolvimento corporal; (2) saúde mental e comportamental; (3) sexualidade e desenvolvimento sexual; e (4) riscos à saúde em geral. Com referência ao item 4, foram listados os riscos visuais, riscos auditivos, riscos posturais e osteoarticulares e riscos alimentares (NIC-BR, 2015). Há estudos associando o uso excessivo de celular ao narcisismo, a problemas de sono, isolamento, problemas de socialização, risco de suicídio e baixa tolerância às frustrações (TWENGE, 2018).

5.3 Por que os jovens usam o celular e a internet mais para diversão do que para o estudo?

Embora o celular seja uma ferramenta e uma porta que permite o acesso ao conhecimento (estudo, pesquisa etc.) e à produtividade, por que a maioria dos jovens usam o celular e a internet para diversão e entretenimento? Talvez, porque desde crianças tenham aprendido a usá-los para isso. É o que demonstra a *Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil*²².

A pesquisa de 2009 concentrou-se somente na população de 5 a 9 anos. Ela mostrou que o celular era a tecnologia mais difundida entre o público pesquisado, pois 64% já tinham usado o aparelho e 14% possuíam um. Quanto ao acesso à internet, 29% declararam já ter acessado. As atividades na internet eram predominantemente lúdicas com destaque para os jogos (97%) e atividades de comunicação e educação (46%) eram pouco realizadas. A conclusão era de que o uso do celular era para a diversão (88%) (NIC-BR, 2010).

A TIC crianças 2010 demonstra que as redes sociais (Facebook e Orkut) já faziam parte da vida de 29% das crianças de 5 a 9 anos. As atividades na internet

21 No artigo *Pessoas que só usam internet para xingar outras pessoas: incômodos de crianças e adolescentes brasileiros na internet*, as autoras trazem uma família de 6 códigos para classificar os riscos enfrentados pelas crianças e pelos adolescentes na internet. São eles: “1) *Risco de conteúdo* – composto por códigos que descrevem conteúdos impactantes para os participantes; 2) *Risco de conduta* – composto por códigos que configuram desrespeito ou inadequação; 3) *Percepção de sexo* – percepção de conteúdo sexual (por exemplo, mulher nua, nudez); 4) *Risco tecnológico* – códigos que indicam incômodo com uso inadequado da tecnologia; 5) *Risco de contato* – queixas de pessoas desconhecidas que insistem em fazer contato ou que assediam; 6) *Percepção de conteúdo violento* – cenas, textos ou vídeos com violência” (NIC-BR, 2015, p. 106).

22 Essa é uma pesquisa anual e de abrangência nacional, realizada pelo Núcleo da Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC-BR desde 2009. Seu objetivo é *compreender de que forma a população de 9 a 17 anos de idade utiliza a Internet e como lida com os riscos e as oportunidades decorrentes desse uso*. Na primeira e segunda edições, 2009 e 2010, seu nome era *Pesquisa sobre o uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil – TIC Crianças*. Para obter mais informações sobre a história do NIC-BR consulte o link: <https://nic.br/historial>. Acesso em: 4 nov. 2019.

eram predominantemente lúdicas com destaque para os jogos (90%), depois procurar material para escola (45%) e brincar em sites que têm desenho (42%). O celular era usado por 84% das crianças para jogar (NIC-BR, 2011).

A partir de 2012, o nome da pesquisa foi mudado para *Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil*. A pesquisa modificou a faixa etária de amostragem de 5 a 9 anos para 9 a 16 anos. Ela revelou uma nova perspectiva sobre o acesso dos jovens ao celular e à internet. O acesso à internet via celular atingiu 21% da população pesquisada. As atividades realizadas na rede diariamente “todos os dias” e “quase todos os dias” continuavam mais ligadas à comunicação e ao entretenimento²³.

Para atividades escolares, somente 13%. A pesquisa perguntava também pela frequência mensal às mesmas atividades. Surpreendentemente, 82% das crianças e adolescentes declaravam que utilizavam a internet para “trabalhos escolares” (NIC-BR, 2013). No entanto, a análise demonstra que na prática cotidiana somente 13% utilizavam a internet para fins educativos.

Há um breve resumo de 2013 e 2014 na nota de rodapé 21²⁴. Em 2015, o acesso à internet via celular, entre a faixa etária de 9 a 17 anos era 84%, chegou a 91% (2016), a 93% (2017) e se manteve com esse percentual em 2018 (NIC-BR, 2015, 2016, 2017 e 2018). Mas, como estavam gastando o tempo nas atividades na internet? Vamos fazer uma análise de crescimento da frequência de 2015 a 2018 das seguintes atividades: (1) “Mensagens instantâneas”; (2) “Jogou on-line, conectado com outros jogadores”; (3) “Joga on-line, não conectado com outros jogadores”; (4) “Pesquisou na internet para fazer trabalhos escolares”; (5) “Pesquisou na internet por curiosidade ou por vontade própria”; (6) “Usou redes sociais”; (7) “Assistiu a vídeos, programas, filmes ou séries na internet”; e (8) “Ouvir música na Internet”. Usaremos dois critérios (“*Mais de uma vez por dia*” e “*Pelo menos uma vez por dia*”) desenvolvidos pelo NIC-BR. Os valores estão apresentados em percentual na Tabela 4.

23 As atividades ligadas à comunicação e ao entretenimento são também mencionadas com destaque pelos jovens usuários de internet: assistir a vídeos no YouTube (66%), jogar com outras pessoas on-line (54%) e trocar mensagens instantâneas na internet (54%) estão entre as atividades mais citadas. Além disso, 44% das crianças e adolescentes afirmaram ter baixado músicas ou filmes e 42% lido ou assistido notícias pela internet. As postagens de fotos, vídeos ou músicas (40%) são mais comuns do que a inserção de mensagens em sites (24%), bem como do ato de escrever em um blog ou diário on-line (10%) (NIC-BR, 2013, p. 136).

24 Em 2013, 53% das crianças e adolescentes na faixa etária de 9 a 17 acessava a internet via celular. A frequência do acesso se intensificou. O acesso “todos os dias ou quase todos os dias” chegou a 74% na população de 15 a 17 anos. As atividades mais frequentes eram ligadas à comunicação e às redes sociais: mensagens instantâneas (74%), rede social (63%), YouTube (40%), ler/assistir a notícias (36%), e-mails (34%), baixar músicas ou filmes (21%). Para atividades escolares, somente 19% usavam diariamente. (NIC-BR, 2014). Em 2014, saltou de 53% para 82% o acesso à internet via celular na faixa etária de 9 a 17. De 15 a 17 anos, o percentual foi de 94%. Ou seja, ultrapassou o computador que caiu de 71% para 51%. A frequência do acesso se intensificou mais. O acesso “todos os dias ou quase todos os dias” chegou a 81% na população de 9 a 17 anos. As atividades mais frequentes eram comunicação e entretenimento na população de 11 a 17 anos. Com a frequência de “mais de uma vez por dia”: mensagens instantâneas (75%), rede social (56%), ouvir música (44%), YouTube (19%), pesquisar coisas (23%). Para trabalho escolar, somente 22%. (NIC-BR, 2015).

Essa mesma tabela demonstra que, na prática diária (2015-2018), o item “trabalhos escolares” teve o *pior* resultado nos quatro anos para o acesso “*Mais de uma vez por dia*”. O resultado de “*Pelo menos uma vez por dia*” não é o pior, porém, seu desempenho não muito melhor. Ou seja, a pesquisa evidencia que os jovens de 9 a 17 anos usam a internet no celular para fazer vários outros objetivos diferentes dos educativos. Constata-se também o principal envio de mensagens (mais de 50%) é o principal uso e o segundo maior é o uso de redes sociais (mais de 40%).

Tabela 4 Total de usuários de internet de 9 a 17 anos, segundo indicador de uso de internet por crianças e adolescentes, percentual e anos – 2015 a 2018

| Frequência diária e tipo de atividades realizadas | Indicador B2 – uso da internet para atividades realizadas | | | |
|--|---|-------------------|-------------------|-------------------|
| | Percentual | | | |
| | Anos | | | |
| | 2015 ¹ | 2016 ² | 2017 ³ | 2018 ⁴ |
| Mais de uma vez por dia | | | | |
| Enviar mensagens instantâneas | 51,91 | 53,45 | 56,71 | 57,70 |
| Jogou on-line, conectado com outros jogadores | 13,12 | 13,30 | 16,93 | 27,96 |
| Joga on-line, não conectado com outros jogadores | 10,71 | 13,12 | 19,04 | 26,79 |
| Pesquisou na internet para fazer trabalhos escolares | 13,10 | 13,15 | 18,38 | 17,03 |
| Pesquisou na internet por curiosidade ou por vontade própria | 17,74 | 23,66 | 19,84 | 20,05 |
| Usou redes sociais | 45,30 | 49,06 | 46,61 | 44,73 |
| Assistiu a vídeos, programas, filmes ou séries na internet | 23,21 | 26,90 | 37,32 | 42,52 |
| Ouviu música na internet | 27,83 | 30,23 | 43,21 | 48,71 |
| Pelo menos uma vez por dia | | | | |
| Enviar mensagens instantâneas | 14,05 | 13,98 | 14,86 | 11,52 |
| Jogou on-line, conectado com outros jogadores | 8,99 | 9,93 | 10,39 | 12,92 |
| Joga on-line, não conectado com outros jogadores | 11,22 | 12,04 | 16,94 | 14,80 |
| Pesquisou na internet para fazer trabalhos escolares | 16,21 | 16,27 | 17,66 | 16,47 |
| Pesquisou na internet por curiosidade ou por vontade própria | 18,31 | 18,64 | 18,73 | 19,10 |
| Usou redes sociais | 16,52 | 15,37 | 16,56 | 12,59 |
| Assistiu a vídeos, programas, filmes ou séries na internet | 15,03 | 15,70 | 20,73 | 20,47 |
| Ouviu música na internet | 13,63 | 15,32 | 17,62 | 20,51 |

Fonte: Elaborado pelos autores – 2019/ 1.

Essa tabela demonstra, ainda, que houve crescimento (evolução) das atividades nos últimos 4 anos, com exceção do “uso de redes sociais” que teve decréscimo entre -0,6% e -3,9%, bem como “enviar mensagens instantâneas” que teve decréscimo de -2,5% para o acesso de “*Pelo menos uma vez por dia*”. Ela evidencia que, na prática diária, o item “trabalhos escolares” teve um crescimento de 3,9 para o acesso “*Mais de uma vez por dia*” e 0,3% para “*Pelo menos uma vez por dia*”. Entretanto, em comparação com as demais atividades, os resultados confirmam a inexpressividade do uso da internet via celular para fins educativos entre os jovens de 9 a 17 anos. Isto é, o uso que fazem é majoritariamente voltado para ouvir música (20,9), assistir a vídeos ou séries (19,3), jogar on-line, não conectado com outros jogadores (16,1) e jogar on-line, conectado com outros jogadores (14,8).

5.4 O que fazer?

O que as instituições educacionais, educadores e pessoas responsáveis pela formação dos estudantes podem fazer diante desse cenário? O desafio é grande porque se trata de hábitos culturais tecnológicos arraigados na vida dos nativos da era digital. Instituições, educadores, pais ou responsáveis e agentes públicos precisam trabalhar na elaboração de políticas nas esferas públicas e privadas para o desenvolvimento de competências e habilidades digitais. As *instituições educativas* devem elaborar políticas para o desenvolvimento da competência digital, que envolvam toda a comunidade acadêmica – professores, alunos, corpo técnico-administrativo e sociedade civil (pais e responsáveis). Criar espaços de análise de dados sobre a utilização excessiva de recursos tecnológicos, sobretudo aparelhos celulares, e de reflexão para contribuir para a busca de equilíbrio e desenvolver habilidades e competências de gestão do tempo em função da formação acadêmica. Não bastam ações de capacitação somente de um segmento. Cabem em todos os âmbitos da administração pública a elaboração e o desenvolvimento de políticas públicas de alfabetização midiática e digital da população em geral, sobretudo, no que concerne ao campo da educação.

Por fim, parece-nos útil assimilar duas grandes orientações de Aristóteles (2009)²⁵: a primeira é de que para sermos pessoas capazes de exercer influência e fazer a diferença, é necessário sermos bons naquilo que fazemos, capazes de

25 “[...] quem propõe como tarefa alterar para uma boa disposição quem quer que seja não poderá ser uma pessoa qualquer, mas, se, de todo, houver alguém que o consiga, terá de ser o perito nessa área, tal como acontece com a medicina e as restantes áreas onde operam uma certa preocupação e sensatez.” [...] “Os que são experientes a respeito de cada pormenor em particular discernem corretamente os produtos [de uma determinada produção] e têm consciência dos meios e do modo como podem vir a ser realizados e quais as partes que concordam entre si” (ARISTÓTELES, 2009, p. 243-245).

agir de maneira refletida, equilibrada, produtiva e com perícia, portanto, com excelência. A segunda está estreitamente ligada à primeira, alertando para o fato de que aqueles(as) que têm experiência e conhecimento de como as coisas são, ou de como devem ser, têm consciência dos meios e modos como as coisas devem ser realizadas, ou seja, são pessoas capazes de ter clareza dos fins e discernir sobre a aplicação correta de como atingir os fins pretendidos. Para nossa reflexão, os fins são a aprendizagem, o desenvolvimento pessoal, o desempenho e o aproveitamento acadêmicos, bem como a excelência acadêmica e ética. Os meios são os mais diversos recursos como smartphones, internet, redes sociais etc. É preciso ficarmos muito atentos a fim de desenvolvermos as habilidades e competências necessárias para gerirmos bem nossa vida e nosso tempo na busca da realização pessoal, acadêmica e profissional.

Considerações finais

A análise comprovou que o uso excessivo do celular entre estudantes que não trabalham diminuiu o tempo de dedicação ao estudo pessoal. A Tabela 1 evidenciou que 75% dos estudantes do experimento gastam mais tempo mexendo no celular do que com o estudo pessoal. Ou seja, apenas 25% dos discentes gastam mais tempo com o estudo pessoal do que com o celular. Os estudantes que afirmavam dedicar mais tempo ao estudo pessoal dispndiam até 2h30min com o celular em oposição ao outro grupo.

Os dados demonstram que o uso excessivo do celular gera várias consequências para a formação do futuro jurista, sendo a diminuição do tempo dedicado ao estudo (atividade importante) a primeira delas. Além disso, o celular se torna uma interferência na forma de distrações (informações irrelevantes) ou interrupções externas. As interferências excessivas e contínuas solapam a concentração, a atenção e o interesse que são estados mentais essenciais ao aprendizado e à formação do estudante e futuro profissional.

O uso ideal do tempo deve ser de 70% aplicado às atividades importantes que envolvam tempo para si mesmo e pessoas próximas, planejamento, organização, execução, realização pessoal, definição de objetivo, metas, prazos, monitoramento de resultado e saúde física e mental (sono, higiene, esporte, lazer, alimentação), tendo em vista que são tais atividades que geram algum resultado, aproximam ou contribuem de alguma maneira para a concretização dos objetivos do estudante. Estudar diariamente possibilita ao estudante de Direito adquirir uma sólida formação jurídica essencial para o exercício da cidadania e para a atuação profissional e como pesquisador, isto é, colabora para que o estudante realize as finalidades do ensino superior.

As evidências deste estudo confirmam que a maioria dos estudantes usa

o celular para as quatro principais finalidades da população brasileira (IBGE, 2018a, 2018b), mais associadas às atividades circunstanciais, na linguagem da Tríade do Tempo, como entretenimento e comunicação do que às atividades importantes como estudo, pesquisa e outras atividades produtivas. Mostram, ainda, que o uso excessivo, portanto, desequilibrado, de aparelho celular, redes sociais, internet e outros recursos tecnológicos e midiáticos, tem exercido enorme distração, desviando a atenção dos(as) estudantes tanto em sala de aula como nos estudos extraclasse, levando a uma significativa perda de aprendizagem e, conseqüentemente, prejudicando o desempenho acadêmico.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração*. Rio de Janeiro: ABNT, 2018.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARBOSA, C. *A tríade do tempo*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008.

BOYD, J; ZIMBARDO, P. *O paradoxo do tempo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

BRASIL. *Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília: 2018. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 12 nov. 2019.

CARNEIRO, M. A. *LDB fácil: leitura crítico-compreensiva, artigo a artigo*. 23. ed. rev. e amp. Petrópolis: Vozes, 2015.

DEMO, P. *Introdução ao ensino da metodologia da ciência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica*. 7. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GAZZALEY, A.; ROSEN, L. *The distracted mind: ancient brains in a high-tech world*. London: MIT Press, 2016.

GONÇALVES; M. P. G. *et al.* Influência do tempo de estudo no rendimento do aluno universitário. *Revista Fundamentos*, Teresina, v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/fundamentos/article/view/4745/2727>. Acesso em: 14 ago. 2019.

HARARI, Y. N. *21 lições para o século XXI*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Norma de apresentação tabular*. Rio de Janeiro: IBGE, 1993. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv23907.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2005*. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv33982.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93373.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2014*. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95753.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2016*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018a. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101543.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018b. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. *Measuring the information society report 2018*. Geneva: 2018. v. 1. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2018/MISR-2018-Vol-1-E.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

KAPLAN, A. M.; HAENLEIN, M. Users of the world, unite! The challenges and opportunities of social media. *Business Horizons*, v. 53, n. 1, p. 59-68, 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/222403703_Users_of_the_World_Unite_The_Challenges_and_Opportunities_of_Social_Media. Acesso em: 15 ago. 2019.

LEPP, A.; BARKLEY, J. E.; KARPINSKY, A. C. The Relationship Between Cell Phone Use and Academic Performance in a Sample of U.S. College Students. *SAGEOpen*, v. 5, Feb.-Mar., 2015. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2158244015573169>. Acesso em: 25 ago. 2019.

MCCOY, B. M. Digital distractions in the classroom: fase ii: student classroom use of digital devices for non-class related purpose. *Journal of Media Education/BEA*. Nebraska, Jan. 2016. Disponível em: <https://en.calameo.com/read/00009178915b8f5b352ba>. Acesso em: 26 ago. 2019.

NÚCLEO DA INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no brasil – TIC Crianças 2009*. Coord. Alexandre F. Barbosa. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010. Disponível em: <https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic-criancas-2009.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

NÚCLEO DA INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil – TIC Crianças 2010*. Coord. Alexandre F. Barbosa. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2011. Disponível em: <https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic-criancas-2010.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

NÚCLEO DA INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil – TIC Kids Online Brasil 2012*. Coord. Alexandre F. Barbosa. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2013. Disponível em: <https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic-kids-online-2012.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

NÚCLEO DA INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil – TIC Kids Online Brasil 2013*. Coord. Alexandre F. Barbosa. São Paulo: Comitê Gestor

da Internet no Brasil, 2014. Disponível em: <https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic-kids-online-2013.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

NÚCLEO DA INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil – TIC Kids Online Brasil 2014*. Coord. Alexandre F. Barbosa. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

NÚCLEO DA INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil – TIC Kids Online Brasil 2015*. Coord. Alexandre F. Barbosa. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2015_LIVRO_ELETRONICO.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

NÚCLEO DA INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil – TIC Kids Online Brasil 2016*. Coord. Alexandre F. Barbosa. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2017. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_KIDS_ONLINE_2016_LivroEletronico.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

NÚCLEO DA INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil – TIC Kids Online Brasil 2017*. Coord. Alexandre F. Barbosa. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic_kids_online_2017_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

NÚCLEO DA INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa Sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil – TIC Kids Online Brasil 2018*. Coord. Alexandre F. Barbosa. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic_kids_online_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 6 nov. 2019.

RAVIZZA, S. M.; HAMBRICK, D. Z.; FENN, K. M. Non-academic internet use in the classroom is negatively related to classroom learning regardless of intellectual ability. *Computers & Education*, v. 78, p. 109-114, sep. 2014. Disponível em: <https://www.deepdyve.com/lp/elsevier/non-academic-internet-use-in-the>

classroom-is-negatively-related-to-ZNZuRW651M. Acesso em: 12 abr. 2016.

RAVIZZA, S. M.; UITVLUGT, M. G; FENN, K. M. *Logged in and zoned out: how laptop internet use relates to classroom learning. Psychological Science*, v. 28, p. 171-180, dec. 2016. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0956797616677314>. Acesso em: 25 ago. 2019.

ROCHA, A. J. S.; HAAS, C. M. Como estudantes do primeiro período do direito gerem seu tempo? Uma interpretação a partir da tríade do tempo de Christian Barbosa. *In: Políticas públicas na educação brasileira: avanços, limites e contradições*. v. 12. Ponta Grossa: Atena, 2018. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/wp-content/uploads/2018/04/E-book-PP-Avan%C3%A7os-Limites-e-Contradi%C3%A7%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2019.

SALES, L. M. M.; BEZERRA, M. Q. M. Os avanços tecnológicos do século XXI e o desenvolvimento de habilidades necessárias ao profissional do Direito a partir das abordagens das Universidades de Harvard e Stanford. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-13, 2018.

SEVERINO, A. J. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

TWENGE, J. M. *iGen*: por que as crianças superconectadas de hoje estão crescendo menos rebeldes, mais tolerantes, menos felizes e completamente despreparadas para a idade adulta. Tradução Thais Costa. São Paulo: nVersos, 2018.

WE ARE SOCIAL; HOOTSUITE. *Digital 2019: Brazil*. All the data and trends you need to understand, Internet, social media, mobile, and e-commerce behaviours in 2019. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2019-brazil>. Acesso em: 14 abr. 2019.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The future of jobs report 2018*. September in 2018. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2018>. Acesso em: 6 jul. 2019.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The future of jobs report 2016*. January in 2016. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf. Acesso em: 7 jul. 2019.

O POSITIVISMO JURÍDICO: UMA ALTERNATIVA VIÁVEL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL

Kiwonghi Bizawu¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Márcio Luiz Ribeiro Mota²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 17/10/2019.

Artigo aceito em: 26/11/2019.

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar o positivismo jurídico na obra de Norberto Bobbio como uma alternativa de defesa dos direitos humanos e do meio ambiente. Analisar-se-á o positivismo jurídico em sua vertente extremista e moderada, definindo os rumos a serem tomados para uma maior efetivação dos direitos fundamentais, entre dos quais o meio ambiente. Serão contempladas as críticas feitas à visão do direito, à luta

pelos direitos humanos e ao direito ambiental sob o prisma do positivismo jurídico. Buscar-se-á a defesa de uma postura harmônica entre o positivismo jurídico e os direitos humanos e ambientais por terem o mesmo foco, mas vistos sob um ângulo diferente. Além disso, adotar-se-ão a pesquisa exploratória e o método dedutivo.

Palavras-chave: direitos humanos; meio ambiente; positivismo.

¹ Mestre e Doutor em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Professor de Direito Internacional na Graduação e do Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável e Pró-Reitor do Programa de Pós-graduação em Direito na ESDHC. Membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2814-3639>. E-mail: sebak_07@hotmail.com.

² Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (FDCL). Advogado. E-mail: marcio_mota@msn.com.

LEGAL POSITIVISM: A VIABLE ALTERNATIVE FOR THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS AND SUSTAINABLE ENVIRONMENTAL RIGHTS

Abstract

The present study aims to analyze positivism in the works of Norberto Bobbio as an alternative of defending human rights and the environment. Analyze the legal positivism in his extremist and moderate aspect, defining the directions to be taken towards greater effectiveness of fundamental rights, among which, the environment. Will be referred to the criticism made

to the vision of law, the fight for human rights and environmental law under the prism of legal positivism and human environmental rights because they have the same focus, but seen from a different angle. Will be adopted to exploratory research and the deductive method.

Keywords: *environment; human rights; positivism.*

Introdução

A teoria positivismo jurídico ao longo da história tem passado por várias críticas. Mesmo sendo apenas uma teoria, é capaz de gerar na doutrina adeptos e rivais fervorosos em busca da verdade absoluta. Sua principal característica é a consideração do Direito pelo que foi posto na palavra, ou positivado, a partir de um método científico. Ao referir-se ao positivismo, buscaram-se estabelecer as noções de que o Direito é indissociável da autoridade daqueles que detêm poder político.

O Direito, portanto, passa a ser desenvolvido, nessa perspectiva, a partir de uma lógica que independe de outras searas externas ao Direito. Ao contrário, nega-se a própria existência de um direito natural, na medida em que as regras são criadas para composição do sistema jurídico – com consequentes criações de obrigações e direitos.

Com base nesse contexto, este estudo analisará o positivismo jurídico presente na obra de Norberto Bobbio (2006), um filósofo político italiano, que trouxe uma visão bastante didática do positivismo jurídico em sua obra *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*.

Tal abordagem tem dois objetivos principais: o primeiro é desmistificar a visão do positivismo jurídico, comprovando que ele pode ser considerado uma teoria aplicável e, muitas vezes, mal interpretada mais por desconsideração de seus postulados do que por sua própria argumentação teórica.

Ademais, objetiva-se, ainda, estudar os direitos humanos e o direito ao meio ambiente sustentável à luz do positivismo jurídico, tendo em vista as críticas recebidas pelos humanistas e ambientalistas, sem a pretensão de esgotar o tema proposto, porém, sugerindo uma corrente mais conciliadora e eclética – o que justifica o trabalho, em razão da necessidade de integrações teóricas que nos levem a novas experiências jurídicas, que acompanhem as realidades socioambientais, uma vez analisadas e interpretadas na transversalidade do meio ambiente na qualidade de direito com objeto próprio.

1 O positivismo jurídico

Ao abordar o tema dos direitos humanos e do meio ambiente, nota-se que a visão do positivismo jurídico é, na maioria das vezes, criticada, tornando-se motivo de preconceitos e de rótulos a ponto de ser tratado de teoria “mal encarnada”, do legalismo exagerado ou do extremismo de direita. Emprega-se uma série de adjetivos possíveis para classificar uma visão do direito que, muitas vezes, é ofuscada pelas críticas.

Deve-se assinalar que tal crítica ao positivismo é fruto de falhas encontradas no processo de ensino e aprendizagem, pois se observam, nas primeiras aulas da graduação, a paixão e o zelo por parte de alguns professores, ao explicar o jusnaturalismo, despertarem nos alunos a curiosidade de aprofundar mais o antagonismo entre os jusnaturalistas e os juspositivistas no tocante àquilo que é justo ou injusto e àquilo que é universalmente válido ou inválido, àquilo que é e não é, àquilo que deve ser.

Tal apreciação sobre o positivismo, muitas vezes errônea, entre as teorias acaba sendo palco de discussões entre os adeptos, tanto na graduação como na pós-graduação, com base na Teoria Pura do Direito do Hans Kelsen. A visão positivista do direito deve acarretar no meio acadêmico não apenas a valorização da ciência, mas também os princípios, as regras e as normas suscetíveis de abrigar os valores essenciais em que se funda uma sociedade com destaque no respeito aos direitos fundamentais, inclusive o direito ao meio ambiente como direito fundamental da terceira geração ou dimensão, conforme o entendimento doutrinário dos “apaixonados” do Direito. Desse modo, descarta-se a visão dogmática do positivismo que não reconhece outras realidades a não ser sua própria moldura normativa dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação. Não se trata mais de construir uma teoria jurídica pura, mas sim de conciliar as tendências em Direito que o tornam uma ciência dinâmica.

Para Bobbio (2006, p. 224), as críticas vindas dos jusnaturalistas se referem principalmente a seus aspectos ideológicos, considerados responsáveis pela concepção estatolátrica do direito, no Brasil conhecida como uma posição de direita.

Vale ressaltar que o costume de dizer “de direita” ou “de esquerda” já denota ao intérprete o sentido de que a visão esquerdista é a errada, posto que a direção esquerda é a contramão da direção dos veículos adotada no Brasil e em muitos dos países, ou seja, um rótulo negativo para uma visão ideológica da sociedade. Tal margem de interpretação torna-se, ao mesmo tempo, limitadora pela moldura.

Sendo assim, gera, automaticamente, a visão de errado, de desvio de conduta, um verdadeiro preconceito às ideias que poderiam ser chamadas de socialistas, de revolucionárias e, por que não, de subversivas com respeito à ordem estabelecida em uma visão dualista de direito e de apreciação de normas.

Contudo, tal dualidade não pode ser vista como superioridade de uma norma sobre a outra, menos ainda existir exclusão entre elas, mas uma relação de independência, podendo ser, ainda, de interdependência.

É interessante observar que o positivismo é amplamente rotulado, assim como afirma Bobbio (2006, p. 225), sob alegações de que, segundo seus críticos

jusnaturalistas, é norteado pelo princípio de obediência incondicional à lei do Estado e pelas nefastas consequências que produziram os regimes totalitários.

Isso, tão somente porque a lei se torna a materialização principal de uma soberania popular que legitima e alicerça o Estado moderno. “O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 176).

De acordo com Pierre Brunet (2005),

Em um primeiro sentido, “positivismo jurídico” refere-se a uma abordagem do direito, uma teoria do conhecimento jurídico ou metodologia segundo a qual o conhecimento da lei corresponde a uma atividade axiologicamente neutra. Pressupõe e baseia-se em separação de fatos e valores, de modo que o conhecimento da lei não exija nenhuma avaliação prévia, ou seja, o direito pode ser identificado sem avaliações (BRUNET, 2005, tradução nossa).³

O positivismo pode ser abordado sobre vários aspectos, mas para analisá-lo em conjunto com os direitos humanos e ambientais, a didática de Bobbio é a mais adequada para este estudo, pois, para ele, o positivismo jurídico deve ser visto como método de estudo, teoria do direito e ideologia do direito, sendo que essas três formas são independentes.

A análise do positivismo como método para o estudo do Direito já produz uma separação que os críticos jusnaturalistas, muitas vezes, não percebem no momento em que o juspositivismo é separado do método positivista.

Nesse diapasão se situa Bobbio (2006, p. 234) quando observa:

Com efeito, a assunção do método positivista não implica também a assunção da teoria juspositivista. A relação de conexão entre o primeiro e a segunda é uma relação puramente histórica, não lógica, pois os primeiros estudiosos que aplicaram o método positivista viveram num contexto histórico-social (a Europa continental do século passado) no qual o direito era produzido exclusivamente pelo Estado.

Nesse sentido, torna-se necessário esclarecer a visão positivista, tendo em vista a importância dos debates acadêmicos, uma vez que o contexto histórico é o fator principal para fazer a distinção entre as diferentes correntes, sem olvidar

³ Dans un premier sens, “positivisme juridique” désigne une approche du droit, une théorie de la connaissance juridique ou encore une méthodologie selon laquelle la connaissance du droit correspond à une activité axiologiquement neutre. Elle présuppose et est fondée sur la séparation des faits et des valeurs, en sorte que la connaissance du droit n'exige aucune évaluation préalable, c'est-à-dire que le droit peut être identifié sans évaluations.

as três maneiras de positivismo abarcadas na ideologia, na teoria do direito e na metodologia ou experiência jurídica. É dessa maneira que se pode chegar a um melhor entendimento sobre a validade de direito e a parte valorativa, ou seja, entender melhor o direito na vertente de *ser* e de *dever ser*.

Urge salientar didaticamente que o positivismo como método é a direção científica do direito, ou seja, o método científico necessário para se estudar a ciência política ou a teoria do direito, posição defendida por Bobbio que encontramos em Kelsen seu expoente maior, no que se refere à ciência e ao direito:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é como relações que são constituídas através de normas jurídicas (KELSEN, 2006, p. 79).

O estudo do positivismo jurídico como teoria do direito é amplamente discutido no meio acadêmico, mas ela não pode ser negada, nem pela influência de Kelsen com sua teoria pura do direito, nem por todos que buscam desconstruí-la, pois a argumentação tanto de defensores como de opositores é bastante fundamentada.

Acerca do supramencionado autor, importam considerações sobre sua vida e obra, em razão da importância para a discussão que se propõe:

Hans Kelsen nasceu em 1881, na cidade de Praga, que na época fazia parte do Império Austro-Húngaro; veio a falecer em Berkeley, Estados Unidos, no ano de 1973, quando completaria 92 anos. Radicou-se em Viena aos três anos de idade, onde mais tarde (início do século XX) integrou um seletivo grupo de intelectuais, conhecido como “Círculo de Viena”. Obteve grau de Doutor em 1906, aos 24 anos, tendo conquistado o título de livre docente em Direito Público e Filosofia do Direito em 1911. No ano de 1934 publicou a sua primeira edição da obra *Reine Rechtslehre – Teoria Pura do Direito* e, em 1960, publicou a segunda edição com significativas mudanças em relação à anterior (VENDRUSCOLO, 2007, p. 99).

O legado de Kelsen é incontestável, é uma visão do Direito que não está vinculada a um período de tempo ou contexto histórico, estando mais presente do que nunca no ordenamento jurídico internacional. Considera-se Kelsen, à luz de sua obra, da Teoria Pura do Direito, como o precursor do Direito Internacional, além de prever a criação de uma comunidade internacional em sua obra intitulada *À Paz Perpétua*, escrita em 1795.

Denota-se na obra supracitada que “a razão condena absolutamente à guerra” e que “o estado da paz é um dever imediato” que exige um esforço coletivo. É uma construção da coletividade oriunda da força da razão, e não do poder.

Importante ressaltar que há, ainda, o estudo do positivismo jurídico como ideologia, estando aqui inseridas as maiores discussões acadêmicas, em que se desenham alguns tipos de obediência, a saber: a obediência ativa segundo a qual as regras devem ser obedecidas porque são justas; a obediência condicionada que retrata uma teoria positivista moderada que reconhece a legalidade como garantidora de valores específicos; a desobediência entendida como resistência na qualidade de reação à posição extrema do positivismo que prega a obediência às leis e que não conseguiu instaurar a paz entre as nações que por, duas vezes, experimentaram o sofrimento indizível com as duas Grandes Guerras Mundiais.

Há de se lembrar que, em caso de leis injustas, o jusnaturalismo moderado evoca a obediência passiva. Ambas as teorias, o jusnaturalismo e o positivismo, em certos aspectos, em matéria de leis e da criação legislativa, são diametralmente diferentes ou distintas, pois geram o confronto entre o monismo e/ou o dualismo.

Contudo, deve-se frisar a possibilidade de efetividade de Direito em matéria que envolve os direitos humanos e a normatividade ambiental para não considerar mais as duas correntes como antagonicas, mas conciliá-las com base na metodologia para regular, disciplinar e canalizar as condutas humanas, sobretudo no tocante à sustentabilidade quando se trata de equilíbrio do meio ambiente.

Não se trata mais de extremismo acadêmico, mas de uma aproximação para se chegar a uma simbiose entre a valoração e a interpretação oriundas das duas teorias que, aparentemente, eram vistas como antagonicas. A própria evolução do direito leva irremediavelmente a um posicionamento moderado e racional desnudo de valor sentimental ou de juízo de valor, considerando a própria evolução da sociedade e da ciência.

É importante destacar que a valoração defendida pelos jusnaturalistas e a interpretação oriunda dos positivistas devem ser vistas como frutos de uma sociedade em transformação na Era dos Direitos preconizada por Bobbio (2004), em sua obra, *A Era dos Direitos*, acreditando serem os direitos frutos de uma evolução histórica, e não nascidos de uma única vez.

Assim, Bobbio (2006, p. 225) assevera que, no tocante ao positivismo, por não estar diante de uma doutrina científica, mas de uma doutrina ética do Direito, seria correto usar o termo positivismo ético ao se referir à ideologia juspositivista. Isso porque:

A vontade de Deus é – na doutrina do Direito natural – idêntica à natureza, na medida em que a natureza é concebida como tendo sido criada por Deus. Consequentemente, as leis que regulam a natureza têm, de acordo com essa doutrina, o mesmo caráter das regras jurídicas emitidas por um legislador: elas são comandos dirigidos à natureza; e a natureza obedece a esses comandos assim como o homem obedece às leis emitidas por um legislador (KELSEN, 1998, p. 13).

É de suma importância salientar que todo extremismo é prejudicial no campo das relações humanas, podendo-se citar o fascismo na Itália, o nazismo na Alemanha, o comunismo na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), bem como os outros regimes totalitários vigentes, que não aprendem com a história trágica da humanidade que, por duas vezes, com as duas Grandes Guerras Mundiais, viveu momento de sofrimento indizível.

Para Bobbio (2006, p. 227), existem quatro justificativas diferentes para a obediência absoluta à lei defendida pelo positivismo ético, a saber: a concepção cética ou realista da justiça, a concepção convencionalista da justiça, a concepção sagrada da autoridade e a concepção do Estado ético.

Tais concepções são de fácil reconhecimento, pois seus atores são rapidamente identificados, mas não de modo a serem rotulados, porque quando existe o rótulo, há também o preconceito assentado em ideias desrespeitosas que, infelizmente, acarretam críticas severas contra o positivismo no tocante aos direitos humanos.

A concepção cética ou realista da justiça é a visão do mais forte, sendo considerado aquele que está no poder, ou seja, quem exerce o comando do Estado, ou grupo, é a lei, até que seja substituído por outro.

Na concepção convencionalista da justiça, o valor está no que foi definido no ordenamento jurídico, ou seja, o que os homens definem como justiça, esta será a sua justiça. Bobbio (2006, p. 228) destaca a importância disso quando afirma:

Relativamente a esta concepção podemos falar de uma obrigação moral de obedecer às leis, pois estas encontram seu fundamento no pacto estipulado pelos consorciados, pacto sobre o qual se funda todo o direito e que, se não for observado, fará desmoronar todo o direito (e com ele a paz, que é o bem supremo do homem).

A concepção sagrada da autoridade baseia-se no conceito das tribos e da monarquia, em que o líder ou rei tem o poder recebido de seus ancestrais ou concedido por um Ser Transcendental. Por meio dessa concepção, a verdadeira justiça surge das ordens do líder ou do monarca que encarna as forças da divindade.

Quanto ao Estado ético, nos moldes da filosofia política do Hegel, é um todo ético organizado, é uma unidade da vontade na universalidade e na individualidade ou subjetividade. Na realidade, Hegel propõe a passagem do Estado contratual para o Estado ético. O imperativo da vontade do criador absorvido por quem detém o poder sobre outros indivíduos pode acarretar o totalitarismo ou, ainda, o absolutismo em nome da razão do Estado.

Essa concepção, em particular, é mais divulgada pelos críticos do positivismo, pois essa visão é direcionada única e exclusivamente à verdade definida pelo Estado.

O ataque mais feroz ao positivismo baseia-se no julgamento de Nuremberg no qual os criminosos nazistas admitiram as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, alegando ter cumprido as ordens da hierarquia. Essa visão extremista do positivismo é a bandeira defendida por seus críticos. Como se pode notar é apenas uma vertente extremista do conceito usado pelos advogados de defesa dos nazistas.

Para Bobbio existe uma “versão” moderada do positivismo ético, e não apenas a que eleva a figura do Estado ao patamar absoluto e imutável. Nas palavras do autor:

Concluindo: a versão moderada do positivismo ético difere da extremista porque, à diferença desta última, não diz que o direito é um bem em si, e antes o valor supremo, pelo que necessita-se sempre a ele obedecer, mas diz somente que o direito é um meio (em termos kelsenianos, uma técnica de organização social) que serve para realizar um determinado bem, a ordem da sociedade, com a consequência de que, se desejamos tal bem, devemos obedecer ao direito (BOBBIO, 2006, p. 232).

Dessa maneira, o positivismo jurídico, sem extremismos constitui uma maneira de pensar o Direito como ciência e, por mais que seja considerada a visão moderada ou fraca pelo próprio Bobbio, esta visão é a mais adotada nos debates acadêmicos quando se referem à defesa do positivismo jurídico.

2 A questão da moral no positivismo jurídico

Segundo Dimoulis (2006, p. 97-98), pode-se definir a moral como conjunto de convicções que, primeiramente, tem como objeto distinguir o bem do mal,

orientando o comportamento dos indivíduos, na prática de se fazer o bem, permitindo avaliar as condutas individuais, impondo sanções ao transgressor.

Discutir o que é moral se mostra uma tarefa muito árdua, pois existem muitas variáveis que devem ser consideradas como a cultura, a religião e muitos outros aspectos, mas para este estudo devemos abordar a relação do direito com a moral.

A temática da separação entre moral e o direito traz, segundo Dimoulis, (2006, p. 170), quatro equívocos que são atribuídos ao positivismo jurídico. O primeiro equívoco versa sobre a afirmação de que o positivismo nega qualquer influência da moral no direito, ou seja, têm uma visão suprema da lei afastando qualquer menção à moral, tendo em vista que muitas leis são baseadas nos costumes e a origem destes remonta uma visão moral de alguma atividade da sociedade nela inserida, a moral não pode ser considerada como não influenciadora do Direito.

Segundo Dimoulis (2006, p. 170-171),

O legislador sempre possui uma “ideia” sobre o direito e a justiça, utilizando-a como fonte de inspiração e argumento de legitimação. Aquilo que diferencia o juspositivismo da visão moralista é a afirmação de que o interprete/aplicador não pode modificar a decisão do legislador quando há divergência sobre a “ideia” de direito e de justiça. Confundir essas duas afirmações leva a profundas polêmicas..

Assim, o positivismo jurídico não procura negar a influência da moral no Direito, mas não precisa estar vinculado a ela para existir. Outra questão abordada pelos críticos do positivismo informa que para os positivistas, o Direito deve sempre permanecer separado da moral.

Na realidade, os juspositivistas não afirmam que o direito deve ser separado da moral no sentido de um dever de ignorar ou mesmo de contrariar mandamentos morais. Isso carece de sentido. A teoria juspositivista procura separar o conhecimento do direito de sua avaliação e das eventuais propostas de reforma, indicando que os juspositivistas, mesmo quando discordam pessoalmente de certas opções morais do legislador, não incorporam essa discordância, crença, indignação, reivindicação, etc (sic) em sua teoria que descreve o direito “como ele é” (DIMOULIS, 2006, p. 178).

Desse modo, na visão positivista o legislador pode utilizar valores morais ou não para se fazer uma norma não devendo estar obrigado a separar ou vincular a lei à moral na criação dela. Há uma separação entre o processo de criação das leis e da aplicação destas.

Assim, afirmar que o positivismo nega que os operadores do Direito possam decidir, conforme considerações morais, é outro equívoco relacionado ao positivismo jurídico. No Código de Processo Civil, por exemplo, em seu artigo 126º informa que, *in verbis*:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Vê-se, desse modo, a aplicação de outras maneiras de se julgar quando não houver normas legais para o caso. Procurar entender este artigo sob a ótica dos críticos do positivismo jurídico é como se houvesse a afirmação da impossibilidade de o positivista aceitar a norma como válida enquanto a realidade mostra que esta não somente é uma norma válida, como também visa trazer segurança jurídica aos que procuram a justiça, e não existe uma norma para aquele determinado caso.

De todo modo, apesar de reconhecer a realidade do ativismo judicial que faz parte das discussões sobre o positivismo jurídico, descarta-se adentrar no assunto no presente artigo, menos ainda discutir sua validade no ordenamento jurídico pátrio.

Segundo Dimoulis (2006, p. 180),

O recurso à moral é autorizado, primeiro, quando o direito em vigor o prevê, incorporando em suas disposições referências morais; segundo, quando o legislador atribui ao aplicador poder discricionário, podendo esse último recorrer a critérios morais (como também a considerações de oportunidade política ou de funcionalidade social).

Errado seria uma pessoa recorrer à sua ideia de moral para tentar corrigir uma norma válida, fazendo, dessa maneira, a própria justiça.

Outra afirmação levantada pelos críticos do positivismo é que ele reconhece incondicionalmente qualquer comando como jurídico. Essa visão deturpa toda a ideia de positivismo jurídico, pois acaba fazendo a caricatura de um indivíduo usando uma viseira animal, que o conduz sempre para uma mesma direção; nesse caso a viseira é para qualquer norma existente sem nenhum questionamento de sua validade.

Dimoulis (2006, p. 181), ao se referir ao positivismo utiliza o termo PJ *stricto sensu* e quanto a essa questão informa:

O reconhecimento da juridicidade de uma norma não depende somente do fato de ser (subjettivamente e objetivamente) uma proposição de dever ser. Sabemos que o PJ *stricto sensu* exige que a norma satisfaça os requisitos de pertença ao sistema jurídico entre os quais se insere a exigência de concordância de conteúdo das normas (a norma inferior não pode contrariar o conteúdo da norma superior, incluindo exigências formais sobre o procedimento de sua criação; a norma mais nova pode abolir a norma anterior do mesmo escalão (*sic*) etc.

O autor afirma, ainda, que a definição da validade no juspositivismo é bastante exigente e, seguramente, não atribui juridicidade a qualquer comando. Concordamos com essa assertiva, posto que a análise de uma norma passe pelo exame de sua validade até mesmo para ela existir no ordenamento jurídico, sem ter a necessidade de ser substituída por outra a fim corrigir falhas nesta.

3 O mito do positivismo jurídico nazista

Ao longo deste estudo, têm-se apresentado as críticas ao positivismo jurídico, talvez a maior e a mais deslegante formulada contra o mesmo é, certamente, o fato de tratá-lo de nazista ou de vinculá-lo à ideologia nacional-socialista, vigente na Alemanha no período ditatorial de Adolf Hitler.

Não há como negar o rechaço e os preconceitos de que tem sofrido o positivismo jurídico. Algumas críticas são fundadas e outras não merecem crédito, sendo ingênuas e injustas por considerar o positivismo como pano de fundo de ideologias dos regimes ditatoriais ou totalitários. Nota-se, ainda, que, apesar dessa incompreensão, o positivismo tem recebido novas adesões, o que demonstra sua relevância no mundo de Direito.

O filósofo alemão Radbruch, que, por causa de sua visão partidária diferente da nazista que assumiu o poder na Alemanha, foi demitido de seu cargo de professor catedrático onde lecionava, poderia ser apenas mais um alemão que não compartilhava das ideias do regime, mas com o fim da guerra, voltou a lecionar na Alemanha defendendo a ideia de que o positivismo legitimou o nazismo.

Escreveu um artigo, em 1946, que ficou conhecido como fórmula de Radbruch, no qual comenta que essa concepção da lei e sua validade, a que chamam positivismo, foi a mesma que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, cruéis e criminosas. Tornam equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.⁴

⁴ Disponível em: <http://direitoavista.blogspot.com.br/2011/04/cinco-minutos-de-filosofia-do-direito.html>. Acesso em: 10 nov. 2014.

Dessa maneira, o juspositivismo torna-se o objeto de ódio dos que são contra o nazismo, sendo essa vinculação descabida e perigosa por gerar um mal-estar no meio acadêmico até meados da década de 1960. Dimoulis (2006, p. 259-260) afirma:

O juspositivismo é apresentado como teoria que traiu a causa do direito, como garantia (ou pelo menos tentativa) de pacificação, justiça, solidariedade social etc., enganou os operadores jurídicos e ofereceu cobertura teórica a um regime criminoso. Essa tese traduz o espírito dos juristas alemães no período de desorientação política após a queda do regime nazista. A maioria dos juristas estava à procura de uma teoria do direito que pudesse condenar a barbárie e evitar sua repetição.

O positivismo jurídico foi utilizado dessa maneira como “bode expiatório” para os erros do nazismo e essa ideia o acompanha até os dias atuais. O termo ficou conhecido como *reductio ad hitlerum*, e é utilizado para encerrar qualquer discussão, por exemplo, uma pessoa é ruim, logo uma pessoa gosta de Hitler; se a polícia age com violência, ela se parece com a Gestapo (polícia secreta nazista).

Dimoulis (2006) fez um estudo aprofundado sobre essa visão errada que se tem ao vincular o nazismo ao positivismo. Torna-se necessário, nesse caso, destacar alguns apontamentos suscetíveis de esclarecer as opiniões mais críticas do positivismo jurídico.

Com a ascensão do regime nazista na Alemanha, não houve grandes modificações no ordenamento jurídico alemão, mas sim uma interpretação voltada para valores morais nazistas, usando uma interpretação ideológica das leis e diferenciando totalmente da visão positivista.

A ideologia se baseava na aplicabilidade do Direito, tanto que os juízes eram obrigados a aplicar penas mais severas para servirem de exemplo para o povo. O discurso moralista era a posição adotada pelo governo alemão, mas o moralismo era, na verdade, a propaganda nazista imposta como verdade absoluta.

Segundo Dimoulis (2006, p. 262), Schmitt, que era um dos principais ideólogos nazistas redigiu um trabalho dedicado à crítica do positivismo, acusando-o de todos os males do mundo jurídico, ao afirmar que o ordenamento nacional-socialista se baseava na união da lealdade, disciplina e honra, não podendo, assim, ser separado da direção unitária, sendo incompatível com o juspositivismo, que correspondia ao liberalismo, que tutela direitos individuais e garante a separação dos poderes em detrimento dos interesses da comunidade nacional.

Se o maior teórico nazista fazia objeções ao positivismo e como sua visão estava totalmente vinculada à ideologia nazista, e esta era a corrente não somente majoritária, mas também a única possível naquele país, podemos, então, chegar a três conclusões.

A primeira é que o nazismo não era a favor do positivismo jurídico, pois o ele busca a aplicação da lei, e não a interpretação que melhor atenda a interesses, no caso ideológico do nazismo.

A segunda é que Radbruch foi despedido pelo regime nazista. Deve ter sofrido humilhações e perseguições por ter uma visão partidária diferente da nacional-socialista e com o fim da guerra, defende justamente a crítica a uma teoria associando-a ao nazismo, permitindo, assim, a interpretação de que o alvo de sua crítica não era o positivismo na verdade, mas sim o regime nazista.

E, em último lugar, a acusação de que o positivismo jurídico era defensor do nazismo não somente é infundada. Existe uma frase atribuída a Hitler em que ele diz que se uma mentira for dita várias vezes, pode se tornar uma verdade; foi isso que aconteceu com o positivismo jurídico.

4 A luta pelos direitos humanos

Os direitos humanos devem ser conquistados a cada dia, pois a humanidade buscou, pela convivência social e vontade de criar relações harmoniosas entre os povos, a efetivação de seus valores éticos e morais antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, não obstante os tratados e convenções internacionais. Apesar disso, a guerra e suas atrocidades continuam.

Comparato (2008, p. 226), pondera que, em termos técnicos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz a seus membros. Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Mas assevera:

Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não (COMPARATO, 2008, p. 227).

Atualmente, o respeito aos direitos humanos alcançou o patamar de direito fundamental internacional, sendo considerados pelos que os buscam, como acima dos limites impostos pelas fronteiras dos países, pois a Declaração Universal,

de 1948, busca a igualdade mundial por meio do respeito às diferenças, não protegendo a visão imperialista que sempre dominou o mundo civilizado, mas a inclusão de todos como iguais nesse processo.

Não obstante, é importante pontuar que os direitos humanos surgem em uma perspectiva liberal, o que dificulta sua implementação por um caminho contra-hegemônico. Isso porque há uma estratificação de direitos fundamentais que se sobrepõem a outros na medida dos interesses dos Estados.

Ainda, de acordo com Comparato (2008, p. 228),

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II.

A maior dificuldade quando se analisa a luta pelos direitos humanos é sua afirmação, ou seja, seu reconhecimento, mesmo que a distinção entre o certo e o errado, o justo e o injusto estejam presentes na natureza humana e largamente defendida pelos jusnaturalistas, a realidade dos fatos infelizmente é outra.

Os direitos humanos são sufocados não só pelos regimes totalitários mencionados neste estudo, mas pelo homem, que se coloca na sociedade, não como antropocentrismo, mas como ser individual. O que se diz, portanto, é acerca da existência de uma dificuldade de identificação do homem como ser coletivo, de direitos coletivos.

Essa diferenciação é pertinente, pois a visão antropocêntrica engloba todos os homens em detrimento da natureza, por exemplo, mas no caso dos direitos humanos, destacamos a ideia do individualismo exacerbado: o homem na qualidade de ser humano, escravizando, matando e tratando como seres abaixo dos animais que não têm consciência, os outros seres humanos. Trata-se do resultado da perspectiva liberal supramencionada.

A humanidade vive em um constante aprendizado. O contexto histórico trouxe a necessidade da reunião entre as nações, para tentar definir os rumos da sociedade. Podemos citar como exemplo, a Convenção para a Prevenção do Crime de Genocídio, em 1948, feita em um período pós-guerra, bem como as convenções de Genebra, de 1949, sobre a proteção das vítimas dos conflitos bélicos, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, sendo estes “como

fonte de direito internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam os seus regimes constitucionais ou sociais”⁵, a Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas como contribuição para o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, independentemente da diversidade de seus regimes constitucionais e sociais, conforme estipula o Preâmbulo da referida Convenção.

Segundo Comparato (2008, p. 30):

Em todos os níveis, da cosmologia à vida social, passando pela geologia e a biologia, o caráter evolutivo da realidade afirma-se sempre mais claramente. Ou seja, a ordem no universo só pode ser mantida por meio de um processo incessante de auto-organização, com a permanente adaptação ao meio ambiente.

Dessa maneira, a sociedade deve evoluir não somente de acordo com suas necessidades, mas também reafirmando os valores humanos já consolidados que sempre necessitam de efetivação.

5 O conflito de ideias entre o positivismo jurídico e os direitos humanos

Como mencionado no início deste estudo, existe um conflito entre os defensores dos direitos humanos e os que defendem o positivismo jurídico, mas é importante salientar que o conflito é iniciado pelos defensores dos direitos humanos com seus discursos inflamados, enquanto os positivistas perguntam como vão fazer valer os direitos se não estão definidos na lei, e, assim, o debate fica acalorado.

A visão de que a defesa das leis está atrelada à aceitação cega dos ditames do Estado ainda aparece na sociedade. É curioso tal posicionamento, pois as leis passam pelo legislador, por voto da sociedade, logo é a sociedade por meio de seus representantes que definem as leis. Então qual seria o motivo do conflito, se tudo passa por um processo democrático e não imposto pelos governantes?

A discussão perde um pouco da euforia no meio dos mais fervorosos críticos do positivismo jurídico quando são obrigados a aceitar a verdade que são as leis que definem a conduta do Estado. Por mais óbvio que pareça essa afirmativa, muitos teimam em criticar a abordagem dada aos direitos humanos, no âmbito internacional, sem pensar que para se fazer algo realmente significativo do ponto de vista prático, deve-se passar pelas leis.

Nessa perspectiva, os direitos humanos devem ser estudados em sua

5 Cf. Preâmbulo da *Declaração de Viena sobre o Direito dos Tratados* (1969).

imperatividade constitucional, superando-se, desse modo, o puro legalismo do positivismo jurídico ou normativista.

Assim, torna-se necessária a abordagem do direito ao meio ambiente como direitos humanos da terceira geração, direitos que envolvem a coletividade, visando à qualidade de vida e ao bem-estar social, tendo em vista a solidariedade. Considerando a titularidade coletiva, a defesa dos direitos humanos passa pela conscientização ambiental, sem se olvidar da necessidade de promover a relação inquebrantável entre o ser humano e a natureza da qual são extraídos os recursos que asseguram a vida.

No entender de Costa Hoshi (2012, p. 55):

A proteção do meio ambiente condiciona a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, e qualquer dano provocado no ambiente ocasiona gravidade para cada indivíduo na Terra. Isto parece restar claro, de certo modo, ainda que algumas concepções na ordem jurídica internacional não estejam claras ou não tenham auferido o status de legalidade.

Pode-se concluir esta parte do estudo, ilustrando que o conflito de ideias entre o positivismo jurídico e os defensores dos direitos humanos está na dificuldade de implementação da temática humanista no ordenamento jurídico, em decorrência do processo legislativo disposto na Constituição Federal de 1988.

No entanto, os críticos preferem acusar os positivistas de extremismo a buscar mudança nas leis por meio de seus representantes, porque se os direitos humanos são violados, muitas vezes, é por causa do não cumprimento da lei e não da pretensa falta de segurança jurídica, uma vez que, no âmbito internacional, necessita-se de novas leis para as situações que geram os conflitos em determinados países ou regiões mediante negociações entre as partes – como tem ocorrido na Ucrânia após a anexação da Crimeia pela Rússia, gerando protestos da comunidade internacional.

Respeitam-se, todavia, as normas do direito internacional consuetudinário que são aplicadas para reger as questões que não tenham sido expressamente reguladas pelas convenções celebradas entre Estados.

6 O direito ambiental na visão do positivismo jurídico

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225 disciplina que

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,

impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, a proteção do meio ambiente está desta maneira positivada.

O debate maior sobre o direito ambiental, no que se refere às leis, reside na chamada cláusula de abertura presente no art. 30 da Carta Magna.

Tal artigo informa que compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar à legislação federal e a estadual no que couber, mas sobre a matéria ambiental a competência ficou estabelecida somente para os estados-membros, para a União e para o Distrito Federal com previsão no artigo 24º da Constituição de 1988.

Dessa maneira, o município não está autorizado a legislar sobre matéria ambiental, mas o artigo 30º fornece o permissivo legal para fazê-lo de acordo com a corrente majoritária na doutrina, tendo como defensores Fiorillo, Milaré, entre outros.

Merece um estudo exaustivo a discussão sobre a competência dos municípios em matéria ambiental, mas, restringe-se, no momento, o debate entre positivistas e ambientalistas, pois, há de constatar que, na prática, a defesa do meio ambiente ocorrida em determinada região carece de uma legislação no local onde ocorreu o impacto ambiental. Tendo em vista a arquitetura federativa posta na CRFB/88⁶.

Depreende-se desse fato a necessidade de os ambientalistas privilegiarem o diálogo político, sobretudo, nas audiências públicas ou nos tribunais, ou ainda se manifestarem por meio de ação popular em caso de dano ocorrido ou provocado em bem de uso comum do povo.

Lopes e Bizawu (2014, p. 103) destacam a importância da Ação Popular:

como instrumento do cidadão para prevenção e reparação do dano ambiental, sendo imprescindível a educação ambiental como ferramenta a fomentar a consciência ambiental, noticiando a disponibilidade da Ação Popular para a proteção do meio ambiente, bem comum do povo, cada dia mais transindividual e transnacional, legitimando-se qualquer pessoa para o ajuizamento dessa ação, enquanto sujeito de direitos e deveres, no papel de ator social agindo na proteção do meio ambiente, como patrimônio comum da humanidade.

Nesse caso, emendam que o autor popular deverá fazer a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que autorizam seu pleito, utilizando todo o arsenal jurídico disponibilizado pelo Direito Positivo, além da doutrina e jurisprudência que arrimam sua pretensão jurídica (LOPES; BIZAWU, 2014).

⁶ Vide Sarlet e Fensterseifer (2014).

Devem-se, no entanto, considerar outros fatores que prejudicam a elaboração das leis que visam à proteção do meio ambiente nas audiências públicas para a implantação de uma determinada obra ou atividade, por exemplo, na maioria das vezes, a população não se interessa pela discussão e deixa ocorrer a destruição do meio ambiente.

As empresas prometem o progresso e muitos empregos para a região. Com essa argumentação fortíssima, dificilmente a preservação pode prosperar, mas com uma legislação municipal bem estruturada, conhecendo os recursos naturais do município o impacto ambiental será bem menor. É uma maneira de preservar e proteger o direito das gerações futuras diante do dano iminente contra o meio ambiente, bem de uso da coletividade.

Para Vitoriano e Silva (2011, 139),

A proteção do direito das futuras gerações configura a proteção de um direito difuso ao longo do tempo e, considerando as premissas de direito ambiental, a imposição da reparação tem preferência em relação à indenização. A preferência da aplicação de medidas de natureza reparatórias e preventivas garantirá a manutenção da qualidade ambiental e, via de consequência, o direito focado.

Nessa linha de raciocínio, com referência à Ação Popular supramencionada como instrumento para o exercício da cidadania com relação ao ambiente, a mesma autora observa:

Qualquer cidadão está legitimado a exigir do Poder Público o cumprimento do direito fundamental das gerações futuras, mesmo porque todos possuem, em potencial, vínculo afetivo e biológico com a geração vindoura. Esse sentimento de solidariedade e afetividade dá nome ao princípio e revela o seu fundamento. Desprovida de embasamento a limitação dos legitimados a exigirem o cumprimento do direito de indivíduos ainda inexistentes no mundo jurídico, considerando-se a natureza do direito envolvido e o interesse público na manutenção da integridade do planeta (VITORIANO E SILVA, 2011, p. 139).

Os críticos da visão positivista do direito afirmam que as leis beneficiam mais o empreendedor do que o meio ambiente, e este estabelecido com o art. 225 da Constituição Federal de 1988 foi elevado à categoria de direito fundamental, devendo estar acima de qualquer lei que possa prejudicá-lo.

Nessa perspectiva, há de se ressaltar que o direito ao meio ambiente equilibrado é garantido a todos, com base na própria legislação que o positivou, dessa maneira, o positivismo jurídico não somente defende o meio ambiente como também consolida esse entendimento.

Sendo assim, a defesa do meio ambiente deve vir do ordenamento jurídico, logicamente discutido e analisado por toda a sociedade levando propostas a seus governantes. Wolfgang e Fensterseifer destacam o Princípio do Federalismo Cooperativo Ecológico no tocante à atuação conjunta das unidades federais entre si (União e estados-membros, no Brasil também o DF e os Municípios) quanto dos estados-membros entre si, com o intuito de permitir um planejamento e uma atuação conjuntos e integrados em prol da consecução de objetivos comuns, do desenvolvimento e do bem-estar no plano mais amplo do Estado Federal sem afetar os níveis de autonomia de cada unidade da Federação.⁷

A maneira mais fácil de criticar é discordar de determinada situação sem buscar a solução legislativa. Fazer passeatas ou empregar outras formas de manifestação popular é altamente válido, como modo de conscientização da população, mas notam-se limitações, pois a lei continua a mesma.

Todavia, a aplicabilidade do Direito em um Estado socioambiental requer a observância de normas éticas e jurídicas, uma vez que o agir comportamental do cidadão deve manifestar a vontade social e adequar-se à convivência social.

Para Vilas Boas Reis e Bizawu (2014, p. 68):

O cidadão é um sujeito ativo na organização da *polis* e deve se empenhar pela efetividade do desenvolvimento sustentável e pela promoção e difusão de conhecimento e valores para conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente com enfoque humanista, holístico, democrático e participativo.

Assim, o que é possível pontuar e concluir é que é importante a participação popular nas mobilizações sociais acerca das pautas ambientais que englobam amplo espectro dos Direitos Humanos. Todavia, não se pode negligenciar a importância do regramento jurídico, na medida em que ele reflete a vontade do povo soberano de proteção ambiental. Desse modo, o positivismo jurídico aporta como uma estratégia para o enrijecimento da preservação e a vinculação de todos às normas de garantia da dignidade socioambiental.

⁷ Definição de Michael Kloepfer (apud SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 13).

Considerações finais

A relação do ser humano com a natureza requer uma verdadeira mudança paradigmática, pois sabe-se que, com o fim da visão antropocêntrica, o meio ambiente clama por uma proteção e preservação efetivas assegurada pela aplicabilidade das leis, visando à qualidade de vida de todos.

Analisou-se, neste trabalho, a relevância do positivismo presente na obra de Norberto Bobbio, assinalando que a corrente de pensamento positivista pode perfeitamente atuar nas discussões de direitos humanos como também nas matérias referentes ao direito ambiental, promovendo-se, ao mesmo tempo, uma cooperação ecológica entre as unidades federadas entre si para possibilitar a elaboração de políticas públicas.

A busca pela efetivação dos direitos determina, dentro do *federalismo cooperativo ecológico*, as competências legislativas entre a União, os estados e o Distrito Federal, cabendo aos municípios, de conformidade com o art. 30, §§ 1º e 2º da Constituição da República de 1988, legislar sobre os assuntos de interesse local. Tal exercício de competência concorrente se refere também à preservação do meio ambiente.

Trata-se da positivação de um dispositivo constitucional menos conflitivo com as demais unidades federativas em matéria ambiental, pois todas visam à efetividade, conforme o art. 225 da CRFB/88, do “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”.

A conservação do meio ambiente depende, obviamente, da visão conciliadora e harmônica entre críticos e defensores do positivismo jurídico, pois a lei é a confirmação dos anseios do povo. E, por ser um marco normativo incontestável para a defesa e proteção ambiental, torna-se garantidora da qualidade de vida almejada pelo povo.

Nesse sentido, percebe-se que na luta pelos direitos fundamentais – considerando-se o direito ao ambiente como direito fundamental e, para tanto, humano – é importante que os legisladores aprovem leis que regulem harmoniosamente as relações do ser humano com a natureza, evitando-se, assim, conflitos de interesse e buscando a prevalência da dinâmica evolutiva do direito ambiental. É uma questão de justiça e de ética ambiental.

A lógica do pensamento positivista moderado, ou seja, a busca pela normatização dos direitos, para que se tenha a segurança jurídica para cobrar sua

aplicação, é a mesma meta de seus críticos, mas vista sob um ângulo diferente, podendo concluir-se, contudo, que ela não é incompatível com os pilares normativos e axiológicos do direito ao meio ambiente.

Referências

- BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.
- BRUNET, P. Norberto Bobbio et le positivisme juridique. In: COMANDUCCI, P.; GUASTINI, R. (Eds.). *Analisi & Diritto*. Torino: Giappichelli, 2005. p. 159-170. Disponível em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00009757/document>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- COMPARATO, F. K. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIMOULIS, D. *O positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Gilmar Mendes, v. 2).
- COSTA HOSHI, S. S. A Carta da Terra e o Princípio da integridade ecológica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 31-60, jan./jun. 2012.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOPES, A. L.; BIZAWU, S. K. *Ação popular e dano ambiental: prevenção e reparação*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REIS, E. V. B.; BIZAWU, S. K. Educação ambiental como processo para a construção da cidadania. In: COSTA, B. S.; REZENDE, E. N. (Orgs.). *Temas essenciais em Direito Ambiental: um diálogo internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 4, p. 67-95.
- SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Notas acerca do Princípio do Federalismo Cooperativo Ecológico e do Correlato Princípio (e Dever) de Subsidiariedade. In:

CAMPELLO, L. G. B.; SOUZA, M. C. S. A.; PADILHA, N. S. (Orgs.). *Direito Ambiental no século XXI: efetividade e desafios*. Belo Horizonte: Arraes, 2014. v. 3, p. 13-27.

VENDRUSCOLO, W. Considerações sobre a vida e obra de Hans Kelsen. *Revista Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*, Umuarama, v. 10, n. 1, jan./jun. 2007.

VITORIANO E SILVA, M. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do Direito para o futuro. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 115-146, jul./dez. 2012.

ASPECTOS JURÍDICOS DA (IN)COMPATIBILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIOS UTILIZADO NAS AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO

Danilo Henrique Nunes¹

Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)

Lucas Souza Lehfeld²

Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)

Thales Pedrucci Lemos³

Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto

Artigo recebido em: 13/11/2019.

Artigo aceito em: 05/12/2019.

Resumo

Este artigo trata da utilização do regime de precatórios nas ações de desapropriação reguladas pela CRFB/1988 e pelo Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941 (Lei de Desapropriação por utilidade pública), decreto que foi recebido pela Carta maior, e expõe as controvérsias jurisprudências referentes à maneira de realização do pagamento da justa indenização abarcada quando da aplicação do instituto. Assim, a pesquisa descreve os aspectos históricos da Lei de Desapropriação por utilidade pública, a real necessidade de criação de lei infraconstitucional que regula o art. 5º, § 24, da CRFB/1988, dispondo principalmente sobre o procedimento a ser adotado nas ações de

desapropriação no que tange ao pagamento das indenizações. Assim, como meio de apresentar o impasse formado no judiciário, o presente se debruça sobre o Recurso Extraordinário n. 922144/MG de 2016, pelo ministro Luís Roberto Barroso, foi reconhecida a repercussão geral da presente controvérsia doutrinária, servindo assim de fundamento à pesquisa, demonstrando a (in)compatibilidade da aplicação dos precatórios como modo de pagamento nas ações de desapropriação.

Palavras-chave: desapropriação; direito à propriedade; Direito de Propriedade; segurança jurídica; utilidade pública.

1 Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania UNAERP. Advogado, jornalista e professor universitário. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9162-3606> / e-mail: dhnunes@hotmail.com.

2 Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor orientador do programa de Doutorado e Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da UNAERP. Advogado. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3630-1134>/e-mail: lehfeldrp@gmail.com.

3 Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto. E-mail: thalespedrucci@hotmail.com.

LEGAL ASPECTS OF (IN) COMPATIBILITY OF THE PRECATORY SCHEME USED IN DISAPPROPRIATION ACTIONS

Abstract

This article deals with the use of the precatory regime in the expropriation actions regulated by CRFB/1988 and Decree-Law No. 3.365, of June 21, 1941 (Public Expropriation Law), a decree that was received by the Major Charter, and It sets out the controversies in the case-law regarding the manner in which payment of the just compensation covered by the institute is paid. Thus, the research describes the historical aspects of the Expropriation Law for public utility, the real need to create an infraconstitutional law that regulates article 5, XXIV of CRFB/1988, providing mainly about the procedure to be adopted in the ex-

propriation actions in the compensation payments. Thus, as a way of presenting the impasse formed in the judiciary, the present one deals with the Extraordinary Appeal No. 922144/MG 2016, by Minister Luís Roberto Barroso, the general repercussion of the present doctrinal controversy was recognized, thus serving as a basis for the research, demonstrating the (in) compatibility of the application of the precatory as a form of payment in the expropriation actions.

Keywords: *expropriation; legal security; Property Law; public utility; right to property.*

Introdução

A desapropriação como meio de intervenção do Estado na propriedade particular respalda-se na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e na legislação complementar, consistindo em um ato do Estado em que se transfere a propriedade de um particular para o patrimônio estatal de maneira compulsória mediante o pagamento prévio de justa indenização. O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da desapropriação especialmente no tocante à prévia e justa indenização e as controvérsias referentes ao modo de pagamento realizado.

O direito de propriedade sofreu grandes modificações ao longo da história até os dias atuais, e isso é condicionado ao atendimento da função social. Nos primórdios quando se firmou a ideia de apropriação do solo, a propriedade era vista com um caráter individualista ou, melhor dizendo, como um direito absoluto. Em constante evolução, esse direito à propriedade foi elevado a princípio constitucional, sendo o Estado obrigado a respeitar a propriedade, demonstrando o valor axiológico da função social, ou seja, como um valor constitucional para sua efetivação.

O objetivo geral da pesquisa busca, considerando os fundamentos jurídicos políticos da desapropriação no que se refere à indenização e, tendo em vista a controvérsia entre o texto constitucional, doutrinadores e entendimento dos tribunais relacionados à prévia indenização ou a sua submissão ao regime de precatórios, demonstrar qual o conceito de “prévia indenização” quando tratamos do instituto da desapropriação. Além disso, qual a compatibilidade da utilização do procedimento de pagamento por precatórios com a indenização prévia em dinheiro definida constitucionalmente?

Inicialmente, é demonstrado um breve histórico sobre a evolução do direito de propriedade, direito à propriedade e o condicionamento do exercício desse direito ao atendimento da função social, ou seja, a funcionalização da propriedade.

Posteriormente, buscam-se demonstrar os modos de intervenção do Estado na propriedade, bem como os princípios em que esses atos se fundamentam, com ênfase na supremacia do interesse público sobre o particular, estando diretamente relacionado à relativização do direito de propriedade.

Serão demonstrados os pressupostos constitucionais da desapropriação, essenciais para o procedimento expropriatório, além das diversas espécies de desapropriação como a fundamentada na necessidade pública ou utilidade pública, por interesse social, para fins de reforma agrária, desapropriação urbanística e desapropriação de confisco.

Por fim, aborda-se a previsão constitucional da indenização prévia e em

dinheiro, presente no art. 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), buscando o equilíbrio entre o interesse público e o privado, garantindo o direito de propriedade em favor do particular.

1 Da desapropriação e suas modalidades

A desapropriação é o modo originário de aquisição da propriedade, não dependendo, assim, de qualquer título anterior ou de relação direta com o antigo proprietário. Insta salientar que os procedimentos de intervenção do Estado na propriedade privada só poderão ser utilizados em caráter excepcional, tendo em vista que, em regra, a administração não interferirá na propriedade do particular. Logo, é necessária a demonstração dos pressupostos previstos na legislação, assim sintetizados: necessidade pública, utilidade pública e interesse social.

Essa modalidade de intervenção é a denominada supressiva, na qual há a transferência compulsória da propriedade de seu dono para o Estado, ou seja, a maneira mais drástica e agressiva de intervenção, acarretando a perda da propriedade mediante o pagamento da justa indenização.

A fonte primária da desapropriação está no art. 5º, inc. XXIV, da Constituição (BRASIL, 1988). Portanto, como consta da parte final da norma, há exceções ao pagamento da indenização em dinheiro, que diz respeito às outras espécies de desapropriação, sendo que a desapropriação por interesse, necessidade pública ou interesse social é denominada pela doutrina como desapropriação comum ou ordinária.

A Constituição traz, igualmente, o fundamento para outras espécies de desapropriação que não serão abordadas profundamente, mas como exemplos que têm base constitucional no art. 182, § 4º, inc. III – que trata da desapropriação em razão de descumprimento da função social do Plano Diretor; no art. 184 –, que versa sobre a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária; e no art. 243 – que é a denominada desapropriação confiscatória. São diversas as normas legais que tratam do instituto, sendo, em síntese, as mais relevantes: o Decreto-Lei n. 3.365/41 que, embora discipline especialmente a desapropriação por utilidade pública, o diploma é considerado a lei geral de desapropriações, contendo as normas mais importantes sobre o procedimento expropriatório.

Já a Lei n. 4.132/62 (BRASIL, 1962) disserta sobre os casos de desapropriação por interesse social. Em outro sentido, a Lei n. 8.629/93 (BRASIL, 1993) regulamenta os dispositivos constitucionais referentes à reforma agrária. A Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) regulamenta a desapropriação urbanística (art. 8º), de competência do município, como importante instrumento de política urbana (BRASIL, 2001).

Para a presente análise, é importante o Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho

de 1941, que cuida da desapropriação por necessidade e utilidade pública. O art. 5º do Decreto-Lei traz hipóteses de necessidade e utilidade pública. O decreto-lei não traz a expressão necessidade, que foi contemplada pela Constituição, mas coloca sempre no mesmo contexto a utilidade e a necessidade como a diferença prevista na urgência diante de cada caso concreto.

A utilidade pública estará presente nas situações em que o Estado pretende fazer uso do bem, ele vai dar finalidade a esse bem, então usará o bem para realizar uma obra ou serviço, mas será utilizado diretamente pelo Estado. A doutrina costuma dizer que a diferença entre a utilidade e a necessidade é a urgência. Então, se houver a utilidade pública e se for urgente sua realização, existe uma necessidade pública.

O art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/41 (BRASIL, 1941) descreve as seguintes hipóteses de utilidade pública para fins de desapropriação: (a) a segurança nacional; (b) a defesa do Estado; (c) o socorro público em caso de calamidade; (d) a salubridade pública; (e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; (f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; (g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; (h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos; (i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem educação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; (j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo; (k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a fim de lhes manter e realçar os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; (l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; (m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; (n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; (o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; e (p) os demais casos previstos por leis especiais.

Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho (2018 p. 993) afirma que:

Ocorre a utilidade pública quando a transferência do bem se afigura conveniente para a Administração. Já a necessidade pública é aquela que decorre de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem. Embora o texto constitucional se refira a ambas as expressões, o certo é que a

noção de necessidade pública já está inserida na de utilidade pública. Esta é mais abrangente que aquela, de modo que se pode dizer que tudo que for necessário será fatalmente útil. A recíproca é que não é verdadeira: haverá desapropriações somente úteis, embora não necessárias. Quando nos referirmos, pois, à utilidade pública, devemos entender que os casos de necessidade pública estarão incluídos naquele conceito mais abrangente. Exemplo de utilidade pública: a construção de uma escola pública ou de um centro de assistência social do Estado.

A desapropriação por interesse social está regulamentada pela Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, definindo que haverá interesse social todas as vezes que o Estado desapropriar o bem para garantir a função social da propriedade (BRASIL, 1962). Então aqui o Estado busca dar função social a propriedade, não é necessariamente uma utilização direta do Estado, fato pelo qual se diferencia diante da necessidade ou utilidade pública. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2018 p. 963):

O interesse social consiste naquelas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade. O Poder Público, nesses casos, tem preponderantemente o objetivo de neutralizar de alguma forma as desigualdades coletivas. Exemplo mais marcante é a reforma agrária, ou o assentamento de colonos.

Brilhante decisão do STF, proferida pelo ministro Celso de Mello, complementa a ideia:

[...] O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso a terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto – enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. Incumbe, ao proprietário da terra, o

dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade. [...] (ADI 2.213 MC/DF, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 04.04.2002, DJ 23.04.2004, p. 7).

A Lei n. 4.132/62, por sua vez, dispõe, em seu art. 2º, sobre o interesse social: (a) o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência às necessidades de habitação, ao trabalho e ao consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; (b) o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; (c) a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias; (d) a construção de casas populares; (e) as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam as ditas áreas socialmente aproveitadas; (f) a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais; e (g) a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas (BRASIL, 1962).

A desapropriação, portanto, ressalvadas as exceções previstas e brevemente supramencionadas, tem como base três pilares. Primeiro, a demonstração do interesse público que pode ser utilidade, necessidade pública ou interesse social. Além do interesse público a desapropriação depende também do pagamento de indenização que deve ser prévia em dinheiro. A indenização prévia significa a indenização antes da perda da propriedade do bem. Em dinheiro significa em real, ou seja, em moeda corrente do país. Por fim, a indenização deverá ser justa; teoricamente essa indenização será calculada por meio da administração, pelo perito, abarcando o valor venal do imóvel, valor de mercado daquele imóvel. Agora se tem a hipótese também, além do valor de mercado, abrange todos os danos que o proprietário

terá com a desapropriação. A avaliação justa será, então, o valor venal de mercado somado a todos os danos que o particular terá com o ato supressivo do Estado.

O art. 2º do Decreto-Lei n. 3.365/41 (BRASIL, 1941) estabelece que “todos os bens podem ser desapropriados” pelas entidades da Federação, portanto há uma grande variedade de objetos sobre os quais a desapropriação pode recair. No entanto, não restam dúvidas de que em quase todos os casos o ato expropriatório é realizado sobre bens imóveis, sendo que não seria relevante apontar todos os bens que podem ser desapropriados. O trabalho também apresentará a maioria das situações fáticas enfrentadas pelo judiciário em que o objeto da desapropriação é um bem imóvel, porém não se pode deixar de esclarecer que é o único que pode sofrer esse ato, seja restritivo ou supressivo.

Com base no Decreto-Lei n. 3.365/41 (BRASIL, 1941), que fundamenta o procedimento para os casos de necessidade, utilidade pública ou interesse social, que é o objeto do presente trabalho, analisaremos que esse procedimento é dividido em duas fases: a declaratória e a executória.

A primeira fase declaratória se destaca pela manifestação de vontade do Poder Público em proceder desapropriação. Caracteriza-se por ser um ato administrativo por meio do decreto expropriatório ou por publicação da lei expropriatória (arts. 6º e 8º do Decreto-lei n. 3.365/41), ou seja, por decreto do chefe executivo ou uma lei de efeitos concretos para declarar a necessidade utilidade pública ou interesse social.

O ato declaratório, seja decreto ou lei, deverá indicar o sujeito passivo da desapropriação, a descrição do bem, a declaração de utilidade pública ou interesse social, a destinação específica a ser dada ao bem, o fundamento legal e os recursos orçamentários destinados ao atendimento da despesa. Esse ato, por si só, não retira a propriedade do particular imediatamente, mas cria um direito subjetivo do expropriante de proceder à expropriação do bem indicado, partindo para os posteriores atos administrativos e, dependendo do caso concreto, para a prática de atos judiciais, consumando, assim, após a fase executória à desapropriação.

Nesse sentido, de acordo com Medauar (2018, p. 355-356):

A declaração expropriatória, também denominada ato expropriatório, é um ato administrativo anunciador da desapropriação de um bem; em geral vem acompanhado de planta indicativa do bem a ser expropriado, quando imóvel. A declaração expropriatória menciona o preceito legal em que se enquadra a desapropriação anunciada e deve ser publicada no jornal oficial.

A declaração somente anuncia que o bem aí descrito será expropriado. Não opera a transferência da propriedade ou da posse do

bem, apenas vai desencadear as demais fases. Sem a declaração nenhum outro ato ou medida poderá ser efetuado pela Administração.

A simples declaração de utilidade pública não se constitui em ato expropriatório. Essa declaração gera determinadas consequências, podendo o Estado penetrar, sem necessidade de autorização judicial e maneira administrativa, no bem para fazer medições, avaliações no terreno e para definir o valor indenizatório, ou seja, não tem o objetivo de já efetivar a desapropriação, mas sim de buscar, nesse momento, fixar o estado do bem. Essa fixação consiste no ato do Poder Público em dizer que almeja o bem no estado em que se encontra naquele momento, sendo futuras melhorias realizadas, em regra, não ressarcidas. Em regra, as melhorias feitas no bem após a declaração não serão objeto de ressarcimento, as exceções encontram-se nas benfeitorias necessárias e nas úteis, desde que tenham sido autorizadas.

Com a declaração de utilidade pública ou interesse social, conclui-se que o bem ainda não deixou de ser propriedade particular, porém o particular ficou sujeito a restrições antes mesmo de receber o valor da indenização, por exemplo, o Poder Público penetrar no bem e fixar seu estado. Por isso, essa declaração deve ser executada; ela tem um prazo de caducidade. Caso não seja executada dentro desse prazo, ela decai e não há mais como ser executada.

Caso seja uma declaração de utilidade ou necessidade pública, o prazo decaí em cinco anos; na situação de interesse social, decaí em dois anos. Procedida a declaração, tem-se um prazo de caducidade, depois de passado o prazo não tem como executar. Porém o poder público, diante dessa situação, pode declarar novamente a utilidade ou necessidade pública ou interesse social, mas deve respeitar o prazo de um ano de carência. A ideia é que a emenda de uma declaração na outra sujeita o bem a uma eterna força expropriatória do Estado.

Posteriormente, após a fase declaratória em que se manifesta o interesse no imóvel de propriedade privada, inicia-se a fase executória, na qual o expropriante começa a tomar medidas buscando a incorporação do bem ao acervo do Estado. É nessa fase que vai realmente se concretizar a transferência da propriedade para o expropriante, que poderá se dar a extinção de maneira administrativa ou judicial.

Essa fase pode ser procedida pelos poderes federativos (União, estados, municípios e Distrito Federal) pelos entes da administração indireta. A competência executória também pode ser delegada aos consórcios públicos e às concessionárias de serviço público – neste último, desde que haja previsão em lei ou em contrato realizada com a Administração Pública.

Portanto, se houver a declaração com todas as suas especificações, o Poder

Público poderá buscar um acordo extrajudicial da desapropriação com o particular atingido. Desse modo, como esse ato, posteriormente, acarretará uma transferência compulsória do bem pertencente ao particular ao patrimônio do Estado, poderá, então, o particular, caso entenda que a oferta feita pelo bem seja justa, realizar o acordo com o expropriante esgotando, assim, tal procedimento na via administrativa, ou seja, sem a necessidade de levar o conflito ao judiciário. Esse esgotamento sem a necessidade da intervenção do judiciário é chamado de desapropriação amigável.

Na fase executória, se houver acordo entre particular e Estado, a desapropriação se encerra na via administrativa. Se não houver acordo, a solução se dá na via judicial por meio de uma demanda expropriatória ou ação de desapropriação. A única defesa de mérito que pode ser alegada pelo particular é a que diz respeito ao valor da indenização, sendo qualquer outra ilegalidade do ato de desapropriação devendo ser alegada em ação própria (ação direta anulatória) a ser ajuizada.

Por isso, diante desse raciocínio que a única matéria possível a ser alegada pelo particular na contestação é sobre o valor da indenização, quando da resolução da ação; o particular ao depender da devida instrução receberá uma quantia em dinheiro em contrapartida à perda da propriedade do bem. Nessa perspectiva, é importante ressaltar a possibilidade da imissão na posse provisoriamente sobre o argumento, uma vez que, declarada a necessidade pública (aqui relação com a diferença apresentada no tocante à urgência), depositado um valor incontroverso em juízo e, sendo o *quantum* indenizatório a única matéria de defesa, o julgador poderá conceder a imissão provisória na posse do bem. A imissão provisória na posse nada mais é que a transferência de um dos poderes inerentes ao bem ao Estado: o poder da posse, podendo se utilizar da posse para realização dos atos necessários que fundamentam a urgência declarada.

São necessários, portanto, a declaração de urgência (geralmente, feita na declaração expropriatória) e o depósito de um valor incontroverso em juízo (em geral, feito por um laudo inicial apresentado quando da propositura da ação de desapropriação). No momento em que o Estado se imite na posse do bem, o expropriado poderá levantar 80% do valor depositado, sendo que os outros 20% ficarão como garantia do juízo. Cabe ressaltar que se o expropriado optar por levantar 100% do valor depositado em juízo, entende-se como se tivesse acordado com o valor total a ser pago sobre o bem declarado, extinguindo o processo nessa fase.

Com a decisão final transitada em julgado (sem a possibilidade da interposição de recursos), com a formação da coisa julgada, ocorre a aquisição da propriedade pelo poder público, no qual, até então, só detinha a posse do bem, sendo o registro apenas para eficácia.

O que se pode verificar na prática é que, na maioria das vezes, a desapropriação não se finda na esfera administrativa por meio do acordo entre as partes, sendo posteriormente necessária a utilização da via judicial para solucionar o conflito entre o particular e o Estado.- Nesse caso, o expropriante ingressará com a ação de desapropriação por utilidade, necessidade pública ou interesse social, discutindo-se apenas o valor da justa indenização já que após a fase declaratória, a propriedade será transferida de maneira compulsória.

Podemos concluir que o procedimento tem natureza administrativa; a princípio, com a fase declaratória e, posteriormente, com o início da fase executória a intervenção poderá se concretizar já na fase administrativa por meio de consenso entre o particular e o Estado com referência ao valor ofertado ou, caso as partes não cheguem a um acordo, o procedimento passará à via judicial, decidindo-se o valor da justa indenização com a concretização do ato expropriatório.

2 Das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a (in)compatibilidade da indenização com o regime de precatórios

Após a fase declaratória da desapropriação, com o seguimento para a fase executória, é certo que o bem será expropriado, restando apenas em síntese a discussão acerca da devida indenização. A grande discussão se dá justamente no tocante à forma de pagamento da indenização justa prevista no procedimento expropriatório, uma vez que haja uma divergência concreta entre a jurisprudência e os tribunais superiores.

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inc. XXIV, define que a indenização paga ao expropriado deve ser prévia, justa e em dinheiro. Por sua vez, a norma constitucional do art. 100 prevê que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública decorrentes de sentenças judiciais deverão ser realizados exclusivamente por precatórios, salvo exceção referente às obrigações, que são definidas como de pequeno valor (art. 100, § 3º).

Uma corrente defende que o regime de precatórios deve ser utilizado para o pagamento de demandas que resultam na desapropriação, geralmente, com o fundamento na regulamentação e estabilização das finanças públicas e outra corrente privilegia a indenização prévia, justa e em dinheiro, afastando o regime de precatórios para o pagamento dessas indenizações sob a égide da força dos direitos e das garantias fundamentais tratados como cláusulas pétreas no art. 5º, *caput* e incs. 22 e 24.

A problemática, portanto, encontra-se atualmente nas ações expropriatórias.

Ainda, que haja o referido amparo, mormente, realizada, por meio de precatório, a indenização perde seu caráter prévio e em dinheiro, ensejando o questionamento que norteia o presente estudo, quanto à compatibilidade ou não da aplicação do art. 100 da Constituição (BRASIL, 1988) com o instituto da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, e a predisposição em se assimilar que inexistente consonância com o referido sistema.

A (in)compatibilização foi analisada pelos tribunais de justiça do país, além de ser debatida no Supremo Tribunal Federal, em que se reconheceu a repercussão geral da questão. O que se pode extrair dos julgamentos é que ainda não há um posicionamento definido, ou seja, a divergência presente no conflito de normas ainda é presente, tendo duas teses antagônicas acerca do tema.

2.1 Possibilidade do pagamento mediante regime de precatório

A respeito do regime de precatórios, podemos indicar a clara definição dada por Tathiane Piscitelli (2012, p. 172):

O reconhecimento judicial de um crédito perante uma pessoa jurídica de direito público é o pressuposto inicial para que possamos cogitar da análise dos precatórios. Diante desse reconhecimento, que deve se operar por decisão transitada em julgado, o juiz da execução encaminha ao Presidente do Tribunal respectivo uma solicitação, para que este requisite verba necessária para o julgamento do credor. Essa solicitação é o precatório, cuja disciplina geral se encontra no art. 100 da Constituição. Tendo recebido o precatório, o Presidente do tribunal determinará sua numeração e apresentará um comunicado à Fazenda Pública, que deverá efetivar o pagamento respectivo, na ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Referido pagamento depende da liberação, pelo poder executivo, das verbas orçamentárias consignadas exclusivamente para este fim. Essa liberação é feita em nome do Presidente do Tribunal, que recebe os recursos e os encaminha para o juízo da execução, para que este realize o pagamento das dívidas pendentes.

Pela definição dada anteriormente, conclui-se que a adoção do regime de precatórios visa prevalecer o Estado, na medida em que permite a programação para efetuar pagamento que advier de decisão judicial, sendo assim uma norma constitucional e importante para a organização financeira dos entes que procederão ao pagamento.

Diante dos casos concretos, os tribunais vêm se deparando com o conflito entre as normas constitucionais suscitadas, sendo que, em prol do seguimento pelo procedimento dos precatórios, o relator do Agravo de Instrumento de n. 0620842-85.2015.8.06.000052, desembargador Washington Luis Bezerra de Araújo, posicionou-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO JUSTA, PRÉVIA E EM DINHEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONDICIONAMENTO DO DEPÓSITO, POIS NÃO EXCEPCIONA O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PRECATÓRIOS (CF/88, ART. 100). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A indenização justa e prévia será em dinheiro apenas aquela que ocorre antes da transferência do domínio do bem desapropriado, restando o que ficar definido na sentença submetida às requisições de pequeno valor ou ao sistema de precatórios, a depender do montante.

2. Com exceção do previsto no art. 100, § 3º, (requisição de pequeno valor), da Constituição Federal de 1988, reputa-se inadmissível outra forma de pagamento devido em virtude de sentença judiciária que não o precatório. Precedentes do STF.

3. Recurso conhecido e provido.

Nas ações expropriatórias, quando há a discussão judicialmente acerca de indenização, percebe-se que ainda há um entendimento de adoção do regime de precatórios, visto que, como mencionado na norma do art. 100 da Constituição de 1988, seguirão esse procedimento valores que forem fixados em sentença contra a Fazenda Pública.

O ministro Marco Aurélio, nesse sentido, em uma de suas decisões, defende que o procedimento cautelar do art. 100 é uma exceção contida no que diz respeito à norma do art. 5º, inc. XXIV, da Constituição:

DESAPROPRIAÇÃO – VERBA INDENIZATÓRIA – DECISÃO JUDICIAL. O cumprimento de decisão judicial na qual vencida entidade pública faz-se mediante precatório. Essa forma está compreendida nas exceções versadas na cláusula final do inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em alguns precedentes, posiciona-se o STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. DEPÓSITO PRÉVIO INSUFICIENTE. IMISSÃO NA POSSE. PAGAMENTO DA DIFERENÇA POR MEIO DE PRECATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE. DEPÓSITO PRÉVIO. VALOR INSUFICIENTE. DIFERENÇA. PRECATÓRIO. Verificada a insuficiência do depósito prévio na desapropriação por utilidade pública, a diferença do valor depositado para imissão na posse deve ser feito por meio de precatório, na forma do art. 100 da CB/88. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 1988).

É necessário considerar que o regime de precatórios é fundamental para organização financeira do Estado, uma vez que exceções a esse procedimento devem ser avaliadas com muito cuidado visando a não desestabilização das finanças públicas, fundamentos pelos quais se inserem nas decisões a favor desse procedimento.

2.2 Da previsão constitucional da indenização prévia e em dinheiro

Em defesa de modo indenizatório prévia e justamente ao particular, deve-se ressaltar que, diante de um ato intrusivo do Estado no direito constitucional de propriedade garantido ao indivíduo, é de suma importância a indenização prévia como maneira de restaurar o *status quo ante*. A indenização é justamente prevista como modo de reparar o “dano” que o Estado causou ao particular, podendo ser de extrema urgência, especialmente nos casos em que o privado que está sofrendo o ato supressivo e todos que dele dependem, por exemplo, possui como único bem o que será expropriado, sendo o dinheiro recebido como pagamento aquele que será utilizado para investimento em um novo bem.

Em consonância com a prévia indenização, no Tribunal do Estado do Paraná no Agravo de Instrumento de número 1382955-951, tendo como relator o Desembargador Carlos Mansur Arida (PARANÁ, 2015), defende claramente a indenização prévia e em dinheiro, senão, vejamos:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. EMENTA: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. OFENSA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS (ART. 5º, CAPUT E INCISOS XXII E XXIV, CF). CLÁUSULAS PÉTREAS. PODER PÚBLICO QUE NÃO ESTÁ IMUNE À CONSTITUIÇÃO. PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. ART. 100, CF. NORMA QUE NÃO É ABSOLUTA. PRECATÓRIO REQUISITÓRIO. PRERROGATIVA AFASTADA. RECURSO PROVIDO. Ao suplantar o dever constitucional de agir de acordo com a legalidade e privar o cidadão de seus bens sem o devido processo legal, o Município deve ser despojado de uma de suas prerrogativas, qual seja, o privilégio de pagar os débitos judiciais de forma distinta, pois é inadmissível que a violação dos mandamentos constitucionais seja muito mais vantajosa ao Poder Público do que o seu cumprimento. - A aplicação do art. 100 não é absoluta, devendo ser excepcionalmente afastada no caso dos autos para dar lugar à imediata materialização dos arts. 5º e 182, § 3º, CF, bem como para reprimir o ente municipal violador da Carta Magna.

Em decisão recente, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (GOIÁS, 2017) se põe no mesmo sentido. Vejamos a seguir:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO. OBSERVÂNCIA AO ART. 5º, XXIV, CF. RECURSO *SECUNDUM EVENTUM LITIS*. DESPROVIMENTO. I O agravo de instrumento é recurso *secundum eventum litis*, ficando seu conhecimento restrito ao conteúdo da decisão agravada, seu acerto ou desacerto. II – Para a concessão de tutela de urgência, revela-se necessária a satisfação dos pressupostos enunciados no art. 300 do CPC/2015: a probabilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), além da inexistência do perigo da irreversibilidade. III – Na desapropriação indireta o pagamento em dinheiro constitui garantia constitucional alinhada no art. 5º, XXIV da carta republicana, inadmissível o pagamento na forma de precatório, sob pena de subverter o referido preceito constitucional, além de tratar de forma desiguais situações que se direcionam ao mesmo objetivo, qual seja, garantir ao expropriado

o recebimento prévio do valor que lhe é devido. IV – Agravo de instrumento desprovido.

Em contrapartida às decisões que fixam o regime de precatório, é de se pensar que rebatendo o argumento da organização orçamentária para pagamento da indenização, o Estado, ao verificar a necessidade da desapropriação, só deverá iniciá-la quando tiver previsão concreta de pagamento por meio de uma profunda análise no bem com a fixação do valor justo a ser pago.

De importante relevância para o estudo, cabe ressaltar o julgamento da ADI 2.332. A ação teve início em 18 de maio de 2000, quando a OAB buscou, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade contra dispositivos inseridos pela Medida Provisória 2.027-43/2000 e demais reedições, que alterou o Decreto-Lei 3.365/1941, mais especificamente o art. 15-A, que se refere à imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, até mesmo para fins de reforma agrária – e os parágrafos do art. 27, pois, em seus textos, limitava o pagamento de juros compensatórios em desapropriações em até 6% ao ano e definia sua base de cálculo sobre o valor da diferença entre o preço ofertado pelo Estado em juízo e o valor fixado na sentença; condicionava os juros compensatórios a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário e à comprovação de que os graus de utilização da terra (GUT) e eficiência na exploração (GEE) não fossem iguais a zero; limitava a retroação do pagamento no tempo e os honorários advocatícios a um teto nominal fixo, devendo ser estabilizados entre 0,5% e 5% do valor da diferença, não podendo os honorários ultrapassar o valor de R\$ 151.000,00 (na época da edição da Medida Provisória).

Em 5 de setembro de 2001, o STF, em julgamento liminar, deferiu em parte o pedido, suspendendo a eficácia da expressão “de até 6 por cento ao ano”, ou seja, removendo a limitação do alcance dos juros compensatórios (voltando ao entendimento anterior fixado na Súmula 618 do STF, publicada em 1984, que previa percentual de 12% ao ano para os juros compensatórios), e suspendeu o teto fixado de honorários, porém manteve os percentuais mínimos e máximos. A partir da prolação da decisão, os órgãos jurisdicionais começaram a se posicionar de modo a observar o entendimento provisório proferido pelo STF.

Após quase 18 anos de ajuizada a ação, em 17 de maio de 2018, o mérito da ADI foi julgado, apresentando uma leve mudança no tocante à liminar decidida anteriormente, em que foi definida a constitucionalidade da aplicação dos juros compensatórios de 6%, alegando-se plena consonância com as aplicações que existem no mercado financeiro, sendo considerada inconstitucional a expressão “até”. A base de cálculo foi mantida conforme prevista no art. 15-A

do Decreto-Lei 3.365/1941, incidindo juros compensatórios sobre a diferença entre 80% do preço ofertado pelo Estado e o valor indenizatório fixado na sentença judicial. O estabelecimento do teto de honorários advocatícios previsto no § 1º do art. 27 também foi considerado inconstitucional.

Após divergências, consideram-se constitucionais as restrições à incidência dos juros compensatórios do art. 15-A, § 1º (quando não houver comprovação de efetiva perda de renda pelo proprietário com a imissão provisória na posse) e do art. 15-A, § 2º (quando o imóvel tiver grau de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero). Prevaleceu o entendimento de que a previsão dos juros compensatórios tem fundamento somente quando demonstrada a efetiva perda de renda sofrida pelo proprietário do bem desapropriado.

Vejamos o constante do acórdão:

Decisão: O Tribunal julgou parcialmente procedente a ação direta para: i) por maioria, e nos termos do voto do Relator, reconhecer a constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse de seu bem, declarando a inconstitucionalidade do vocábulo “até”, e interpretar conforme a Constituição o caput do art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo art. 1º da Medida Provisória n. 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, de maneira a incidir juros compensatórios sobre a diferença entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo pelo ente público e o valor do bem fixado na sentença, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido, no ponto, em maior extensão; ii) por maioria, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux e Celso de Melo, declarar a constitucionalidade do § 1º e do § 2º do art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41; iii) por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, declarar a constitucionalidade do § 3º do art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41; iv) por maioria, e nos termos do voto do Relator, declarar a inconstitucionalidade do § 4º do art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, vencido o Ministro Marco Aurélio; v) por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, declarar a constitucionalidade da estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios previstos no § 1º do art. 27 o Decreto-Lei 3.365/41 e declarar a inconstitucionalidade da expressão “não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um

mil reais)”. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, em face de participação, na qualidade de representante do Supremo Tribunal Federal, no VIII Fórum Jurídico Internacional de São Petersburgo, a realizar-se na Rússia. Falaram: pelo requerente, o Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior; e, pelo Presidente da República, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 17.5.2018.

Essa decisão, em razão de todo seu conteúdo, poderá ser objeto de várias discussões sobre o controle de constitucionalidade, o que não tem relação com presente artigo. Porém, nesse ponto, não veio a ser debatida a questão sobre os efeitos dessa decisão no tempo, ou seja, se a eficácia seria aplicada desde a data da decisão liminar proferida em 2001 ou somente a partir da decisão de julgamento do mérito. É com base nessa decisão que podemos fazer correlação com este trabalho, tendo como objeto a (in)compatibilidade do regime de precatórios nas ações expropriatórias. No caso da ADI apresentada, verificou-se uma grande demora de resposta por parte do Tribunal Superior e da decisão de mérito; há, no momento, uma divergência de entendimentos de sua eficácia e sua aplicabilidade.

A questão é que, na prática, as ações expropriatórias, na maioria das vezes, em razão de o conflito ser levado ao judiciário, tem uma demanda morosa em decorrência de suas peculiaridades e de seu procedimento, pela indenização ao particular demorar para se concretizar (perícia judicial, necessidade de definição de juros compensatórios, necessidade de demonstração da efetiva perda de renda pelo proprietário com a imissão provisória na posse e/ou comprovação de que o imóvel tenha grau de utilização da terra e de eficiência na exploração não iguais a zero).

Marco Túlio Reis Magalhães cita, brilhantemente, a ressalva de Alexandre de Moraes nos fundamentos da ADI:

O ministro Alexandre de Moraes também ressaltou que os cenários econômicos (à época da Súmula 618/STF e à época da edição da MP em análise) eram totalmente diversos e que a manutenção da cautelar, quanto ao percentual de juros aplicado, seria a transformação “da justa indenização para uma injusta indenização, mas em relação ao Poder Público”, inclusive com o fomento de um mercado paralelo (uma verdadeira indústria) de vendas de bens desapropriados e precatórios com alto deságio, favorecendo aqueles que jogam contra o tempo (MORAES apud MAGALHÃES, 2019).

Portanto, no tocante às desapropriações, mesmo que a indenização se faça de

maneira prévia e justa, o efetivo recebimento, diante das diversas peculiaridades de modo cautelar que se encontram nesse procedimento de um processo lento e, também, por causa da morosidade do judiciário decorrente do grande volume de demandas, somente se concretizará após um grande decurso do tempo. Isso nos leva a crer que a adoção do regime de precatórios nessas demandas traria um prejuízo ainda maior ao particular quando de um prolongamento exacerbado, dada a realidade prática dos precatórios.

2.3 Da repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário 922.144/MG

Diante da incontroversa existente entre uma indenização prévia e a adoção do regime de precatórios para pagamento, o STF, em seu Recurso Extraordinário sob o número 922.144, ainda pendente de julgamento, reconheceu a repercussão geral da incontroversa, reconhecimento feito pelo ministro Luís Roberto Barroso. A processo originário de desapropriação promovida pelo município de Juiz de Fora foi fixado pelo juízo de primeiro grau, o valor da indenização que seria efetuado, respeitando o regime de precatórios. Ambas as partes apelaram, mas o TJ/MG manteve a sentença. As partes opuseram embargos de declaração, que foram rejeitados mantendo-se, portanto, a decisão e o entendimento da adoção do regime de precatórios nas ações expropriatórias. O particular interpôs, então, recursos especial e extraordinário, e o município apenas recurso especial adesivo. No STJ, as pretensões recursais foram rejeitadas, ficando pendente, portanto, apenas o recurso extraordinário, reconhecida a repercussão geral, como podemos demonstrar:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. GARANTIA DE JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE PRECATÓRIOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se e como a justa e prévia indenização em dinheiro assegurada pelo art. 5º, XXIV, da CRFB/1988 se compatibiliza com o regime de precatórios instituído no art. 100 da Carta. 2. Repercussão geral reconhecida. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 922.144 (MINAS GERAIS, 2015).

Para bem demonstrar a grande importância dada ao tempo, cabe ressaltar o fragmento do despacho que reconheceu a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 922.144/MG:

[...] Deixar de ser proprietário de um imóvel significa, muitas vezes, perder todo ou quase todo o patrimônio acumulado ao longo de uma vida, colocando em risco, muitas vezes, a própria subsistência do particular. Por outro lado, o regime de precatórios é essencial para a organização financeira do Estado. Exceções a ele devem ser vistas com bastante cautela, haja vista o potencial efeito desestabilizador das contas públicas (MINAS GERAIS, 2015).

O parágrafo supraexposto demonstra os dois interesses ressaltados por trás da indenização justa, prévia e em dinheiro para as desapropriações: a intervenção na propriedade em prol da sociedade, respeitando a dignidade garantida constitucionalmente do expropriado e a organização diante dos custos ao Erário.

Portanto, diante da controvérsia e a necessidade da uniformização do entendimento no que diz respeito à forma de pagamento das indenizações nos casos concretos, espera-se que a jurisprudência da corte suprema, nesta nova oportunidade de análise do tema, realize o sopesamento das normas constitucionais em conflito e decida da maneira mais justa possível, buscando demonstrar qual regra prevalecerá ante as situações enfrentadas, procedendo à uniformização do tema.

Considerações finais

Conforme descrito no início deste trabalho, o direito de propriedade é garantido constitucionalmente, contudo o próprio texto estabelece que a propriedade deve atender a sua função social, uma vez que o Estado, para alcançar seus objetivos e assegurar a função social da propriedade, muitas das vezes, necessita intervir na propriedade privada.

Uma das modalidades de intervenção estatal é a desapropriação, que deve ter como base e fundamento a necessidade ou a utilidade pública ou o interesse social, como descrito constitucionalmente.

Após a efetiva desapropriação, haverá a transferência de um bem privado ou público (transferência aqui de um grau inferior ao superior) ao domínio estatal, mediante pagamento de indenização justa, prévia e, em regra, em dinheiro.

Posto isso, depois de demonstradas a utilidade e a necessidade pública ou de interesse social do poder público, este, por meio desse instituto, efetuará compulsoriamente a transferência da propriedade a seu patrimônio sempre observando o procedimento adequado previsto em nossa legislação, bem como realizará o efetivo pagamento de indenização como forma de equilíbrio entre o Estado e o particular, este último, que, diante da submissão ao interesse público, teve a perda de sua propriedade.

Tal procedimento expropriatório e supressivo praticado em confronto com o direito de propriedade pode-se desencadear de um modo amigável por meio da esfera administrativa ou quando não houver acordo entre as partes. Pratica-se esse procedimento pela via judicial de modo a auferir o *quantum* indenizatório, ou seja, na esfera judicial. Quando esta for necessária, o magistrado além de observar os requisitos que compõem o procedimento, procederá à demanda apenas para determinar o valor da indenização a ser paga ao particular, já que diante da supremacia do interesse público sobre o privado, será realizada a desapropriação de maneira compulsória.

Depois de fixado o valor indenizatório a ser pago ao particular pela perda da propriedade, restam demonstrados a repartição doutrinária e os entendimentos superiores divergentes sobre como deverá ser realizado o pagamento da justa indenização.

Isso se dá porque a Constituição Federal (BRASIL, 1988) descreve que os pagamentos devidos pelo poder público em virtude de sentença judiciária – que é o caso do valor fixado decorrente de desapropriação judicial –, deverão obedecer a uma ordem cronológica de quitação, que constitui o regime de precatórios. Nesse regime, na prática, o que se percebe é que tal prazo não é observado, fazendo a demora incorrer em prejuízo ao particular diante da efetivação do ato supressivo do Estado.

Portanto, o que realmente justifica a divisão de entendimentos doutrinário e jurisprudencial, objeto principal deste artigo, reside no fato de que o pagamento da justa indenização decorrente da desapropriação judicial pela sistemática dos precatórios, seria incompatível com a norma constitucional de que, com respeito à indenização explicitamente prevista, deverá ser efetivada de maneira prévia, ou seja, antes da efetiva transferência da propriedade do bem ao poder público.

A legislação complementar em que se define o procedimento expropriatório também traz a possibilidade da imissão provisória da posse do bem desapropriado no início do processo judicial. Desse modo, entende-se que essa possibilidade seria incompatível com o procedimento drástico demonstrado na desapropriação, em razão de estar previsto no texto constitucional a procedência do pagamento da indenização de maneira prévia. Ou seja, como o expropriado já foi desapropriado do bem pretendido, o pagamento da eventual diferença encontrada entre o valor depositado para fins de imissão provisória na posse e o montante fixado na sentença que declarou o valor da justa indenização não poderiam seguir o rito de precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal, em teoria, por não ser um regime que adota uma maneira prévia de ressarcimento e, na prática, por demonstrar atraso no procedimento.

Há, portanto, uma nítida divergência judiciária na adoção da maneira como deverá ser realizada a indenização ao particular afetado pela intervenção Estatal na propriedade. No que diz respeito a essa divergência, o Egrégio Superior Tribunal Federal de relatoria do ministro Roberto Barroso, ainda pendente de análise pelo plenário, porém com repercussão geral reconhecida, nos termos do Recurso Extraordinário n. 922144/MG, reconheceu a grande importância do tema, sua relevância e sua repercussão geral constitucional suscitada (MINAS GERAIS, 2015).

É de suma importância demonstrar a introdução do direito de propriedade como status de direito fundamental, mas que, ao mesmo tempo e brilhantemente apresentado, diante de sua definição não tem uma condição absoluta, atrelada ao atendimento da função social e submetida ao interesse público quando devidamente demonstrada, ensejando, assim, o ato expropriatório.

Por fim, ao apresentar o instituto da desapropriação e a importância da indenização no procedimento, busca-se demonstrar os entendimentos jurisprudenciais e superiores sobre o tema, objeto deste trabalho, observando sua relevância que até mesmo teve sua repercussão geral reconhecida no Superior Tribunal Federal.

Referências

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública*. Brasília, DF: 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação*. Brasília, DF: 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4132.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal*. Brasília, DF: 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências*. Brasília, DF: 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 427.761/GO, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe: 30 maio 2008. Brasília, DF: 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4887634>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 739454/GO. AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 20 nov. 2013. Brasília, DF: 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24259951/recurso-extraordinario-re-739454-go-stf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento: 06208428520158060000 CE 0620842-85.2015.8.06.0000. Relator Des. Washington Luís Bezerra de Araújo, 3ª Câmara Direito Público. DEJ: 31 out. 2016. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/401083496/agravo-de-instrumento-ai-6208428520158060000-ce-0620842-8520158060000/inteiro-teor-401083511?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CRETELLA JR., J. *Elementos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DI PIETRO, M. S. Z. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOIÁS. Tribunal de Justiça/GO. Agravo de Instrumento n. 526688423.2017.8.09.0000, Rel. Des. Eudécio Machado Fagundes, 3ª Câmara Cível. Julgado em: 5 out. 2017. DJe: 5 out. 2017. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712285142/agravo-de-instrumento-cpc-ai-3076481720188090000/inteiro-teor-712285143>. Acesso em: 13 nov. 2019.

GOMES, O. *Direitos Reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense.

LÔBO, P. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2016

MARINELA, F. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZA, A. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDAUAR, O. *Direito administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MINAS GERAIS. Supremos Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 922144/

MG. Relator Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 29 out. 2015. Data da Publicação: DJe 16 nov. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4864567>. Acesso em: 13 nov. 2019.

MINAS GERAIS. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 598678/MG. AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe: 18 dez. 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5350052/recurso-extraordinario-re-598678-mg-stf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça/PR. AI: 13829559/PR. 1382955-9 (Acórdão). Relator Des. Carlos Mansur Arida. Data de Julgamento: 27 out. 2015, 5ª Câmara Cível. DEJ: 17 nov. 2015. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/257226709/agravo-de-instrumento-ai-13829559-pr-1382955-9-acordao>. Acesso em: 13 nov. 2019.

PISCITELLI, T. *Direito Financeiro Esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Gen. Método, 2012.

MAGALHÃES, M. T. R. *Equilibrando tempo, usura e justa indenização na decisão da ADI 2.332*. Portal CONJUR – Consultor Jurídico. 27 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-27/observatorio-constitucional-equilibrando-tempo-usura-justa-indenizacao-adi-2332>. Acesso em: 29 out. 2019.

TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. *A garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, v. 6, n. 6, p. 101-119, jun. 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24705>. Acesso em: 10 out. 2019.

EDUCAÇÃO EM GÊNERO E DIVERSIDADE SEXUAL E LGBTIFOBIA NAS ESCOLAS: DESCONSTRUÇÃO DO *BULLYING* AO CRIME

Antônio Rodrigues Neto¹

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

Marco Antônio Carrasco²

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

Artigo recebido em: 22/10/2019.

Artigo aceito em: 14/11/2019.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo demonstrar de que maneira a Educação em Gênero e Diversidade Sexual pode servir ao enfrentamento do *bullying* escolar contra pessoas LGBTI, considerando a possibilidade de penalização das práticas LGBTIfóbicas, a partir de Decisão do STF que associou a discriminação com base em gênero e sexualidade ao racismo. Desse modo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental e aplicando o método dedutivo, analisou-se o *bullying* enquanto ofensa

a Direitos Humanos, seus impactos para a formação da cidadania e o respeito à diferença. Como resultados, observa-se que a criminalização, por si só, não promove a inclusão, sendo necessário rever causas estruturais do problema antes que seja praticado o crime. A escola é o espaço ideal para isso.

Palavras-chave: *bullying*; criminalização da LGBTIfobia; educação em gênero e diversidade sexual.

1 Mestre em Direitos Humanos pela UFMS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8402-7267>/e-mail: antonio.neceto@gmail.com

2 Graduando em Direito pela UFMS. E-mail: marco.antonio.carrasco@hotmail.com

*GENDER AND SEXUAL DIVERSITY EDUCATION AND
LGBTIPHOBIA IN SCHOOLS: BULLYING DECONSTRUC-
TION TO CRIME*

Abstract

This article aims to demonstrate how Gender and Sexual Diversity Education can serve to confront school bullying against LGBTI people, considering the possibility of penalizing LGBTIphobic practices, based on a Supreme Court's decision that associated gender and sexuality discrimination with racism. Thus, from bibliographic and documentary research and applying the deductive method, bullying as an offense to human rights, its impacts on citizenship

formation and respect for difference were analyzed. As a result, it is observed that criminalization by itself does not promote inclusion, and it is necessary to review structural causes of the problem before the crime is committed. School is the ideal place for this.

Keywords: *bullying; criminalization of LGBTIphobia; gender and sexual diversity education.*

Introdução

Entender de que maneira as questões da identidade, especialmente aquelas constituídas sobre o gênero e a sexualidade, interferem no nível de participação social dos indivíduos tem sido um desafio ao Direito. Enquanto elementos inerentes à personalidade humana e, portanto, com inevitáveis reflexos jurídicos, a construção social do gênero (BUTLER, 2003, p. 25) e as inúmeras possibilidades de manifestação desse gênero e da sexualidade no tecido social apresentam uma abstração conceitual e prática que causa estranheza ao mundo das leis. Em razão disso, a luta por direitos e inclusão das minorias sexuais é um fenômeno global e tema de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2016).

Se, por um lado, o preâmbulo constitucional (BRASIL, 1988) propõe que a Democracia brasileira se destine a assegurar, entre outros, o exercício da liberdade, bem-estar e igualdade entre seus cidadãos, para que assim se alicerce um Estado fraterno e sem preconceitos, quanto mais distante estiver do ideal masculino, hétero e cisnormativo (e, ainda, branco e de classe média ou classe alta), por outro, maiores as chances de que – em algum espaço público ou privado – um indivíduo seja limitado/tolhido em sua igualdade material (BAHIA, 2017, p. 35). Ainda que haja a previsão de igualdade material e formal entre todas as pessoas, como compreender as diferenças a ponto de neutralizar/eliminar desigualdades?

A (re)existência de mulheres e pessoas LGBTI, portanto, especialmente quando interseccionalizada a recortes étnico-raciais, de classe econômica e condições físicas e mentais, está associada, cada qual a seu modo, à restrição de dignidade humana, supressão de garantias fundamentais e do acesso a espaços e direitos (MOREIRA, 2017a, p. 147), entre os quais se destacam a negação ou limitação ao direito de escolarização, de acesso e reconhecimento profissional nos ambientes de trabalho, de segurança, de domínio sobre o próprio corpo, de respeito ao nome e identidade, etc.

No Brasil, têm sido recorrentes as discussões públicas geradas a partir dos índices de violência, da luta pela feminina por sua emancipação e do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de casos envolvendo a tutela de direitos a pessoas LGBTI³. No que se refere especificamente às decisões da Corte Superior, o entendimento constitucional hodiernamente construído equipara as relações entre pessoas de mesmo sexo à relação de união estável (BRASIL, 2011), permite que transexuais alterem o prenome e o sexo do registro civil sem a necessidade de

3 Opta-se pela utilização da sigla LGBTI para definir o movimento de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros (travestis e transexuais) e Intersexos, por ser aquela utilizada pelas Nações Unidas no Brasil (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 2019). Todavia, reconhece-se a existência – e relevância – de outras variações da sigla, que objetivam englobar todos que sofrem discriminação em razão de sua orientação sexual ou da forma como manifestam/reconhecem seu gênero.

cirurgia ou laudo médico (BRASIL, 2018) e que o crime de racismo seja aplicado em casos de atos atentatórios a direitos fundamentais de pessoas LGBTI (BRASIL, 2019).

A *criminalização da LGBTIfobia*⁴, como ficou conhecida a decisão que reconheceu a omissão inconstitucional legislativa pela não criminalização dos atos de homofobia e transfobia (BRASIL, 2019), ainda que simbolize a expansão da tutela estatal sobre pessoas LGBTI no Brasil, expõe inquietações jurídicas⁵ que justificam a presente pesquisa: a primeira, de cunho legal, refere-se à possibilidade de revogação da proteção conquistada em caso de elaboração de lei com entendimento contrário; a segunda, de cunho socioeducativo, questiona se a mera criminalização, por si só, tem o condão de superar as causas estruturais que levam à manutenção da cultura LGBTIfóbica, a qual está presente até mesmo nas instituições estatais, sendo, para tanto, necessário ainda que concepções mais humanas e inclusivas sobre o gênero e a sexualidade sejam assimiladas pela sociedade para, então, transformá-la.

A educação, nesse sentido, desponta como instrumental poderoso na transformação cultural do gênero e da sexualidade, uma vez que à escola foi dada a função de formar para a cidadania (BRASIL, 1988), de modo que todos os educandos devem, além de capacitar-se científica e tecnicamente, aprender a desempenhar papéis na qualidade de atores públicos e privados, reconhecer-se como sujeito de direitos e respeitar regras indispensáveis à vida em coletividade. Além disso, a sala de aula é onde o estudante deve encontrar meios para alcançar seu desenvolvimento pleno (BRASIL, 1988), formando sua identidade e conquistando sua consciência e autonomia.

Considerando que, em uma perspectiva sociológica, as disputas envolvendo o gênero e a sexualidade são marcadas por relações de poder e resistência⁶, resultando em diferentes níveis de integração social, bem como a lentidão do processo de desconstrução de estigmas e de superação das desigualdades que norteiam o assunto, ensinar o respeito à diferença na escola, assim é expandir o sentimento de pertença à tutela de um ordenamento jurídico no qual qualquer pessoa – independentemente do gênero ou da orientação sexual – tenha direitos e deveres e reconheça a si mesma e seu próximo em sua dignidade.

4 É essencial que a dominação androcêntrica e cisgênero seja repensada em todos os espaços e, principalmente, dentro das pautas do Movimento LGBTI. Para melhor desenvolvimento textual, opta-se pela substituição dos termos "homofobia" e "transfobia" e utilização do termo "LGBTIfobia", sem intenção de comparar ou generalizar os conceitos, mas como mecanismo de inclusão das diferentes ofensas a Direitos Humanos que perpassa a existência dessas pessoas.

5 Para Piovesan (2016, p. 416), "Incorporar a perspectiva de gênero na doutrina jurídica brasileira impõe, sobretudo, o desafio de mudança de paradigmas. Esse desafio aponta a necessidade de introjetar novos valores e uma nova visão de Direito, de sociedade e de mundo. Traduz também a necessidade de inclusão de grande parte da população mundial e da inclusão de seu modo de perceber e compreender a realidade".

6 Nesse sentido, reconhece Foucault (1995, p. 248) que "[...] não há relação de poder sem resistência, sem escapatória ou fuga, sem inversão eventual; toda relação de poder implica, pelo menos de modo virtual, uma estratégia de luta".

Nesse sentido, a abordagem da diferença na escola (seja ela de gênero, sexualidade, características étnico-raciais, de classe econômica ou de condições físicas e mentais) (PEREIRA; VARELA; SILVEIRA, 2015, p. 1491), portanto, torna-se mecanismo de expansão da cidadania, pois consagra o “direito a ter direitos” citado por Arendt (2012, p. 403), marco teórico empregado na discussão.

O *bullying* entre alunos, por sua vez, além de representar um problema pedagógico que demanda atenção de todo corpo escolar, da família, do poder público e da sociedade em geral, é violência psicológica (e, em alguns casos, física) fundada em discriminações estruturais que hierarquizam a diferença desde a escola e que necessitam ser revisitadas sob uma perspectiva de Educação em Direitos Humanos.

Diante da recente criminalização das práticas LGBTIfóbicas pelo STF, este artigo – que integra parte de pesquisa de Mestrado beneficiada com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Nível Superior – Brasil (CAPES) em 2018 – objetiva demonstrar a importância da educação sobre as temáticas de gênero e diversidade sexual, aqui denominada Educação em Gênero e Diversidade Sexual, para a promoção do respeito às diferenças desde a escola, enfrentando práticas discriminatórias como o *bullying* e outros tipos de violência, na busca por integração social, acesso a espaço e a direitos: à cidadania (ARENDR, 2012, p. 403) para todos, considerando que a norma punitiva que condena o crime, sozinha, pode não ter força suficiente para alterar a cultura LGBTIfóbica historicamente construída.

Para tanto, o material de caráter descritivo, bibliográfico e documental, fundamenta-se no seguinte problema de pesquisa: qual a contribuição da Educação em Gênero e Diversidade Sexual para o enfrentamento do *bullying* nas escolas e promoção da mudança social sobre o gênero e a diversidade perante a criminalização da LGBTIfobia?

O texto está fragmentado em três segmentos. Inicialmente, ocupa-se em discutir a importância do direito à igualdade pela diferença (SANTOS, 2003, p. 56) para a conquista da cidadania, a fim de que seja possível, em um segundo momento, a análise qualitativa dos efeitos do *bullying* LGBTIfóbico em uma perspectiva de Direitos Humanos: seja na construção das identidades dissidentes, seja na efetivação de uma sociedade baseada na promoção da igualdade de oportunidades e de integração e acesso ao espaço público, consolidando o respeito à diversidade e uma cultura democrática e cidadã (BRASIL, 2007a, p. 11). Por fim, aborda-se a Educação em Gênero e Diversidade Sexual, na qualidade de educação em Direitos Humanos, como alternativa de enfrentamento das práticas discriminatórias na escola e suas possíveis consequências, sob a perspectiva de criminalização da LGBTIfobia.

Como primeiros resultados da pesquisa, constata-se que a Educação em Gênero e Diversidade Sexual nas escolas, por vezes tida como política educacional ideológica e subversiva, ao contrário da criminalização que não tem o condão de alterar a cultura LGBTIfóbica, poderia, a partir do diálogo e difusão de informações acerca das múltiplas manifestações de gênero e sexualidade, reconhecer identidades muitas vezes dissidentes, buscar a igualdade entre os gêneros, desconstruindo estereótipos e dando autonomia ao gênero feminino; enfrentar cultura do estupro e da violência contra a mulher, do abuso infantil e da gravidez precoce; combater a LGBTIfobia; rever privilégios; e, de fato, incluir minorias.

Destaca-se que pesquisa tem por fim propor reflexões interdisciplinares⁷ sobre o gênero e a sexualidade em interface com o Direito e a Educação, reunindo informações que possibilitem futuros estudos acerca do tema, bem como ressaltar a importância da criação de ações e políticas públicas por parte dos órgãos públicos, que defrontem práticas discriminatórias nos ambientes escolares, considerando ser este, também, um dos propósitos da Educação em Direitos Humanos.

1 Cidadania e igualdade pela diferença

De acordo com Piovesan (2016, p. 534-535), o discurso jurídico da cidadania em uma perspectiva de Direitos Humanos sempre esteve relacionado aos valores de igualdade e liberdade. Nas primeiras Declarações, redigidas com base no discurso liberal da cidadania e em resistência à opressão do período, predominaram previsões acerca de direitos civis e políticos (direitos de liberdade) e a ausência de intervenção estatal. A partir do advento do discurso social da cidadania, influenciado pela concepção marxista-leninista e objetivando eliminar a exploração econômica e incentivar as prestações estatais, surgem os direitos sociais, econômicos e culturais (direitos de igualdade).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), por sua vez, inova ao combinar tanto direito civis e políticos (arts. 3º a 21), quanto direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28) e estabelecer a ideia de que os Direitos Humanos são universais e inerentes à dignidade humana (AGNU, 1948). A concepção contemporânea da cidadania, portanto, além de combinar direitos de liberdade e de igualdade, universalizando-os, ainda é integrada pelo “processo de especificação do sujeito” (PIOVESAN, 2016, p. 536). Sobre esse novo componente que foi incorporado à compreensão jurídica da cidadania, observa-se que:

⁷ Direito e Educação, nessa perspectiva, necessitam ser combinados para que se solidifiquem valores de Direitos Humanos e novas condutas capazes de superar diferentes discriminações sejam assumidas pelos cidadãos desde a escola.

A partir dele, o sujeito de direito deixa de ser visto em sua abstração e generalidade e passa a ser concebido em sua concretude, em suas especificidades e peculiaridades. Daí falar-se na tutela jurídica dos direitos das mulheres, crianças, grupos raciais minoritários, refugiados, etc., isto é, aponta-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, com base em categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc. (PIOVESAN, 2016, p. 536).

Nessa perspectiva, o alcance da cidadania plena deve contemplar, simultaneamente, acesso ao direito de liberdade, de igualdade e de ter respeitadas as características que individualizam e diferenciam quem você é: a cor de sua pele, sua deficiência física e mental, o gênero que você reconhece para si e expressa, o nome que prefere, por quem você se atrai afetiva e sexualmente, sua condição de estrangeiro, sua idade etc. Cidadania, assim, envolve o acesso a direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e de diferença, razão pela qual sua vinculação às discussões jurídicas e políticas são constantes e a atuação estatal é essencial para que ela se efetive.

Arendt (2012, p. 403) sintetiza essa interpretação como o “direito a ter direitos”, o direito de cada pessoa de estar integrada e ter acesso ao espaço público de um Estado que beneficia seus cidadãos com direitos, enquanto exige o cumprimento de obrigações. Nesse sentido, Lafer (1988, p. 22) explora:

A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.

Essa relação entre liberdade, igualdade e diferença é sintetizada por Santos (2003, p. 51) ao abordar a questão da desigualdade:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Ao destacar a necessidade de reconhecimento da diferença para, a partir dela, não produzir e/ou reproduzir desigualdades, Santos (2003) apresenta um modelo de igualdade que está vinculado ao direito de ser diferente, o direito de desviar dos

padrões naturalizados e tidos como normais. Essa valorização da diferença supera a ideia de que a igualdade do Estado é medida por um denominador comum que percebe todas as pessoas de maneira genérica e sem qualquer distinção, correspondendo à concepção contemporânea de cidadania de Piovesan (2016).

Com o intuito de se alcançar a integração social a partir da efetivação da cidadania plena (que reconhece e respeita as diferenças), a garantia da inclusão das pessoas que são lesadas em direito ou dignidade em razão de ser diferente, nos mais diversos espaços públicos e privados. A cidadania acontece quando a diferença – como elemento identitário – é respeitada nos ambientes educacional, laboral, social, cultural, econômico, político, permitindo o acesso a espaços públicos e ao convívio social e fortalecendo a liberdade de ir e vir de e ser quem se é. Promover o respeito à diversidade é indispensável à consagração dos Direitos Humanos, pois possibilita a “[...] atuação do ser humano como um agente autônomo” (MOREIRA, 2017b, p. 242).

No que se refere especificamente à diversidade de gênero e sexualidade, a fim de consagrar o direito à não discriminação, os Princípios de *Yogyakarta*, importante documento internacional que versa sobre a aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à identidade de gênero e orientação sexual, prevê que:

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante a lei e a proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações. A discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo (sic) ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico (BRASIL, 2007b, p. 12-13, grifo nosso).

Já no Brasil, além inexistência de produções legislativas que tutelem direitos a pessoas LGBTI, pela análise dos índices de violência contra essa população no país⁸, percebe-se que a não observância ao respeito às diferenças tem acarretado na manutenção de ameaças ou violações a Direitos Humanos contra indivíduos que são percebidos hierarquicamente como inferiores pela sociedade brasileira em razão do gênero que expressam e reconhecem para si (identidade) e da orientação sexual (comportamento afetivo e sexual) que adotam. Pessoas LGBTI têm mais dificuldade de integração ao meio social e, no caso das travestis, por exemplo, pode afirmar-se que há um interesse social em sua completa marginalização.

Considerando que, conforme pontua Butler (2003, p. 25), o gênero é uma construção social, é preciso destacar que a cultura hétero e cisnormativa, massivamente difundida, também se apresenta como óbice à não discriminação e ao respeito às diferenças, pois abarca, em conjunto com a normalidade, apenas condutas não desviantes do padrão heterossexual, binário e cisgênero. Sobre esse controle da sexualidade e padronização do gênero, Balestrin (2018, p. 22) destaca:

Numa lógica binária do sexo, gênero e sexualidade, um corpo de homem deverá, necessariamente, constituir-se enquanto um corpo masculino e, para seguir a norma, deverá desejar outro corpo do sexo oposto e feminino. Da mesma forma, o corpo de mulher deverá ser feminino e desejar outro corpo masculino. Esta é a chamada heteronormatividade – uma norma que opera na direção de uma “heterossexualidade compulsória”. Essa norma faz crer que a heterossexualidade é a forma mais natural, normal e saudável de viver a sexualidade. Quando um sujeito foge a essa norma, ele é tido como desviante, anormal, doente, incompleto, imaturo.

Como consequência disso, o indivíduo que sofre discriminação acaba sendo privado de acessar espaços e gozar direitos, ou seja, de alcançar sua cidadania plena. Com isso, perde também a democracia, considerando que a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, garante a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade, como direitos fundamentais, vedando, ainda, qualquer forma de discriminação (BRASIL, 1988).

Assim, o que se busca com o respeito às diferenças, na verdade, é alcançar a liberdade e igualdade como direitos, mas também garantir o desenvolvimento identitário de cada indivíduo, para que todas as pessoas, sem distinção, sejam

8 No que se refere à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, os dados de violência contra a comunidade LGBTI constataam que no Brasil morreram 445 pessoas, em 2017, vítimas da homotransfobia: 387 assassinatos e 58 suicídios. Um aumento de 30% em relação a 2016, quando foram registradas 343 mortes, segundo o Grupo Gay da Bahia (GGB, 2018).

integradas ao convívio social e possam ocupar os espaços a que têm direito, superando eventuais processos de exclusão. No que se refere às pessoas LGBTI, é preciso desconstruir estigmas e normas criadas sobre o gênero e a sexualidade, a ponto de incluir todas as pessoas do modo como elas são e garantir-lhes a vivência plena de sua cidadania.

2 *Bullying* contra alunos LGBTI na escola: um problema de cidadania?

Como explorado no item anterior, a discriminação contra pessoas LGBTI, além de limitar as liberdades individuais, também prejudica a integração social e o respeito às diferenças, uma vez que os indivíduos afetados pela imposição forçada de um padrão hétero e cisnormativo, recorrentes vítimas de discriminação⁹, em quase a totalidade dos espaços que convive, têm ameaçados seu pleno desenvolvimento e, também, a conquista de suas cidadanias (ARENDDT, 2012, p. 403).

Verificando-se a relação entre LGBTIfobia e ambiente escolar, constitucionalmente (BRASIL, 1988) estabeleceu-se que a educação brasileira será promovida “[...] visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Com isso, a fim de que sejam consagrados os preceitos constitucionais supramencionados, especialmente acerca da obrigação de formar para a cidadania e possibilitar o pleno desenvolvimento na escola, é necessário que o ambiente escolar seja, simultaneamente, libertador, igualitário e aberto à diferença. É o que também postula o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH):

O Estado brasileiro tem como princípio a afirmação dos direitos humanos como universais, indivisíveis e interdependentes e, para sua efetivação, todas as políticas públicas devem considerá-los na perspectiva da construção de uma sociedade baseada na promoção da igualdade de oportunidades e da equidade, no respeito à diversidade e na consolidação de uma cultura democrática e cidadã (BRASIL, 2007a, p. 11).

Em igual sentido, as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2013, p. 11) dispõem que:

Para que seja consolidada, a Educação em Direitos Humanos necessita da participação dos profissionais do ensino, da sociedade

⁹ Moreira (2017a, p. 21) observa que a discriminação tem uma dimensão coletiva, que demanda a atuação de um grupo (majoritário) em prejuízo de outro (minoritário), socialmente percebido como inferior e ocorrerá quando, embora sem intenção de ferir alguma norma jurídica, houver algum tipo de prejuízo ao *status* cultural e *status* material de uma pessoa (MOREIRA, 2017a, p. 196-197).

civil, dos agentes e representantes políticos. A ED trabalha com orientação de crianças, jovens e adultos para que assumam suas responsabilidades enquanto cidadãos, promovendo o respeito entre as pessoas e suas diferenças, fazendo com que reconheçam seus direitos e defendam os direitos dos outros.

A diferença está presente na escola, sejam elas instituições públicas ou privadas; federais, estaduais ou municipais; localizada nos grandes centros ou voltada a atender longínquas comunidades no meio rural. A diferença está presente porque é nela que se fundamenta a identidade. E a negação da identidade é a inviabilização do ser. Quando uma identidade não é aceita em razão de determinada diferença, inicia-se o processo social de exclusão, estimulado pelo interesse coletivo de invisibilização, dominação ou eliminação dessa diferença.

Na escola, a reação mais comum de ataque à diferença é o *bullying*. De acordo com Pereira, Varela e Silveira (2015, p. 1491): “O *bullying* é uma palavra originária do inglês – sem tradução equivalente no Brasil – cuja denominação reflete um conjunto de comportamentos antissociais, agressivos e reiterados com o intuito de maltratar, oprimir e humilhar determinada pessoa ou um grupo de pessoas.”

Quando o *bullying* se torna ferramenta para a LGBTIfobia nas escolas, inicia-se um processo de mecanização da opressão à diferença, reforçando homofobia¹⁰, transfobia¹¹ e a discriminação a qualquer desvio do padrão hétero e cisnormativo. A violência psicológica e mesmo física contra pessoas LGBTI é evidenciada por sentimentos de baixa estima, medo, ansiedade, vingança e a perda dos estímulos para frequentar o ambiente escolar, interagir com colegas, perguntar e expor pensamentos em sala de aula, ocasionando a diminuição do ou mesmo a evasão escolar.

Desse modo, o PNEDH traz como meta para a Educação em Direitos Humanos, entre outras:

[...] 9. fomentar a inclusão, no currículo escolar, das temáticas relativas a gênero, identidade de gênero, raça e etnia, religião,

10 “A homofobia gera e está presente em insultos, ofensas e caricaturas sobre os papéis de gênero (por exemplo, de homens afeminados e mulheres masculinizadas), chegando até a violência física – letal em determinados casos – sofrida por gays e lésbicas e por travestis. As agressões homofóbicas produzem reiteradamente no indivíduo agredido e na sua comunidade de pares a inferiorização. Operam como injúrias que se inscrevem no corpo e na memória da pessoa, formando a personalidade do indivíduo e a consciência coletiva. [...] A homofobia não só afeta a quem manifesta uma expressão de gênero diferente da esperada – e de quem se suspeita ter um desejo desviado, portanto, perigoso – mas também a todos os meninos, meninas e jovens que sofrem o terror de serem acusados de homossexuais. A homofobia instaura um regime de controle da conduta sexual e de adaptação aos padrões de gênero dominantes, presente na formação de todas e todos” (BRASIL, 2009, p. 152).

11 Já a transfobia “[...] representa uma das expressões mais violentas e nocivas da hostilidade por preconceito sexual. Enquanto os homens e as mulheres homossexuais têm a possibilidade de manter sua orientação em segredo – o que é frequentemente vivido como uma condenação ao silêncio – no caso das travestis (e, em certa medida, dos e das transsexuais), acontece o inverso: pela sua expressão de gênero, elas estão permanentemente expostas a agressões” (BRASIL, 2009, p. 153).

orientação sexual, pessoas com deficiências, entre outros, bem como todas as formas de discriminação e violações de direitos, assegurando a formação continuada dos(as) trabalhadores(as) da educação para lidar criticamente com esses temas (BRASIL, 2007a, p. 33, grifo nosso).

Em que pese o reconhecimento da importância de incluir a abordagem das temáticas envolvendo recortes de gênero e diversidade sexual nos currículos escolares desde 2007, quando foi publicado do PNEDH (BRASIL, 2007a), a Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil, a fim de relatar as experiências de adolescentes e jovens lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais nos ambientes educacionais, constatou que:

[...] 73% foram agredidos/as verbalmente por causa de sua orientação sexual. 68% foram agredidos/as verbalmente na escola por causa de sua identidade/expressão de gênero. 27% dos/das estudantes LGBT foram agredidos/as fisicamente por causa de sua orientação sexual. 25% foram agredidos/as fisicamente na escola por causa de sua identidade/expressão de gênero. 56% dos/das estudantes LGBT foram assediados/as sexualmente na escola (ABGLT, 2016, p. 19).

Pereira, Normanton e Stempliuk (2018, p. 15) também apresentam dados sobre o perfil da discriminação entre os atores que interagem nos ambientes escolares:

De acordo com a pesquisa Preconceito e Discriminação no Ambiente Escolar, realizada pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas a pedido do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), 94,2% têm preconceito étnico-racial, 93,5% de gênero, 87,5% socioeconômico e 87,3% com relação à orientação sexual, entre outras percepções de preconceitos.

Nesse prisma, há que se destacar a importância do envolvimento dos agentes educacionais para a desnaturalização da inferiorização da diferença na escola, problematizando-a em vez de tolerá-la ou omitir-se diante dela, observando-se, sobretudo, que:

[...] a escola inclui e exclui de acordo com padrões fabricados de normalidade/anormalidade, competência/incompetência, aptidão/inaptação, elementos muitas vezes ancorados em dados

biológicos e/ou econômicos, como a cor da pele, o sexo e a classe a que pertencem.

A prática do *bullying* contra pessoas LGBTI tem causas estruturais que precisam ser problematizadas. Os agentes educacionais necessitam assimilar que, à parte dos prejuízos pedagógicos, a omissão institucional diante de atitudes humilhantes e discriminatórias com base em gênero e orientação sexual, contraria liberdades individuais e garantias constitucionais, direitos da criança e adolescente¹² e o caráter democrático da escola. A diferença, pelo contrário, poder servir convenientemente para ensinar e aprender, a partir da assimilação de novos conceitos e da troca de experiências relatadas por quem sofre por ser diferente. Nesse sentido, caminha Aguilera Urquiza (2016, p. 21, grifo nosso) ao afirmar que:

Nesse contexto de interação entre os diferentes, sejam eles indivíduos, grupos ou sociedades, um elemento fundamental é o processo educacional, espaço onde as gerações assumem, através da escola, o dinâmico processo de transmissão cultural e formação de novos elementos e padrões culturais. A escola é o espaço privilegiado para a desconstrução e construção de novas práticas culturais e identitárias. Advém desse papel privilegiado a aposta das políticas públicas sobre a diversidade, direitos humanos e outros, centrados no processo educacional. A educação torna-se, dessa forma, um Direito Humano fundamental. O acesso ou não a esse direito atua, ora como causa ora como consequência da pobreza e exclusão social.

A escola está intrinsecamente vinculada à conquista da cidadania por sua capacidade de gerar ao cidadão reflexões sobre privilégios e desigualdades, na qualidade de indivíduos inseridos em um meio social composto por diferenças, no qual todos têm o direito de fazer parte. A educação é capaz de proporcionar aos educandos a empatia necessária para conhecer uma dimensão maior do mosaico cultural-econômico-social-político-ambiental-histórico em que se vive e a importância de se respeitar a condição humana do outro, a identidade que o caracteriza como é, algo que não se pode deixar de ser sem negar a si mesmo. Todavia,

[...] um dos principais pontos de tensão no espaço escolar ainda é a visibilidade dos sujeitos que escapam das normas, promovendo a diversidade. Refiro-me, principalmente, a sujeitos que transitam pelas posições de feminilidade e masculinidade e aos sujeitos que

12 O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), dispõe que “é dever de todos velar pela dignidade da criança do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

experimentam os prazeres fora da sexualidade normativa, ou seja, da heterossexualidade (FRIEDERICHS, 2018, p. 71).

Por conta disso, é mister a intervenção do Estado Democrático, transformador da realidade social, para que introduza novas e eficazes conjunturas políticas a fim de transfigurar o atual panorama social e jurídico, voltando o olhar dos agentes públicos às ameaças e violações a Direitos Humanos perpetradas com base em LGBTIfobia, bem como eliminar o *bullying* discriminatório dos ambientes escolares (PEREIRA; VARELA; SILVEIRA, 2015, p. 1495).

3 Educação em gênero e diversidade sexual: uma alternativa de enfrentamento?

Além dos prejuízos à vítima, os efeitos do *bullying* com base em discriminação de gênero e orientação sexual podem atingir outros educandos quando passam a representar a naturalização da violência verbal, física e psicológica e levam à fixação de estigmas que reforçam a hierarquização entre identidades e comportamentos afetivos e sexuais. O *bullying*, quando vivenciado e não problematizado na escola, mantém a ideia de que pessoas LGBTI são naturalmente inferiores e que, por isso, é aceitável que sejam lesadas em direitos, marginalizadas de espaços e invisilizadas no convívio social, especialmente quando houver a combinação de outros recortes também inferiorizados nas relações entre diferenças.

Se é objetivo da escola preparar o cidadão que integrará a sociedade, quando o *bullying* se manifesta como LGBTIfobia em diferentes espaços públicos e privados, deixa de ser um problema exclusivamente educacional e passa a ser social. A relação intrínseca entre educação, família, sociedade e Estado trazida na Constituição (BRASIL, 1988) tornam necessários o envolvimento de diferentes instituições e a movimentação da máquina pública para a garantia de segurança e dignidade humana para pessoas LGBTI. Nesse sentido,

A escola é, portanto, influenciada pelos modos de pensar e de se relacionar da/na sociedade, ao mesmo tempo em que os influencia, contribuindo para suas transformações. Ao identificarmos o cenário de discriminações e preconceitos, vemos no espaço da escola as possibilidades de particular contribuição para alteração desse processo. A escola, por seus propósitos, pela obrigatoriedade legal e por abrigar distintas diversidades (de origem, de gênero, sexual, étnico-racial, cultural etc.), torna-se responsável – juntamente com estudantes, familiares, comunidade, organizações governamentais e não governamentais – por construir caminhos

para a eliminação de preconceitos e de práticas discriminatórias. Educar para a valorização da diversidade não é, portanto, tarefa apenas daqueles/as que fazem parte do cotidiano da escola; é responsabilidade de toda a sociedade e do Estado (BRASIL, 2009, p. 31).

A ordem pública, todavia, tem posicionado as questões de gênero e diversidade sexual como conteúdos políticos de esquerda, e não de Direitos Humanos; com intenções subversivas, impulsionadas por uma “Ideologia de Gênero” que teria sido especialmente criada para destruir a instituição familiar e ameaçar a moralidade estatal. Balthazar (2018, p. 157), sobre esse ponto, destaca que:

No cenário contemporâneo, observamos um recrudescimento de um fascismo micropolítico, mobilizado por um grande número de indivíduos que, no limite, são incapazes de se abrir à relação com o outro e à possibilidade de, nessa mesma relação, ser mobilizados a pensar diferentemente do que se é. Com efeito, o fascismo que habita os corpos dos indivíduos tem ganhado, em nossos dias, uma envergadura molar, mobilizando e mobilizado por figuras políticas que exercem, no âmbito da política estatal, uma série de entraves à conquista de direitos de diversos setores da sociedade. A escola se tornou, em meio a esse cenário, um espaço de disputa, em que a vocalidade política de minorias de gênero e sexuais – até há pouco vista já como estabelecida – se vê, novamente, ameaçada por uma expansão dos discursos de ódio.

Ainda que haja a previsão de conteúdos envolvendo o gênero e a sexualidade entre as metas e os objetivos do Plano Nacional de Educação (PNE) vigente (BRASIL, 2014) e nos Parâmetros Curriculares Nacionais para 1ª a 4ª séries (BRASIL, 1997) e Parâmetros Curriculares Nacionais para 5ª a 8ª séries (BRASIL, 1998), em que são tratados como temas transversais¹³, a abordagem do gênero na escola é assunto polêmico. Sobre o assunto, Rodrigues Neto, Nozu e Rocha (2019, p. 90) destacam:

A escola, a partir disso, foi inserida na disputa antagônica entre discussões consideradas ora mais conservadoras, ora mais

13 De acordo com os Parâmetros Curriculares Nacionais, “O compromisso com a construção da cidadania pede necessariamente uma prática educacional voltada para a compreensão da realidade social e dos direitos e responsabilidades em relação à vida pessoal e coletiva e a afirmação do princípio da participação política. Nessa perspectiva é que foram incorporadas como Temas Transversais as questões da Ética, da Pluralidade Cultural, do Meio Ambiente, da Saúde, da Orientação Sexual e do Trabalho e Consumo. Amplos o bastante para traduzir preocupações da sociedade brasileira de hoje, os Temas Transversais correspondem a questões importantes, urgentes e presentes sob várias formas na vida cotidiana. O desafio que se apresenta para as escolas é o de abrirem-se para o seu debate” (BRASIL, 1998).

progressistas. No que se refere especificamente a gênero e diversidade, desde a aprovação do Plano Nacional de Educação em 2014 (PNE), e da supressão das expressões “gênero” e “orientação sexual” da versão final do documento, começam a aparecer indícios de uma tendência política e social de silenciamento dessas temáticas.

A Educação em Gênero e Diversidade Sexual, em contrapartida, enquanto espécie da Educação em Direitos Humanos, propõe tornar o espaço escolar um espaço mais democrático e inclusivo, no que se refere às múltiplas expressões de gênero e diversidade sexual, considerando que:

A escola precisa estar sempre preparada para apresentar não uma verdade absoluta, mas sim uma reflexão que possibilite aos alunos e às alunas compreenderem as implicações éticas e políticas de diferentes posições sobre o tema e construir sua própria opinião nesse debate. A ideia de que educação não é doutrinação talvez valha aqui mais do que em qualquer outro campo, pois estaremos lidando com valores sociais muito arraigados e fundamentais (BRASIL, 2009, p. 14).

Assim, a difusão das informações sobre sexualidade, construções/expressões de gênero e diversidade sexual, respeitados os critérios pedagógicos¹⁴ e etários recomendados, é alternativa para ensinar o respeito às diferenças que convivem no espaço escolar. Para Louro (2000, p. 31):

[...] na escola, pela afirmação ou pelo silenciamento, nos espaços reconhecidos e públicos ou nos cantos escondidos e privados, é exercida uma pedagogia da sexualidade, legitimando determinadas identidades e práticas sexuais, reprimindo e marginalizando outras.

No mesmo sentido, o PNEDH (2007, p. 22) estabelece que as políticas públicas para Direitos Humanos devem estar focadas em atingir:

a) o incremento da sensibilidade e da consciência sobre os assuntos globais por parte de cidadãos(ãs) comuns; b) a institucionalização de um padrão mínimo de comportamento nacional e internacional dos Estados, com mecanismos de monitoramento, pressão e sanção; c) a adoção do princípio de empoderamento

¹⁴ Importante frisar que o presente artigo analisa o tema pelo viés jurídico, não discutindo o mérito pedagógico acerca do papel e dos meios que as escolas dispõem para a tratativa dos temas de gênero e diversidade sexual nas salas de aula. Contudo, reconhece-se a relevância do debate, a fim de que as limitações estruturais e profissionais sejam suscitadas e de que estratégias educacionais possam ser, conjuntamente, delineadas em vista desse propósito.

em benefício de categorias historicamente vulneráveis (mulheres, negros(as), povos indígenas, idosos(as), pessoas com deficiência, grupos raciais e étnicos, gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, entre outros); d) a reorganização da sociedade civil transnacional, a partir da qual redes de ativistas lançam ações coletivas de defesa dos direitos humanos (campanhas, informações, alianças, pressões etc.), visando acionar Estados, organizações internacionais, corporações econômicas globais e diferentes grupos responsáveis pelas violações de direitos.

Desse modo, educar em gênero e diversidade sexual para o enfrentamento, entre outros, do *bullying* LGBTIfóbico possibilita que se olhe:

[...] a diferença sem ter a necessidade de enquadrá-la em classificações binárias e em escalas hierárquicas que atribuem valores aos corpos conforme a cor da pele, o sexo anatômico, a posição de gênero assumida, a sexualidade experimentada. Apenas assim poderemos trabalhar para combater as desigualdades e quaisquer outras formas de discriminação, visibilizando (e não hierarquizando) as diferenças na escola (FRIEDERICHS, 2018, p. 71).

Além disso, considerando que a prática do *bullying* homofóbico, muitas vezes, é vista como natural e é aceita pelos próprios educadores e demais agentes educacionais, é preciso elaborar estratégias de formação continuada que envolva toda a equipe técnica. Nessa perspectiva, Lins, Machado e Escoura (2016, p. 76) afirmam que:

[...] a formação continuada de professoras/es, gestoras/es e toda a equipe técnica deve estar voltada para a percepção das questões de gênero. Em se tratando de práticas naturalizadas em nosso cotidiano, é importante que muita e energia e esforço contínuo sejam despendidos no questionamento de nossas ações e preconceitos, visando construir uma escola mais acolhedora.

E, prosseguem:

A educação, se comprometida com a igualdade social e a inclusão, pode vir a ser um caminho privilegiado para a emancipação. Por esse motivo, profissionais da educação têm um lugar privilegiado de mudança social, quando engajados na transformação de preconceitos e discriminações. São eles que nos educam nas mais diversas formas de conhecimento: com letras, palavras, números, histórias, afetos e valores (LINS; MACHADO; ESCOURA, 2016, p. 102).

Pensar o espaço escolar como ferramenta para o enfrentamento à raiz de diferentes problemas econômicos e sociais é pensar a educação também como determinante para a integração social. Em função disso, a escola deve ser democrática no acesso, uma vez que *é* para todos; nas fontes de conhecimento, privilegiando diferentes opiniões e áreas do saber; e em sua postura institucional, sempre pautada no diálogo, inclusão e respeito.

Diante da criminalização da LGBTIfobia pelo STF (BRASIL, 2019),

Faz-se necessário combinar proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. [...] O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação (PIOVESAN, 2016, p. 339).

Com isso, percebe-se que a Educação em Gênero e Diversidade Sexual pode vir a ser uma alternativa de enfrentamento a inúmeras práticas de intolerância que ocorrem no ambiente escolar, perpetradas com base em discriminação de gênero e diversidade sexual, tornando-se capaz de alcançar a transformação cultural que a criminalização da LGBTIfobia, por si só, não consegue atingir.

Não há que se olvidar também que, em que pese o recorte do presente material abordar especificamente o *bullying* contra pessoas LGBTI – em razão de uma possível penalização caso haja o enquadrado como LGBTIfobia – a misoginia, as epidemias de doenças sexualmente transmissíveis, gestações não planejadas, discriminações por características econômicas, étnico-raciais e sobre condições físicas e mentais, etc. são alguns outros exemplos de problemas escolares causados pela deficiência de informação e naturalização de processos opressores da diferença.

Conclusão

A consolidação da Democracia, a partir da perspectiva do gênero e da sexualidade, necessita expandir os índices de inserção social e promover o respeito às diferenças em todas as instituições e os diferentes atores públicos e privados que compõem o tecido social. Cidadania, nessa perspectiva, é o ter direitos (ARENDT,

2012, p. 403), está amparada sobre direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais e se constrói a partir do processo de particularização do sujeito portador desses direitos, respeitando as características que compõem sua individualidade (PIOVESAN, 2016, p. 536).

A prática do *bullying* discriminatório com base em gênero e orientação sexual nos ambientes escolares é óbice à formação para a cidadania, um dos objetivos traçados para a educação brasileira (BRASIL, 1988). Na perspectiva da vítima, significa ofensa a sua identidade e liberdade sexual (não necessariamente combinadas), ocasionando prejuízos ao desenvolvimento pleno (educacional, cognitivo, social, em curto prazo; e de cunho econômico, laboral, cultural e político, em médio prazo). Na perspectiva do ofensor e dos alunos que se testemunham a discriminação, há a naturalização da violência e aceitação da dominação como algo naturalmente estabelecido, uma vez que as causas estruturais que hierarquizam a diferença deixam de ser apropriadamente problematizadas.

A Educação em Gênero e Diversidade Sexual nas escolas, por vezes tida como política educacional polêmica e subversiva, pode servir como alternativa de enfrentamento da cultura LGBTIfóbica que se faz presente em diferentes espaços, mas especialmente na escola. No local onde a diferença é conteúdo vivo, capaz de ensinar e aprender, o diálogo e difusão de informações acerca das múltiplas manifestações de gênero e da sexualidade pode expandir sensação de pertencimento, de dignidade e de cidadania para pessoas LGBTI que estejam em situação de vulnerabilidade em termos de Direitos Humanos.

Além disso, há que se destacar que o período escolar é quando o Estado atua mais ativamente para definir o modelo de cidadão que se quer formar e preparar à interação entre o coletivo social. Ao ensinar sobre o respeito à diferença desde o início da vida escolar, além de superar o *bullying* LGBTIfóbico, revendo as causas estruturais da discriminação, a escola pode ensinar como (con)viver respeitosa-mente com a diferença.

O *bullying* contra pessoas LGBTI, por sua vez, necessita ser percebido e enfrentado como violação a diferentes Direitos Humanos, cujos reflexos perpassam diferentes âmbitos da vivência social do indivíduo, mas, sobretudo, lesam sobremaneira a percepção sobre a diferença. Sem a desconstrução sobre a percepção da diferença desde a escola, leis antidiscriminatórias não têm forças para gerar a inclusão. A Educação em Gênero e Diversidade Sexual, assim, pode servir como política compensatória (PIOVESAN, 2016, p. 339) impulsionar a transformação social necessária à integração social dessas pessoas.

Referências

ABGLT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil, 2016: as experiências de adolescentes e jovens lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais em nossos ambientes educacionais*. Curitiba: ABGLT, 2016. Disponível em: <http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2016/08/IAE-Brasil-Web-3-1.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

AGUILERA URQUIZA, A. H. Direitos humanos, cidadania e a diversidade cultural. In: AGUILERA URQUIZA, A. H. (org.). *Nascimento: os direitos humanos nas fronteiras (Brasil e Europa)*. Campo Grande: UFMS, 2016.

ANDRADE, S. S. Professor/a pesquisador/a: problematizando gênero e sexualidade na escola. In: SILVEIRA, C. et al. (org.). *Educação em gênero e diversidade*. 2. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2018. p. 43-54. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/186154?fbclid=IwAR1KPx6qX5qrT1Nha86MYbE13KUx6eOalgrlpR_8IFILT_KzfLtd4V7DNM. Acesso em: 10 out. 2019.

ARENDT, H. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

AGNU – ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

BAHIA, A. G. M. F. M. Discurso de ódio homo-transfóbico vs. liberdade de expressão: é o Direito Moderno capaz de incluir a pauta da diversidade? In: RAMOS, M. M.; NICOLI, P. A. G.; ALKMIN, G. C. (org.). *Gênero, sexualidade e direitos humanos: perspectivas multidisciplinares*. Belo Horizonte: Initia Via, 2017.

BALESTRIN, P. A. Introdução aos estudos de gênero e sexualidade em articulação com o campo da educação. In: SILVEIRA, C. et al. (org.). *Educação em gênero e diversidade*. 2. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2018. p. 11-28. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/186154?fbclid=IwAR1KPx-6qX5qrT1Nha86MYbE13KUx6eOalgrlpR_8IFILT_KzfLtd4V7DNM. Acesso em: 10 out. 2019.

BALTHAZAR, G. S. Em tempos fascistas, é preciso conversar com borboletas? In: SILVEIRA, C. et al. (org.). *Educação em gênero e diversidade*. 2. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2018. p. 143-160. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/186154?fbclid=IwAR1KPx6qX5qrT1Nha86MYbE13KUx6eOalgrlpR_8IFILT_KzfLtd4V7DNM.

pR_8IFILT_KzfLtd4V7DNM. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Parâmetros curriculares nacionais: apresentação dos temas transversais, ética* Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC/SEF, 1997. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro081.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Parâmetros curriculares nacionais: terceiro e quarto ciclos: apresentação dos temas transversais*. Brasília: MEC/SEF, 1998. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/ttransversais.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007a. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Princípios de Yogyakarta*. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. 2007b. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/es em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais*. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: SPM, 2009. Disponível em: http://estatico.cnpq.br/portal/premios/2014/ig/pdf/genero_diversidade_escola_2009.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais*. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR. Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva*. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF reafirma direito de transgêneros de alterar registro civil sem mudança de sexo*. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa*. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 10 out. 2019.

BUTLER, J. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

FRIEDERICHS, M. Educação para a igualdade e respeito à diversidade. In: SILVEIRA, C. et al. (org.). *Educação em gênero e diversidade*. 2. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2018. p. 71-86. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/186154?fbclid=IwAR1KPX-6qX5qrT1Nha86MYbE13KUx6eOalgrlpR_8IFILT_KzfLtd4V7DNM. Acesso em: 10 out. 2019.

FOUCAULT, M. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H; RABINOW, P. (org.). *Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 231-249.

GGB – GRUPO GAY DA BAHIA. *Mortes Violentas de LGBT no Brasil: relatório 2017*. Salvador, 2018. Disponível em: <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

LAFER, C. *A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LINS, B. A.; MACHADO, B. F.; ESCOURA, M. *Diferentes, não desiguais: a questão de gênero na escola*. São Paulo: Reviravolta: 2016.

LOURO, G. L. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, G. L. (org.). *O corpo educado*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 7-34.

MOREIRA, A. J. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento, 2017a.

MOREIRA, A. J. *Cidadania Sexual: estratégia para ações inclusivas*. Belo Horizonte: Arraes, 2017b.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. *LGBTI*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/tema/lgbti/>. Acesso em: 10 out. 2019.

PEREIRA, G. R.; VARELA, C. M.; SILVEIRA, G. P. O fenômeno do bullying homofóbico nas instituições de ensino: o direito à igualdade sexual e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação*,

Araraquara, v. 10, n. esp., 2015. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/8333>. Acesso em 10 out. 2019.

PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES NETO, A.; NOZU, W. C. S.; ROCHA, A. C. S. Direito à educação cidadã: reflexões sobre o Programa Escola Sem Partido. *Educação em Revista*, Marília, v. 20, p. 83-98, 2019. Disponível em: <http://revistas.marilia.unesp.br/index.php/educacaoemrevista/article/view/9374>. Acesso em: 23 out. 2019.

SANTOS, B. S. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NÃO É DISCURSO DE ÓDIO

Taciana Nogueira de Carvalho Pieroni¹
Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 18/08/2019.

Artigo aceito em: 21/10/2019.

Resumo

Este artigo aborda o direito de liberdade de expressão como direito fundamental exercido sob a égide do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O tema principal é a distinção entre liberdade de expressão e discurso de ódio. Condutas preconceituosas e discriminatórias não são direito de liberdade de expressão, muito

pelo contrário, são práticas atentatórias aos direitos fundamentais. O pluralismo não ampara tais condutas, uma vez que o Estado Democrático de Direito é pautado pela tolerância.

Palavras-chave: dignidade humana; discurso de ódio; liberdade de expressão.

FREEDOM OF SPEECH IS NOT HATE SPEECH

Abstract

This article outlines the right to freedom of expression as the fundamental right exercised under the aegis of the constitutional principle of Human Dignity. The main issue is the distinction between freedom of speech and hate speech. Prejudiced and discriminatory behavior cannot be considered as freedom of speech, on the

contrary, they are prejudicial practices to fundamental rights. The Pluralism cannot sustain such conducts, since the “State of Rights” is marked by tolerance.

Keywords: *freedom of expression; hate speech; tolerance.*

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professora universitária de cursos de graduação e pós-graduação nas áreas de Direito Constitucional e Direito Administrativo. E-mail: taciana.pieroni@gmail.com

Introdução

O presente artigo tem por escopo a distinção entre o direito de liberdade de expressão e os discursos de ódio, tendo por premissa uma abordagem do referido direito fundamental à luz de considerações sobre a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana – princípio fundamental e fundante da ordem constitucional pátria. A análise do tema passa por uma verificação da liberdade de expressão e sua alocação na primeira dimensão de direitos fundamentais, ao lado de outras liberdades, não menos importantes, para a consagração dos direitos fundamentais nos principais textos constitucionais do mundo ocidental contemporâneo.

A dignidade da pessoa humana é o princípio nuclear do ordenamento jurídico, o que o torna indissociável dos direitos fundamentais. A relação Dignidade, Direitos Fundamentais e Constituição é diretriz da conduta estatal e particular por ser a referência da instituição da ordem jurídica.

Não há unanimidade doutrinária acerca do número de gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Para Bonavides (2010), seriam cinco as dimensões, uma vez que o autor em comento defende o direito à paz como uma dimensão autônoma dos direitos fundamentais – a quinta dimensão.²

Sendo assim, a primeira dimensão de direitos fundamentais corresponde aos direitos de liberdade e aos direitos políticos e tem como referências as duas revoluções liberais burguesas. O direito de liberdade de expressão enquadra-se na primeira dimensão, ao lado de outras liberdades como a de locomoção, a de consciência e crença e a de reunião.

As características dos direitos fundamentais como a universalidade, historicidade, inalienabilidade, indivisibilidade e limitabilidade foram apresentadas neste trabalho, com o escopo de destacar a inconstitucionalidade da relação entre liberdade de expressão e discurso de ódio. Ora, se os direitos fundamentais são limitados, não há como confundir o exercício do direito de liberdade de expressão com a possibilidade do cometimento de ofensas e discriminações preconceituosas,

² A primeira geração de direitos humanos, como explicitado acima, surgiu ao lado do Estado Liberal pós-revoluções burguesas e teve como marcos a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, além da Constituição Estadunidense de 1787 (diplomas legais, como a Magna Carta Inglesa de 1215 e o *Bill of Rights*, de 1688, também são matrizes da primeira geração, tendo destaque as revoluções burguesas nesse reconhecimento por conta da reconção das referidas gerações por Vasak, em consonância com a marca predominante). Os direitos sociais, econômicos e culturais correspondem à segunda geração e foram explicitados pela primeira vez nas Constituições do México de 1917 e Weimar, de 1919, tendo como objetivo a perseguição da igualdade. A terceira geração é expressa pelos direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente, direito ao desenvolvimento e direito de comunicação, que tenderam a se cristalizar em fins do século XX. Para os seguidores da corrente defendida por Bonavides (2010), uma quarta geração de direitos fundamentais refere-se aos direitos à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo, sendo a globalização política na esfera da normatividade jurídica o marco introdutório desses direitos. Como já mencionado, Bonavides (2010) concebe a ideia de que o direito à paz se trasladou da terceira geração, esculpida por Vasak, para uma quinta dimensão autônoma de direitos fundamentais.

o que se evidenciou com a apresentação do princípio da unidade da Constituição.

Por fim, apresentou-se a repressão constitucional a qualquer forma de discriminação, com a demonstração de que não há nenhum embasamento em nome da liberdade de expressão que possibilite a ideia de práticas atentatórias à dignidade humana.

1 O direito de liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana

O direito de liberdade de expressão consagrado no texto da Constituição Pátria de 1988 está intrinsecamente associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, assim como todos os demais direitos fundamentais prescritos no referido diploma legal.

Na esfera jurídica, a primazia da pessoa com fundamento na dignidade configura-se como resposta à crise do Positivismo Jurídico, desencadeada pela derrota dos nazifascistas, uma vez que tais movimentos políticos e militares se ampararam na legalidade para promover os horrores do holocausto e difundir práticas de barbárie em nome da lei (PIOVESAN, 2003).

O desfecho da Segunda Guerra Mundial, que teve como uma das consequências o julgamento de Eichman, em Jerusalém, inspirou Hannah Arendt a cunhar a expressão “banalidade do mal”, com a finalidade de explicar o comportamento dos algozes do período bélico. Eles agiam indiferentemente a qualquer juízo ético, o que chama atenção para a necessidade irrefutável, sobretudo em razão de sua decretação pelas Nações Unidas, de impingir valores éticos aos ordenamentos jurídicos (PIOVESAN, 2003). A dignidade passa, então, a ser reivindicada como princípio e como cerne dos sistemas jurídicos.

Destaque-se o dispositivo da Carta Constitucional da República Alemã de 1949, que se tornou fonte inspiradora para outras constituições: “Art. 1º (proteção da dignidade da pessoa humana) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger” (SARLET, 2002, p. 26).

A dignidade da pessoa humana é o princípio-núcleo do ordenamento jurídico, sendo assim visceral e indissociável dos direitos fundamentais. É o que se pode denominar aspecto pragmático-constitucional – relação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana na ordem constitucional. Destarte, a tríade – Dignidade, Direitos Fundamentais e Constituição – é a diretriz da conduta estatal e particular, porquanto se trata do conjunto fundante da ordem jurídica como um todo.

Firma-se, então, a concepção de que os direitos fundamentais são a concretização da dignidade humana dentro da ordem constitucional; concretização evidenciada sob o aspecto de informadora de todo o ordenamento jurídico.

Essencial esclarecer que os direitos fundamentais alçados à condição de princípios constitucionais tornam-se essenciais na salvaguarda de um princípio maior³: o princípio da dignidade da pessoa humana.

A análise, portanto, do direito de liberdade de expressão, não pode ser dissociada da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o destaque desse princípio concebido como o centro normativo constitucional do texto de 1988.

2 A liberdade de expressão como direito de primeira dimensão e as características dos direitos fundamentais

Foi em 1979, durante conferência proferida pelo publicista francês Karel Vasak, em cursos do Instituto Internacional de Estrasburgo, que se estabeleceu o entendimento sobre o surgimento dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões (para se usar um termo mais aceito na atualidade) de acordo com determinado contexto histórico-político-social (BONAVIDES, 2010).

A primeira geração ou dimensão de direitos fundamentais corresponde aos direitos de liberdade: os direitos civis e políticos. São direitos oponíveis ou de resistência perante o Estado. Os marcos históricos são as Revoluções Francesa e Americana. A titularidade é atribuída sob a perspectiva individual, com destaque para liberdades de consciência e crença, de reunião e de liberdade de expressão, entre outras (BONAVIDES, 2010).

Além da importância da análise dos direitos fundamentais sob a visão da onda geracional ou dimensional, é de extrema relevância também a compreensão desses direitos sob a perspectiva das várias características que lhe são atribuídas. Podem ser destacadas as características da universalidade, da limitabilidade ou relatividade, da historicidade, da inalienabilidade e da constitucionalização.

A característica da universalidade relaciona-se à titularidade dos direitos fundamentais. Basta a qualidade de ser humano como condição suficiente para o exercício desses direitos, não de todos, pois certo é que existem determinadas peculiaridades que não permitem a generalização dessa característica para todos os direitos fundamentais indistintamente (MENDES; BRANCO, 2014).

3 A conclusão de que o princípio da dignidade da pessoa humana é um superprincípio não pode ser analisada sem considerações críticas. Tome-se como exemplo a edição do Ato Institucional n. 5 durante o período da Ditadura Militar e que se apresentava preliminarmente amparado na dignidade humana. Não é o caso de se "glamourizar" o princípio da dignidade, mas, tão somente, constatar que, de fato, a existência digna é o alicerce do ordenamento fundado sob a égide da Constituição de 1988. O AI 5 é um caso emblemático de justificação de retrocessos acerca das conquistas de direitos fundamentais, tendo a dignidade como base para o cometimento das mais absurdas violações a esses direitos, em uma clara deturpação do significado dessa condição intrínseca da natureza humana.

Sobre a historicidade, pode-se evidenciar que os direitos fundamentais são impulsionados por lutas. Não surgem, obviamente, todos simultaneamente e estão em processo evolutivo permanente a partir das demandas sociais contextualizadas em determinada época (MENDES; BRANCO, 2014). De acordo com Sarlet (2005, p. 27), o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais “é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, ressaltando, dentre outros aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais [...]”.

A inalienabilidade se coaduna com a perspectiva de que os direitos fundamentais são indisponíveis, estando calcada na dignidade da pessoa humana, já explanada em item anterior deste trabalho. Importante destacar que nem todos os direitos fundamentais apresentam essa característica. Destaque-se:

Uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana e esta se vincula à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, nem todos os direitos fundamentais possuiriam tal característica. Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto, seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica – sem a qual não há substrato físico para o conceito de dignidade – ou que intentem preservar as condições normais de saúde física e mental, bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa (SARLET, 2005, p. 145).

A constitucionalização dos direitos fundamentais relaciona-se a sua consagração em normas jurídicas. Essa característica explica a distinção entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais,⁴ uma vez que a primeira tem uma acepção de postulações proclamadas em diplomas internacionais e a segunda é reservada pela peculiaridade de positivação em diplomas normativos de cada Estado (SARLET, 2005).

A indivisibilidade dos direitos fundamentais estatui que os direitos fundamentais pertencem a um único sistema protetivo, no qual o exercício de um desses direitos pressupõe o exercício de outros, em uma verdadeira relação de interdependência.

Por último, a característica notadamente mais marcante é limitabilidade ou relatividade dos direitos fundamentais, não raras vezes objeto de incompreensão

⁴ Não será objeto de análise neste trabalho o aprofundamento na abordagem sobre a distinção dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais.

e controvérsias. Os direitos não são absolutos,⁵ são limitados. As limitações externas são necessárias para que se assegure o exercício de outros direitos, com vistas a conciliar as exigências da vida em sociedade, trasladadas na ordem pública, ética, autoridade do próprio Estado. De acordo com Carvalho (2009, p. 717), as restrições aos direitos fundamentais fixam-se em três funções:

A) função adequadora, em que a restrição de um deles serve para possibilitar que outros direitos se exerçam sem sobreposições, tendo a maior eficácia possível;

B) função dirimente, que tem lugar no contexto específico da colisão de direitos fundamentais, caracterizada pelo exercício conflitante por parte de dois ou mais titulares de direitos contrapostos, servindo a restrição de alguns deles para evitar a repetição desses conflitos no futuro, sem a necessidade de recorrer a ulteriores intervenções administrativas ou jurisdicionais;

C) função comunitária, que se liga à conjugação entre os direitos fundamentais e os bens ou interesses coletivos mercedores de tutela, sendo a restrição instrumento de garantia desses bens, interesses e valores comunitários que importa preservar.

A compreensão da relação intrínseca entre dignidade humana e direitos fundamentais, bem como das características presentes em tais direitos, é essencial neste trabalho para a abordagem mais específica do objeto principal de análise, que é a liberdade de expressão. Há uma deturpação no entendimento do significado e exercício do direito fundamental de liberdade de expressão, sob as vertentes constitucionais que o consagram, conforme previsão no art. 5º, IV, referente à liberdade de manifestação do pensamento, bem como do mesmo dispositivo, inc. IX, que assegura a liberdade de expressão da atividade artística, intelectual, científica e de comunicação.

Liberdade de expressão não se confunde com discurso de ódio, não é concessão de direito para achincalhar, humilhar ou discriminar. Situem-se os dispositivos constitucionais supramencionados:

Art. 5º garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

⁵ Merece destaque a aceção doutrinária majoritária: a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, o que justificaria a impossibilidade de limitações aos direitos de incolumidade física, que proíbem a escravização, a tortura e os tratamentos cruéis e degradantes.

IV- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato

[...]

IX- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (CARVALHO, 2009, p. 774).

A liberdade de expressão possibilita a exteriorização do que se pensa sobre os mais variados assuntos, garante a difusão de ideias, opiniões, visões de mundo, ideologia, assim como assegura aos meios de comunicação a possibilidade de efetuarem suas escolhas no mister de informar. Como corolário do Estado Democrático de Direito, a salvaguarda dessa liberdade, ao lado das outras liberdades individuais, é o esteio das mais variadas atividades artísticas, das diversas ciências, tanto as exatas quanto as biológicas, e inibe cerceamentos às revelações culturais folclóricas, indígenas e eruditas.

A democracia tem como pressuposto a liberdade de falar, escrever, cantar, dançar, demonstrar o experimento científico, pesquisar, expor pontos de vista e contrapor-se às convicções de outrem. A liberdade de expressão é como a patente registrada do regime democrático, posto que não há democracia sem voz para explanar e ser ouvida.

Como primeiro marco histórico de reconhecimento ao direito à liberdade de expressão aponta-se ato do Parlamento Inglês, datado de 1695, o qual vedava a censura. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão pós-Revolução Francesa assegurava a livre manifestação do pensamento, especificamente em seu art. 11.⁶ E não se pode olvidar a menção ao maior berço histórico ao direito de expressar-se livremente – a Constituição Estadunidense – com a consagração da liberdade de palavra e de imprensa na primeira emenda, datada de 1791.⁷ A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (ONU, 1948)⁸ também explicitou tal direito ao conferir a toda pessoa o direito à liberdade de pensamento e expressão (SCHREIBER, 2006).

Em síntese preliminar, a liberdade de expressão, em conjunto com os demais direitos fundamentais, tem como matriz referencial o princípio da dignidade da pessoa humana, com o qual se interliga diretamente e se edifica como direito intrínseco ao próprio regime democrático.

6 “Art. 11º – A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei” (DECLARAÇÃO..., 1789).

7 “Emenda 1 – O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”.

8 “Art. 18º – Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber, transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ONU, 1948).

Questão intrigante, porém, é a vertente caracterizadora dos direitos fundamentais como direitos limitados ou limitáveis. Como já exposto, a limitabilidade é a característica dos direitos fundamentais, que merece atenção especial. O próprio texto constitucional estabelece limites a serem observados no exercício do direito de expressar livremente ao contrapô-lo com a proibição do anonimato, ao salvaguardar o direito de resposta quando outros bens jurídicos também tutelados pela Constituição forem atingidos.

Sobre a possibilidade de limitações de ordem infraconstitucional, o destaque é para o art. 220 da Constituição, que promove a exclusão de toda e qualquer possibilidade de censura no exercício da liberdade de expressão e de outras liberdades – entendida como a impossibilidade de intervenção oficial prévia ou posterior. Outrossim, o mesmo dispositivo em apreço abre caminho para regulação de diversões e espetáculos, com indicações de faixas etárias, para restrições a propagandas de tabaco, bebidas alcoólicas e medicamentos, além de garantir meios legais para a impugnação de programações de rádios e televisões que possam ser nocivas ao meio ambiente e que não priorizem finalidades educativas, culturais, artísticas, informativas e de respeito a valores éticos e sociais da pessoa e da família.

3 Limites do direito de liberdade de expressão em caso de colisão com outros direitos fundamentais

O texto constitucional é uno e indivisível. Ao se partir para uma reflexão isolada de uma norma da Constituição sem uma reflexão sob o viés do princípio da unidade, provavelmente o intérprete vai se portar como um piloto suicida, posto que a escolha do legislador constituinte por uma sociedade plural importa em desafios interpretativos à luz de vários projetos que aglutinam grupos de indivíduos em uma convivência e em uma disputa social de planos múltiplos. Como ensinam Galuppo, Cruz e Sampaio (2004, p. 53-54):

Evidentemente, a defesa do pluralismo é uma característica do Estado Democrático de Direito, paradigma que a Constituição do Brasil prescreve não só como modelo de Estado, mas também como projeto para a sociedade. Podemos distinguir os três paradigmas do Estado Moderno, a saber, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito, dentre outros meios, pela maneira como tratam o pluralismo. O Estado Liberal pressupõe uma forma de organização social baseada no consenso radical e homogêneo entre os indivíduos que o compunham, desconfirmando, como irrelevante, o dissenso, e impondo um único

projeto, a saber, o projeto hegemônico daqueles que controlavam o poder central. O Estado Social, por sua vez, pressupunha que se, materialmente, existiam conflitos entre os projetos dos mais variados grupos sociais, era, no entanto, possível eliminar juridicamente estes conflitos, impondo-se um projeto “alternativo” e arbitrário que “corrigisse” as distorções produzidas pelo poder econômico e anulasse o próprio conflito. Ao contrário, o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea, e que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem se interferir na autoidentidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade.

O que se pode compreender com base nos ensinamentos retroapresentados é que uma sociedade plural é, por excelência, uma realidade na qual as escolhas individuais são variadas e com a convivência ao lado de conflitos inerentes a diversos posicionamentos e pontos de vista. A escolha do legislador constituinte de 1988 pelo pluralismo consiste na aceitação da heterogeneidade. A sobrevivência da sociedade pluralista está condicionada à tolerância. Dito de outra maneira, a busca pela homogeneidade era modelo inerente ao Estado Liberal, mas que não se enquadra no paradigma do Estado Democrático de Direito. Ao escolher a convivência com as diferentes maneiras de pensar e, por consequência, de expressar visões distintas e, até mesmo, divergentes, há que se consagrar a necessidade de limitações que possibilitem, sobretudo, a tolerância (GALUPPO; CRUZ; SAMPAIO, 2004).

Eis o grande imbróglio que envolve o exercício das liberdades democráticas, especialmente o direito de liberdade de expressão: respeito à sociedade plural, aceitação das diferenças sem ferir, distorcer, desrespeitar outros direitos fundamentais. O direito à não discriminação prescrito no art. 3º, IV, da Constituição Federal apregoa como objetivo fundamental do Estado Brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

A vedação a toda e qualquer discriminação como norma constitucional é o alicerce da declaração de que o Estado Democrático Brasileiro faz a opção pelo pluralismo, e a Constituição, ao mesmo tempo, assegura a todos o direito de se manifestarem livremente sob as mais variadas formas (artística, intelectual, cultural, científica), expressando opiniões e considerações sobre variados assuntos

e temas. Obviamente, portanto, não há uma autorização constitucional para a ofensa e a discriminação. Pelo contrário, confirmando o que já foi abordado, o texto constitucional só tem sentido se interpretado sob o comando do princípio da unidade.

Friedrich Muller defende o princípio da unidade da Constituição como solução para conflitos entre normas constitucionais. Explica o autor que “a ‘unidade da constituição’ enquanto visão orientadora (Leitbild) da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, a totalidade da constituição como um arcabouço de normas” (MÜLLER, 1999, p. 84). As tensões estão presentes e o intérprete deve procurar ajustar eventuais contradições como resultados parciais no processo da concretização, a fim de buscar um resultado harmônico. A Constituição, segundo ele, não aponta que procedimento deve ser adotado a fim de se perseguir a harmonia almejada pelo intérprete. O procedimento consiste nas possibilidades da interpretação sistemática, na inclusão dos aspectos sistemáticos da análise do âmbito da norma e, genericamente, em um procedimento adicional de interpretação harmonizadora com vistas a superar as antinomias surgidas (MÜLLER, 1999).

Tomando-se, portanto, o parâmetro do princípio da unidade da Constituição, fica evidente que ao intérprete não é possível optar por uma norma em detrimento de outra que, também e igualmente, seria aplicável na solução de um caso concreto, tendo em vista a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais principiológicas.

4 Liberdade de expressão não é discurso de ódio

Tendo por base os pontos supra-abordados, nos quais se constata que a Constituição Federal de 1988 opta pela aceitação das diferenças e estabelece a impossibilidade do consenso ao se firmar sob a égide da edificação da sociedade plural, pode-se avançar agora para o ponto nevrálgico deste trabalho: a análise do exercício da liberdade de expressão como escusa para a propagação de discursos de ódio, preconceito e discriminação contra diferentes pessoas e grupos. Claro que as minorias são sensivelmente mais atacadas pelo *hate speech* em relação às ditas maiorias. Em tempos de utilização do ciberespaço por meio de inúmeros instrumentos tecnológicos, como redes sociais e aplicativos de telefonia móvel, há maior vigor no acesso a informações e no exercício da liberdade de expressão.

Ora, em tempos antecedentes às redes de comunicação social pela internet, logo no surgimento da rede mundial de conexão de computadores, havia a possibilidade de divulgação de informações e notícias, via portais, *sites* e

comunicações restritas por e-mail. No contexto atual, porém, as opiniões emitidas no ciberespaço se alastram em frações de segundo, em dimensões nunca antes imagináveis.

O que causa espanto e indignação é a indevida e inadvertida utilização desses instrumentos para o exercício da liberdade de expressão sem o contraponto reflexivo sobre a possibilidade de abalo a outros direitos fundamentais, sobretudo o direito à não discriminação, o que afeta diretamente também o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – base e fundamento da ordem jurídica pátria fundada a partir da Lei Fundamental de 1988.

A liberdade de expressão tornou-se “direito curinga” para justificar absurdos, ofensas, impróprios e ataques covardes disparados contra pessoas e grupos que professam uma determinada religião ou que não professam nenhuma; contra pessoas com determinada orientação sexual; contra pessoas de determinada cor ou contra aqueles que não se enquadram nos padrões estéticos ditados pelo mercado da “moda e estilo”.

Haveria, assim, um abuso da liberdade de expressão em tempos de Pós-Modernidade? Haveria uma crise no exercício de direitos conquistados por meio de revoluções e movimentos de resistência a tiranias? Ou seria um grande exagero interpretar o uso de discursos de ódio como ameaças ao direito de liberdade de expressão?

A liberdade de expressão é alicerce do Estado Democrático de Direito, pressupõe o multiculturalismo e não se confunde com discursos de ódio. O ataque ofensivo às minorias e à intolerância são, na verdade, mecanismos de desconstrução do próprio Estado Democrático de Direito, que tem como pressuposto elementar a visão pluralista. Ao adotar o pluralismo como fundamento, a Constituição estabelece o respeito à liberdade de toda pessoa humana em pertencer a várias comunidades de ordem moral, cultural, espiritual, científica, intelectual e política. O princípio pluralista, no qual se baseia o texto constitucional, é, portanto, cerne indissociável do princípio democrático – base do Estado Democrático de Direito – e não admite o discurso fundado no ódio às diferenças de posicionamento e de concepções de vida em sociedade.

Não há respostas prontas e seguras acerca dos questionamentos propostos anteriormente, uma vez que muitos fenômenos atrelados à evolução tecnológica antes inexistente passaram a ser corriqueiros no dia a dia de milhões de pessoas e perpassam por múltiplos processos investigatórios de várias áreas do conhecimento científico. O Direito, como ciência sempre contextualizada, segue ou tenta seguir e acompanhar o curso do processo evolutivo das demais áreas do saber, tendo o propósito regulamentatório das relações sociais como seu escopo. É o que se deduz tendo por base o seguinte aresto:

No jusnaturalismo racionalista e secularizado que inspirou o constitucionalismo, os direitos humanos eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente. A sua positivação constitucional através de Declarações, que se inicia no século XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nela contemplados uma dimensão permanente e segura. Essa dimensão seria o dado de estabilidade, que serviria de contraste e tornaria aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço, do Direito Positivo dependente da vontade do legislador, em contextos localizados e variáveis. Essa variabilidade é explicável, pois o Direito no mundo moderno passou a ter a dinâmica de um instrumento de gestão de uma sociedade em mudança (LAFER, 2004, p. 57).

Condutas amparadas em preconceitos, que nada mais são do que prejulgamentos e generalizações irrefletidas, configuram visões distorcidas acerca do exercício dos direitos fundamentais. Aquele que se julga no direito de promover discriminações por entender que está em um patamar de superioridade não vê o outro como titular também dos mesmos direitos fundamentais. O não reconhecimento do outro aos mesmos direitos chama atenção para o problema de uma sociedade que deveria se pautar pelo pluralismo como condição de aceitação de múltiplos pontos de vista e das minorias. A convivência com as diferenças e com o dissenso é o eixo condutor do regime democrático.

O direito de liberdade de expressão, assim como qualquer outro direito fundamental, só é passível de limitações e restrições quando necessárias para uma adequação interpretativa nas rotas de colisão com outros direitos fundamentais, uma vez que, como já explicitado, não há hierarquia entre tais direitos. Escancarar ódio, preconceito e discriminação contra pessoas em situação de vulnerabilidade minoritária não é, nem nunca foi, o escopo protetivo da liberdade de expressão.

O direito que estabelece a liberdade de expressar, manifestar, opinar, expor... não acoberta discriminações atentatórias à dignidade humana. Há limites. Os limites são estabelecidos no próprio texto constitucional que o consagra, na legislação infraconstitucional, assim como são também albergados na interpretação realizada diante de casos concretos.

A primazia da tolerância, como característica intrínseca da sociedade plural, reflete na tipificação de condutas penais, o que obviamente também resvala na opção do ordenamento jurídico por cercear comportamentos percebidos sob os comandos de discursos de ódio. Acerca da tolerância como elemento de definição ou de indefinição de crimes na ordem penal, traz-se à baila a lição:

O legislador penal, no diálogo, *v.g.*, com a criminologia, detecta os valores mais expressivos da comunidade, que necessitam de intervenção penal, passando, pois, a criminalizar.

[...]

Já deixamos adiantado, portanto, que a tolerância terá reflexos sobre a

(A) política de criminalização e de descriminalização. Mas, também, podemos destacar, seguindo a esteira de Virgílio Latorre Latorre, outras categorias dogmáticas do direito penal que revelam a influência exercida pela tolerância. É o caso do (B) juízo que se faz da antijuridicidade, principalmente no que toca às categorias de excludentes de ilicitude e de punibilidade. E do (C) juízo de culpabilidade.

[...]

Disto podemos concluir que a tolerância, antes de representar um estado de passividade, projeta-se ativamente a partir das comunicações interpessoais para o plano da institucionalização, sendo capaz de gerar fenômenos jurídicos

Em conclusão, podemos dizer que: a) a tolerância não poderá ser absoluta ao ponto de permitir tudo, inclusive o intolerável, sob o risco de negar-se e desestabilizar a sociedade; b) não se confunde com a neutralidade, com a indiferença ou com a passividade; c) isto porque atua de forma ativa no mundo jurídico, legitimando direitos e mesmo criando-os; d) de forma que, neste processo, a tolerância assume um papel ambivalente: pois que o direito criado ou confirmado é, ao mesmo tempo, tolerante para com os fatos ou atos jurídicos permitidos e intolerante para com o seu desrespeito, impondo sistema de controles ou sanções (GUIMARÃES, 2001).

Há meios jurídicos à disposição de todos que tiverem seus direitos fundamentais aviltados por aqueles que, sob a forma equivocada de exercício do direito de liberdade de expressão, praticam condutas passíveis de sanção penal e/ou reparo no âmbito do Direito Civil.

Como exemplo do repúdio a práticas discriminatórias no ordenamento pátrio, merecem destaque os incs. XLI e XLIV do art. 5º da Lei Fundamental por determinarem que se estabeleça punição infraconstitucional a atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais e por considerar a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível.⁹ Para elucidar com mais precisão, são essenciais os entendimentos de José Afonso da Silva:

⁹ No ano de 1989, foi editada a lei 7.716, que determina: "Art. 1º- Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (CARVALHO, 2009).

Os incisos aqui considerados constituem garantias penais dos direitos fundamentais – incluindo o princípio democrático – consubstanciado no art. 1º. Protegem, especialmente, o direito de igualdade, configurado no caput do art. 5º

[...]

Em regra, toda discriminação é atentatória aos direitos fundamentais

[...]

A discriminação condenada é a que se funda num preconceito negativo em virtude do qual os membros de um grupo são tratados como seres não já diferentes, mas inferiores. É nesse sentido que a discriminação é de considerar-se atentatória a direito fundamental (SILVA, 2008, p. 139).

As ideologias discriminatórias e nocivas são repelidas pela Constituição. Não há nenhum respaldo, em nome da liberdade de pensamento, de expressão ou de convicções filosóficas ou científicas, bem como de manifestações artísticas que acatem ou admitam a ideia de domínio de uma determinada raça ou de outras práticas atentatórias à dignidade humana (SILVA, 2008).

As liberdades fundamentais até aqui merecedoras de análise e atenção especial não são positivadas como direitos constitucionais de aterrorizar e humilhar qualquer ser humano ou grupo a que pertença, mesmo tratando-se de posições minoritárias no cenário político-social. O princípio da igualdade, também escancarado na Lei Fundamental, formaliza o sentido de tratamento isonômico que deve ser obrigatoriamente concedido a todos, independentemente de gênero ou qualquer outra condição. O mesmo texto constitucional determina diferenciações que permitam apenas as chamadas discriminações positivas em verdadeiros comandos de observação pelo legislador infraconstitucional no dever de criar instrumentos que possibilitem a materialização da igualdade na prática. Para melhor entender:

A influência do princípio igualitário será profunda em qualquer sociedade que o aceite. A interpretação preferida da consideração igualitária influirá não só no projeto de todas as instituições fundamentais do governo, mas também nas decisões específicas tomadas por essas instituições (DWORKIN, 2002, p. 253).

Conclusão

A liberdade de expressão configura-se como direito fundamental ao lado de outras liberdades essenciais ao espectro condutor garantista da dignidade humana no Estado Democrático de Direito, fundado sob o prisma do pluralismo na Constituição de 1988.

Entre as várias características dos direitos fundamentais, pode-se destacar a limitabilidade, que pode ser entendida pelo afastamento da possibilidade de exercício desses direitos em caráter absoluto. Obviamente que as restrições impostas ao exercício desses direitos devem ser adequadas e necessárias, não sendo possível uma generalização limitativa.

O direito de liberdade de expressão não é, portanto, irrestrito, posto que seu exercício está vinculado à observância de outras normas constitucionais, em interpretações calcadas no princípio da unidade da Constituição.

Discursos de ódio que arraigam preconceitos e discriminações não estão amparados pela Lei Fundamental, não importa sobre qual assunto versem. Para ficar em único exemplo: o mesmo direito de liberdade de consciência e crença sustenta a possibilidade de se conviverem certezas tanto da existência quanto da não existência de um Ser Superior.

A sociedade plural é, por excelência, a sociedade heterogênea, marcada pelo dissenso. Só é possível o convívio harmônico sob a perspectiva pluralista mediante o hasteamento da bandeira da tolerância. Conclui-se que a liberdade de expressão não é aval para discursos de ódio e intolerância. Na era da Pós-Modernidade há novos instrumentos tecnológicos que permitem uma amplitude na forma de cada indivíduo expressar suas visões de mundo, suas ideologias, suas manifestações artísticas, intelectuais e científicas. As redes sociais deram ampla abertura para o exercício da liberdade de expressão, porém não há guarida para a disseminação de posicionamentos de intolerância, preconceitos e discriminações. Em tempos de *fake news* é importante realçar que o discurso de ódio importa em diminuição, humilhação e discriminação de grupos minoritários, o que fere a consagração do pluralismo como base de sustentação do regime democrático.

Não há licença para o ataque ofensivo e humilhante. A opinião divergente é o centro do dissenso pluralista e assim há de ser. A dissidência pluralista de ideias, sem o acatamento no mesmo patamar das variadas opções e argumentos, longe do engessamento ao enquadramento de posicionamentos majoritários, implica o exercício ao direito de liberdade de expressão e não concede licença para o discurso de ódio. A forma diferente de viver ou pensar não significa superioridade ou inferioridade de convicções estabelecidas por cada ser no exercício de sua

individualidade; significa apenas e simplesmente que as distinções que fazem cada ser único têm de ser toleradas e respeitadas e com amparo do ordenamento jurídico.

Por fim, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito é construído sob as bases fundamentais do pluralismo, o que pressupõe respeito e tolerância ao multiculturalismo, sendo inadmissível o discurso de ódio. Quando o discurso de ódio se confunde com o direito de liberdade de expressão, o próprio Estado Democrático de Direito é atacado.

Referências

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO, K. G. *Direito Constitucional*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. 26 de agosto de 1789. França. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 12 ago. 2019.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALUPPO, M. C.; CRUZ, A. S.; SAMPAIO, J. A. L. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GUIMARÃES, I. S. Tolerância: elemento de Intercorrência na Redefinição do Direito Penal. *Revista Jurídica da Unisul*, Tubarão, v. 2, n. 2, p. 69-84, 2001.

LAFER, C. O caso Ellwanger: antissemitismo como crime da prática do racismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr.-jun. 2004.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Max Limonad, 1999.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova York: ONU, 1948.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*.

In: LEITE, G. S. (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 180-193.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHREIBER, S. Colisão de Direitos Fundamentais: uma investigação sobre as consequências e formas de superação do confronto entre o direito a um julgamento justo e imparcial e a liberdade de expressão e informação. In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I. F.; NASCIMENTO FILHO, F. (Orgs.). *Os Princípios Constitucionais da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 289-308.

SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139.