

Direitos Fundamentais e a Perspectiva Interamericana da Democracia

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Ingo Wolfgang Sarlet
Mônia Clarissa Hennig Leal
Elena Cecilia Alvites Alvites
Gina Vidal Marcílio Pompeu
Orgs.



Editora Fundação Fênix

Direitos Fundamentais e a Perspectiva Interamericana da Democracia

é uma obra derivada das discussões realizadas durante a X Jornada de Direitos Fundamentais e Democracia, promovida pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (Red-IDD), em Vitória/ES, no mês de outubro de 2023. Reunindo contribuições de professores fundadores da Rede, o livro reflete o compromisso com a análise crítica e interdisciplinar dos desafios contemporâneos da democracia e dos direitos fundamentais. Entre os temas abordados, destacam-se inteligência artificial, justiça tributária, políticas públicas sustentáveis, proteção de grupos vulneráveis e o papel do *soft law* na proteção dos direitos humanos. Esta obra oferece uma visão profunda e abrangente sobre questões essenciais para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito nas Américas.



Editora Fundação Fênix



Direitos Fundamentais e a Perspectiva Interamericana da Democracia

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto – PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas – Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Maria D'Ávila Lopes – UNIFOR

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

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

Cláudia Lima Marques – UFRGS

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

Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento – UERJ

Daniel Wunder Hachem – PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero – UFRGS

Denise Pires Fincato – PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza – PUCRS

Eugênio Facchini Neto – PUCRS

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer – UniRio

Fabio Siebeneichler de Andrade – PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan – PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet – PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

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

Gisele Cittadino – PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra – Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna – PUCRS

Hermes Zaneti Jr

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

Conselho Editorial Internacional

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

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Ingo Wolfgang Sarlet

Mônia Clarissa Hennig Leal

Elena Cecilia Alvites Alvites

Gina Vidal Marcílio Pompeo

Organizadores

Direitos Fundamentais e a Perspectiva Interamericana da Democracia



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2024

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

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

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



Série Direito – 111

Dados internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D598 Direitos fundamentais e a perspectiva interamericana da democracia / organizadores Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, Ingo Wolfgang Sarlet, Mônia Clarissa Hennig Leal, Elena Cecilia Alvites Alvites, Gina Vidal Marcílio Pompeu – Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2024.

330 p.

Bibliografia

ISBN 978-65-5460-214-3 (e-book)

1. Direitos fundamentais. 2. Democracia. I. Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo. II. Sarlet, Ingo Wolfgang. III. Leal, Mônia Clarissa Hennig. IV. Alvites Alvites, Elena Cecilia. V. Pompeu, Gina Vidal Marcílio.

CDU-342.7:342.34

Ficha catalográfica elaborada por Ana Paula Galdino de Deus CRB 6/798

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786554602143>

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
<i>Os Organizadores</i>	
1. NOTAS SOBRE OS LIMITES DO COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS E A SEPARAÇÃO INFORMACIONAL DE PODERES NO BRASIL – A CONTRIBUIÇÃO DO STF	13
<i>Ingo Wolfgang Sarlet</i>	
<i>Gabrielle Bezerra Sales Sarlet</i>	
2. CONTRIBUIÇÕES DA BIOÉTICA LATINO-AMERICANA AMBIENTAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE AGROECOLOGIA E PRODUÇÃO ORGÂNICA (PNAPO): VETORES ÉTICOS PARA A TRANSIÇÃO DA AGRICULTURA TRADICIONAL PARA A AGROECOLÓGICA	31
<i>Elda Coelho de Azevedo Bussinguer</i>	
<i>Shayene Machado Salles</i>	
3. CONSTITUCIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ALGORITMOS	63
<i>César Landa Arroyo</i>	
4. DESPLAZADOS CLIMÁTICOS Y SOFT LAW COMO INSTRUMENTOS EFICACES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	91
<i>María Ignacia Sandoval Gallardo</i>	
5. STATUS ACTIVUS DIGITALIS: FUNDAMENTO PARA A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DA DEMOCRACIA E DA CIDADANIA DIGITAL	119
<i>Mônia Clarissa Hennig Leal</i>	
<i>Rosana Helena Maas</i>	
6. A INFLUÊNCIA DA OPINIÃO CONSULTIVA N° 23/17 DA CIDH PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA NATUREZA. DO ANTROPOCENTRISMO AO ECOCENTRISMO NA AMÉRICA LATINA	131
<i>Gina Vidal Marcilio Pompeu</i>	

7. LA DEMOCRACIA MATERIAL COMO INTERÉS ESENCIAL PROTEGIDO POR LOS DELITOS ELECTORALES	169
<i>Gonzalo Aguilar Cavallo</i>	
8. DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL SUSTENTÁVEL	195
<i>Carlos Luiz Strapazzon</i>	
9. REFORMA TRIBUTÁRIA, DESRESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA E FEDERAÇÃO: CONSIDERAÇÕES DE JUSTIÇA ACERCA DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO	227
<i>Natercia Sampaio Siqueira</i>	
<i>Marcelo Sampaio Siqueira</i>	
10. PRECEDENTES, ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA E MEDIAÇÃO NO BRASIL	247
<i>Bruno Meneses Lorenzetto</i>	
<i>William Soares Pugliese</i>	
11. A POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO: ARGUMENTOS ÉTICOS, MORAIS E PRAGMÁTICOS SOB UMA ÓTICA SISTÊMICA – ELEMENTOS DE VALORIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	263
<i>Suzéte da Silva Reis</i>	
<i>Gustavo Jaques</i>	
12. APÓS MAIS DE UMA DÉCADA, UM NOVO PARADIGMA ESTRUTURANTE: POR QUE AINDA FALAR EM JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE?	291
<i>Maria Valentina de Moraes</i>	
<i>Rosana Helena Maas</i>	
LISTA DOS AUTORES	309

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos a obra **Direitos Fundamentais e a Perspectiva Interamericana da Democracia**, que reúne 12 artigos de autoria de professores fundadores da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (Red-IDD). Essa coletânea reflete a maturidade e a profundidade das discussões realizadas no âmbito da Rede, reafirmando seu papel como um espaço de diálogo interdisciplinar e crítico sobre temas essenciais à efetivação dos direitos fundamentais no continente americano.

Os artigos presentes nesta obra abordam uma ampla gama de questões relevantes e contemporâneas. Entre os temas discutidos estão os limites do compartilhamento de dados pessoais e a separação informacional de poderes no Brasil, bem como os desafios éticos e jurídicos apresentados pela inteligência artificial, algoritmos e a democracia digital. Também são explorados temas como os deslocados climáticos e o papel do *soft law* na proteção dos direitos humanos, além da transição de paradigmas do antropocentrismo para o ecocentrismo na concretização dos direitos da natureza.

Outros trabalhos analisam a democracia material como interesse protegido por delitos eleitorais, políticas públicas voltadas ao combate ao trabalho em condições análogas à de escravo, e a implementação de políticas públicas de agroecologia e produção orgânica como vetores éticos para o desenvolvimento sustentável. Questões relacionadas à tributação, justiça fiscal e o impacto da reforma tributária sobre o consumo também são discutidas, ao lado de reflexões sobre precedentes, estabilidade jurisprudencial e mediação no contexto jurídico brasileiro.

A obra também aborda a judicialização da saúde como paradigma estruturante, o direito à igualdade e não discriminação de grupos vulneráveis, e a relação entre políticas de desenvolvimento social sustentável e a valorização dos direitos humanos.

Os 12 artigos reunidos nesta publicação são um testemunho do rigor científico e da relevância temática que caracterizam as produções da Red-IDD. Com isso, a Rede reafirma sua contribuição para a formação de uma gramática jurídica integrada

e consistente, alinhada às demandas da contemporaneidade e aos desafios de consolidar os direitos fundamentais e a democracia nas Américas.

Agradecemos aos autores e a todos que contribuíram para esta obra, que certamente enriquecerá os debates acadêmicos e fornecerá subsídios para o fortalecimento das bases democráticas e da justiça social no continente.

Boa leitura!

Profa. Dra Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal

Profa. Dra. Elena Cecilia Alvites Alvites

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeo

(Orgs.)

1. NOTAS SOBRE OS LIMITES DO COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS E A SEPARAÇÃO INFORMACIONAL DE PODERES NO BRASIL – A CONTRIBUIÇÃO DO STF¹

 <https://doi.org/10.36592/9786554602143-01>

Ingo Wolfgang Sarlet²

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet³

INTRODUÇÃO

O princípio-direito-garantia de e a um devido processo informacional tem, no âmbito da evolução das tecnologias de informação e comunicação, da transformação digital e dos fenômenos a ela conexos, assumido um papel cada vez mais central no âmbito do Estado Democrático de Direito, com destaque aqui, dado o foco do presente texto, para a proteção de dados pessoais. Nesse contexto, o Estado deve operar também como garante do sigilo, da confiança e da transparência, que, por sua vez, são de capital importância para um devido processo informacional (Di Fabio, 2016, p. 44-45).

Outrossim, ainda nessa quadra, é de se sublinhar que o devido processo informacional constitui, de certo modo, uma decorrência lógica e exigência do Estado Democrático de Direito, para além de um mero legado do constitucionalismo liberal, que, em razão da radicalidade das assimetrias, da sutileza, da pervasividade das novas tecnologias e, conseqüentemente, das possibilidades de práticas abusivas que afetam ou potencialmente podem afetar o processo de tomada de decisão das pessoas (e igualmente dos atores estatais encarregados da proteção e da promoção

¹ O presente texto não é inédito, no sentido de se tratar de reconstrução, atualização e formatação adequada à presente obra coletiva, de texto publicado na forma de artigo científico na Revista Brasileira de Estudos Constitucionais e posteriormente veiculado no Anuário conjunto das Comissões Especiais de Direito Digital e Proteção de Dados do CFOAB, 2023, do qual o primeiro autor é um dos organizadores.

² Advogado e parecerista. Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique. Professor Titular e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Desembargador aposentado do TJRS. contato@ingosarlet.com.br

³ Advogada e parecerista. Mestre em Direito pela UFC. Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg. Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Hamburgo e pelo PPGD da PUCRS. Professora Adjunta da Escola de Direito da PUCRS nos níveis de graduação, mestrado e doutorado. Especialista em Neurociências pela PUCRS. gabriellebezerrasales@gmail.com

dos direitos e garantias fundamentais); por isso, o devido processo informacional implica a existência de instrumentos adequados ao estabelecimento de limites aos fatores referidos, como é o caso, e. g., da garantia da ampla defesa e do contraditório, assegurando condições de efetividade reais para o livre desenvolvimento da personalidade, dentre outros direitos e garantias fundamentais (Crawford; Schultz, 2014, p. 93).

É nesse sentido, que – para ilustrar a questão – se revela imperiosa, em um Estado Democrático de Direito que mereça ostentar essa designação, a vedação de bases de dados comuns, cujo compartilhamento é ilimitado entre e para todos os entes estatais. Dito de outro modo, é crucial que se assegure também uma separação/divisão informacional de poderes, o que se revela ainda mais imperioso e urgente quanto se trata de estabelecer limites ao assim chamado vigilantismo, cada vez mais presente – e mesmo onipresente – também no Brasil, tudo potencializado pelo uso dos recursos da inteligência artificial.

À guisa de ilustração, colaciona-se o pensamento de Byung-Chul no sentido de que o regime de informação consiste em uma forma de dominação na qual os dados ocupam o lugar central, determinando, decisivamente, por meio do emprego de algoritmos e de inteligência artificial, os processos sociais, econômicos e políticos. Enfatiza-se, nessa perspectiva, que há uma relação direta entre esse regime e o sistema de capitalismo de vigilância no que refere a um exercício de poder voltado para um perfilhamento desproporcional tendo como base uma ação degradante da pessoa humana na medida em que utiliza os dados para abusos quanto a um prognóstico cada vez mais preciso de expectativa de comportamento, inclusive psicopolítico (Han, 2022, p. 7).⁴

Em rigor, em face da atual conjuntura tecnopolítica e da ideia de que não existem dados irrelevantes, a proteção de dados pessoais e, conseqüentemente, a efetividade da autodeterminação informativa, implica a contenção/vedação de unidades/blocos informacionais, privados e públicos que, agindo de forma

⁴ O autor faz uma espécie de comparação entre o regime disciplinar e o regime de informação para afirmar que o capitalismo da informação, assentado sobre a comunicação e a conexão, tornou obsoletas as técnicas disciplinares de isolamento espacial, bem como a rigidez na regulamentação do trabalho e ou o adestramento corporal. Ainda aduz que a natureza da submissão, nesse caso, é distinta, vez que se pressupõe que o sujeito se perceba como livre, autêntico, criativo e performático.

monolítica, mediante a consequente vitrificação do ser humano, manifestam potencial de intensa lesividade (Zuboff, 2020, p. 153-154) à dignidade da pessoa humana e aos direitos e às garantias fundamentais, sem prejuízo de colocar em cheque a concretização das exigências do Estado Democrático de Direito e de seus princípios estruturantes, o que, por sua vez, implica uma releitura da principiologia constitucional⁵.

Por certo, em razão dessa conjuntura, há de se proceder a uma releitura dos cânones constitucionalmente assegurados na ordem jurídica nacional (Mendes; Branco, 2020, p. 126-127), em especial no que diz com a posição da pessoa humana na sociedade informacional, às vulnerabilidades daí decorrentes (Mendes, Mattiuzzo, 2019, p. 42-43) e às novas formas de proteção como um irrenunciável ponto de partida (Rodotá, 2018, p. 113); (Solove, 2009).

Parte-se, ainda, de uma flexibilidade interpretativa dos dispositivos constitucionais admitindo, inclusive, uma interpretação pelo prisma do assim chamado constitucionalismo digital (Robl Filho, 2022)⁶ que implica reconfigurações do Estado e do próprio federalismo brasileiro. Além disso, em virtude do papel dos agentes estatais sobretudo a partir da promulgação da EC 115, que incluiu o direito à proteção de dados pessoais no catálogo constitucional, assume ainda maior relevo o dever constitucionalmente vinculativo de desenvolver uma gestão republicana, ética, confiável e segura dos dados durante todo o seu ciclo de vida. Portanto, forjando balizas para algumas condições para o exercício da cidadania digital, intenta-se buscar um discurso factível para o fortalecimento das instituições democráticas e do Estado de Direito (OCDE, 2020, p. 4).

⁵ Segundo o autor, "Membros da OCDE, como na pretendida acessão do Estado brasileiro à organização, devem assegurar que padrões adequados de privacidade de dados estejam comprovados tecnicamente, com leis e regulamentos que estabelecem regras relativas às garantias de segurança e confiança de usuários de internet e consumidores digitais, especialmente jovens, além do combate à desinformação e promoção de princípios democráticos e dos direitos humanos associados às operações digitais."

⁶ Para o autor, "O constitucionalismo digital não se resume às descrições sobre o impacto da tecnologia digital nas relações sociais, jurídicas e constitucionais, assim como não se restringe apenas às prescrições acerca da regulação das tecnologias. O constitucionalismo digital produz uma revisão crítica sobre a estrutura do constitucionalismo". Sobre o tema, v., ainda, o excelente texto de Mendes; Fernandes, 2020, p. 1-33.

Nesse contexto, evidencia-se, assim, a urgência de uma análise da questão posta à luz da teoria dos direitos fundamentais, e, mais especificamente, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, (também) tendo em vista os esforços do Brasil de ascender à condição de legítimo Estado Constitucional Democrático e de Direito Digital, incluindo as providências relativas à edificação de barreiras eficazes contra a formação de uma unidade (e centralização sem limites e controle) informacional, principalmente no que se refere ao compartilhamento irrestrito de dados pessoais, ao arrepio das exigências do direito fundamental à proteção de dados e do teor da LGPD, assim como em desconsideração às recomendações da ANPD, mais especificamente, de seu guia orientativo (ANPD, 2022) para o tratamento de dados pessoais pelo poder público.

Como já adiantado, o problema da concentração de poder informacional e de uma ausência de limites ao compartilhamento de dados pessoais, não apenas coloca em grave risco a efetividade de um direito fundamental à proteção de dados, mas também a própria ordem democrática e o Estado de Direito.

No caso brasileiro, a partir do reconhecimento de um direito fundamental implicitamente positivado deduzido pelo STF a partir de um conjunto de princípios e direitos fundamentais, mediante decisão de mérito proferida na ADI 6387, em maio de 2020, da relatoria da Ministra Rosa Weber (caso que também já envolvia querela em torno da legitimidade do compartilhamento de dados) tanto a academia jurídica, mas também o STF, passaram a se ocupar cada vez mais da temática, assegurando já alguns avanços significativos, ainda que se esteja relativamente distante de um adequado equacionamento da matéria, o que, aliás, não surpreende, levando em conta o pouco tempo decorrido da decisão acima referida, da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, ademais da inserção, pela igualmente já citada EC 115/22, de um direito fundamental à proteção de dados pessoais no texto da CF.

À vista dessas sumárias considerações, o que se pretende nesse texto, é esboçar algumas linhas a respeito do necessário reconhecimento de um princípio e correspondente dever de separação informacional de poderes na ordem jurídico-constitucional brasileira, designadamente no concernente ao problema do compartilhamento de dados pessoais entre órgãos do poder público, com destaque para o papel assumido pelo STF relativamente ao tema.

Antes de avançar, contudo, há que destacar que – tendo em conta o tema geral da obra coletiva à qual se destina o presente artigo – embora não se tenha explorado diretamente questões ligadas ao assim chamado constitucionalismo digital, a separação informacional de poderes e os limites ao compartilhamento de dados são inquestionavelmente problemas e desafios atuais e relevantes, que guardam relação direta com o ambiente e a transformação digital, já de há muito e cada vez mais, inclusive no Brasil, fortemente constitucionalizados.

DA SEPARAÇÃO INFORMACIONAL DE PODERES E DOS LIMITES AO COMPARTILHAMENTO DE DADOS

Tendo em vista o reconhecimento amplo de direitos fundamentais como um dos pontos nucleares de um Estado Constitucional e, já desde o paradigma liberal, a função das Constituições no sentido de estabelecer limites para o exercício do poder político, a condição básica para esse exercício é, como já consolidado no constitucionalismo democrático, a divisão de poderes e de funções entre os órgãos estatais, garantindo-lhes um razoável grau de autonomia, ao mesmo tempo em que se limita os respectivos poderes, mediante sua descentralização e estabelecimento de controles recíprocos (Silva, 2021, p. 33).

Na precisa descrição de Konrad Hesse, mediante a divisão de poderes são criadas funções e órgãos estatais, que, por sua vez, devem levar a efeito tais funções nos limites de suas respectivas competências constitucionalmente estabelecidas e mediante regras de procedimento vinculativas e suficientemente claras; de todo modo, em rigor, cuida-se de uma distribuição e/ou divisão entre as funções típicas do poder estatal, visto que o poder do Estado como tal é uno e indivisível, assim como é una e indivisível a soberania (Hesse, 1995, p. 28).

Por outro lado, tal como ocorreu com o próprio Estado de Direito e suas demais manifestações (princípios e/ou elementos), também o princípio da divisão de poderes, a despeito de importantes aspectos em comum, não foi objeto de idêntica recepção e concretização em cada ordem jurídico-constitucional, devendo, portanto, ser apresentado e analisado no devido contexto de cada Estado Democrático de Direito, o que, já na origem do Estado Constitucional, pode ser aferido considerando

as distinções entre a tradição francesa (mais fiel a um modelo de separação forte e estrita) e a tradição norte-americana, que preferiu edificar e aperfeiçoar um sistema conhecido como de “freios e contrapesos” (*checks and balances*).

De qualquer sorte, ressalvadas as experiências isoladas divergentes (como se deu no Brasil imperial, mediante a previsão de um quarto poder, o assim chamado Poder Moderador), em regra até segue atual o sistema clássico protagonizado por Montesquieu de uma divisão horizontal de poderes (de desconcentração e recíproca limitação funcional entre órgãos estatais) entre os poderes (funções) legislativo, executivo e judiciário, cuja horizontalidade decorre da circunstância de inexistir qualquer hierarquia entre os respectivos órgãos e funções do poder estatal, todos operando na esfera de suas competências constitucionalmente estabelecidas.

No caso brasileiro, especialmente desde a primeira Constituição da República (1891), mas de modo especialmente estruturado na atual Constituição Federal, o sistema de divisão (chamado pelo constituinte de separação!) de poderes, fortemente inspirado pela tradição norte-americana e igualmente próximo do modelo adotado pela Lei Fundamental da Alemanha (1949), se identifica pelo fato de que os três poderes (órgãos e funções) estatais se caracterizam por uma atuação conjunta e voltada à consecução dos objetivos constitucionais, atuação que se dá de forma desconcentrada, racional e juridicamente limitada por esferas de competência próprias e mecanismos de controle recíprocos.

Com efeito, o princípio da separação dos poderes tem como objetivo o controle do poder pelo poder, ou seja, mediante um esquema de fiscalização recíproca, que se materializa por um conjunto diferenciado de técnicas e de instrumentos, como é o caso do direito de veto do chefe do Poder Executivo, a própria possibilidade de edição de atos normativos pelo Executivo, a aprovação pelo Legislativo do orçamento dos demais órgãos estatais, o controle judicial dos atos dos demais Poderes, entre outros. Tendo em conta, contudo, a relevância da separação de poderes, o correspondente princípio será objeto de maior desenvolvimento em face da atual digitalização do Estado e de suas estruturas de Governo⁷.

⁷ Para o caso brasileiro, v. a Lei 14.129/2021, que institui o Governo digital.

Nesse sentido, a separação informacional de poderes da qual ora se trata, consiste em uma ressignificação, tanto lógica, quanto necessária, da semântica do princípio da divisão de poderes (artigo 2º CF) à luz do constitucionalismo digital, tendo em vista, em especial, o problema dos níveis crescentes de poder informacional do Estado brasileiro, bem como da ausência de um regras e critérios que limitam tal concentração e o compartilhamento de dados que a alimenta. Tal estado de coisas, implica, por sua vez, o estabelecimento de uma separação nítida entre as diversas áreas de atuação estatal sob pena de descumprimento de um preceito fundamental e, conseqüentemente, uma violação das exigências essenciais do Estado Democrático de Direito.

Na condição – aqui advogada – de princípio fundamental estruturante, implicitamente positivado pela CF, a separação/divisão informacional de poderes vincula toda a atuação do Estado brasileiro, como norma de eficácia direta e que, dentre outros requisitos, deve ser concretizado pelo legislador e exige a motivação das decisões que envolvam todas as formas de tratamento de dados, sobretudo dados pessoais, para a configuração efetiva de uma proteção multinível (InternetLab, 2020)⁸ da pessoa humana na sociedade informacional, o que guarda sinergia com o que se extrai das recentes decisões em sede de controle de constitucionalidade exaradas pelo STF, justamente quando em causa os limites do compartilhamento de dados pessoais entre órgãos do poder público.

Num primeiro importante julgamento, o da ADI 6529, ocorrido em 08.10.2021, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, consignou que “a Constituição da República repudia poder sem controle, exige a motivação dos atos administrativos e que todos eles se guiem pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. As atividades de inteligência, ainda que acobertadas pelo sigilo, se submetem ao escrutínio externo dos demais Poderes (Legislativo e Judiciário), devendo ser afastada qualquer interpretação que dê margem a arbitrariedades”.

⁸ O Tribunal Distrital de Haia concluiu que o uso do SyRI não encontrou um equilíbrio entre o direito à privacidade e o interesse público em detectar fraudes, indo contra o estabelecido no artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que prevê o direito à vida privada.

No mesmo julgado, tomando como referência o caso do compartilhamento de dados pelo SISBIN- Sistema Brasileiro de Inteligência com a ABIN- Agência Brasileira de Inteligência, o STF, por unanimidade, decidiu que:

i. Os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à Abin quando comprovado o interesse público da medida, afastada qualquer possibilidade de o fornecimento desses dados atender a interesses pessoais ou privados;

ii. Toda e qualquer decisão de fornecimento desses dados deverá ser devida e formalmente motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário;

iii. Mesmo quando presente o interesse público, os dados referentes às comunicações telefônicas ou dados sujeitos à reserva de jurisdição não podem ser compartilhados na forma do dispositivo, em razão daquela limitação, decorrente do respeito aos direitos fundamentais;

iv. Nas hipóteses cabíveis de fornecimento de informações e dados à Abin, são imprescindíveis procedimento formalmente instaurado e a existência de sistemas eletrônicos de segurança e registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização em caso de eventual omissão, desvio ou abuso.

Igualmente digna de nota é a decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes em sede cautelar, na ADPF 695-DF, que versa sobre o compartilhamento de dados pessoais pelo Serviço Federal de processamento de Dados (SERPRO) com a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), com suposto lastro normativo no Decreto nº. 10.046, que revogou o Decreto 8.789/19, passando a disciplinar o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública Federal, ademais de instituir o Cadastro Base do Cidadão (CBC) e criar o Comitê Central de Governança de Dados (CCGD). Na sua decisão, o Ministro afirmou que: "o regime jurídico de compartilhamento de dados entre órgãos e instituições do Poder Público é matéria de extrema relevância para a proteção constitucional do direito constitucional à privacidade (artigo 5º, caput e incisos X, da Constituição Federal), situando-se como garantia elementar de qualquer sociedade democrática contemporânea" (Brasil, 2020).

Recentemente, (15.09.22) em sede de decisão definitiva, o relator das demandas – acompanhado pela maioria dos Ministros, entendeu pelo conhecimento da ADI e da ADPF para, julgando parcialmente procedentes os pedidos, optar por conferir interpretação conforme ao teor do Decreto 10.046/2019.

Evidencia-se que, segundo o Ministro Gilmar Mendes, o compartilhamento de dados passa a ter cada vez uma posição central na atuação do Estado, sobretudo no que se refere às políticas públicas, de tal sorte que pressupõe a conformidade com a LGPD, notadamente do ponto de vista da indicação de propósitos legítimos, específicos, e explícitos para todas as etapas do tratamento. Assim, as finalidades, primárias e secundárias, caso necessário, devem ser devidamente compatibilizadas, vez que o compartilhamento, em si, deve ser restrito ao mínimo e balizados pelo cumprimento dos requisitos, das garantias e dos procedimentos legais.

Extraí-se ainda do voto proferido, que o compartilhamento dos dados pessoais entre os órgãos públicos pressupõe o enquadramento ao que dispõe o artigo 23, I, da LGPD, notadamente quanto à publicidade às hipóteses em que cada entidade governamental compartilha ou tem acesso. Em suma, o entendimento ministerial foi de que o acesso de órgãos e de entidades governamentais ao Cadastro Base do Cidadão fica condicionado ao que outrora foi referido.

Outro ponto que merece destaque diz com as competências do Comitê Central de Governança de Dados, na medida em que, segundo o relator, deveriam ser restringidas/atribuídas às que foram expressas no artigo 21, VI, VII e VIII do Decreto 10.046/2019, desde que atue no estabelecimento e na prevenção de mecanismos rigorosos no controle de acesso ao Cadastro Base do Cidadão. Dito de outro modo, instituiu-se o dever de órgãos e de entidades públicas de demonstrarem a real necessidade de acesso e de compartilhamento. Para tanto, ainda como se extrai do voto, permissão somente deverá ser concedida para o alcance de propósitos legítimos, específicos e explícitos, sendo limitada às informações que sejam indispensáveis ao atendimento do interesse público, nos termos do artigo 7, III, bem como do artigo 23, caput, I da Lei 13.709/2018.

Além disso, estabeleceu-se, para fins de compartilhamento de dados, a obrigação de justificativa prévia e minudente, baseada no emprego da proporcionalidade, da razoabilidade e da principiologia da LGPD, tanto para a

necessidade de inclusão de novos dados pessoais na base integradora quanto no que toca à escolha das bases temáticas do Cadastro Base do Cidadão (Brasil, 2023).

O Ministro relator orienta a instituição de medidas de segurança na qualidade de um sistema eletrônico de registro de acesso para efeitos de responsabilização em casos abusivos. Orienta, outrossim, que o compartilhamento nas atividades de inteligência deve seguir os critérios estabelecidos em legislação própria, bem como parametrizados pela decisão do STF no já analisado caso envolvendo a ABIN. Importa destacar a atribuição de reponsabilidade civil do Estado pelos danos suportados aos particulares em consonância com a dicção do artigo 42 e seguintes da LGPD, associando-se o direito de regresso contra os servidores e agentes públicos responsáveis pelo ato ilícito, em caso de culpa ou de dolo.

A decisão, retomando-se aqui, em apertada síntese, os seus elementos centrais, por maioria, entendeu que o compartilhamento de dados pessoais entre os órgãos e as entidades da Administração pública pressupõe: 1- eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos para o tratamento; 2- compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas; 3- limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada, bem como o cumprimento integral dos requisitos, das garantias e dos procedimentos estabelecidos na LGPD, particularmente no que se refere ao setor público. Restou evidente que essa modalidade de compartilhamento de dados pessoais deve ser publicizado e estar atrelado ao fornecimento de informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, preferencialmente de forma a ser amplamente acompanhada pela população.

Destaque-se, ainda, na decisão, que o acesso ao Cadastro Base do Cidadão por parte de órgãos e de entidades governamentais fica condicionado, para além do que já fora decidido, à atuação do Comitê Central de Governança de Dados. Este, por sua vez, deve: 1- prever mecanismos rigorosos de controle de acesso na medida da comprovação da real necessidade de acesso; 2- observância dos parâmetros da razoabilidade, da proporcionalidade, bem como dos princípios já consagrados na LGPD para a permissão de acesso que, evidentemente, tem que estar de acordo com o interesse público; 3- indicação das bases temáticas que deverão compor o

Cadastro Base do Cidadão; 4- instituição de medidas de segurança compatíveis com o sistema protetivo em vigor no país, sobretudo mediante a criação de sistema eletrônico de registro de acesso com finalidade de aferir a responsabilidade em casos de abuso.

Oportunamente, deve-se elencar que, seguindo a posição outrora explicitada pelo ministro Gilmar Mendes, o STF decidiu que, em se tratando de atividades de inteligência deve ser seguido o padrão/modelo advindo em legislação específica, bem como os parâmetros fixados no julgamento da ADI 6529. Ainda em conformidade com o voto do relator, restou claro que o tratamento dos dados pessoais promovido por órgãos públicos ao arrepio das balizas, legais e constitucionais, do ordenamento jurídico brasileiro, importará em responsabilidade civil do Estado pelos danos suportados pelos particulares.

Importante reafirmar que ficou decidido que a transgressão dolosa ao dever de publicidade estabelecido no artigo 23, I, da LGPD, fora das hipóteses constitucionais de sigilo, importará a responsabilização do agente estatal por ato de improbidade administrativa. Por derradeiro, com efeito *pro futuro*, o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 22 do Decreto 10.046/19, preservando, no entanto, a atual estrutura do Comitê Central de Governança de Dados pelo prazo de sessenta dias a contar da data da publicação da ata de julgamento. Agrega-se, por outro lado, esse prazo deveria ser adequado para que o Chefe do Executivo atue no sentido de atribuir ao órgão a independência, a autonomia e a pluralidade que são bases inarredáveis para a sua constitucionalidade.

À vista do exposto (ainda que em caráter sumário), tanto a eficácia quanto a efetividade dos direitos fundamentais consagrados na CF, destacando-se aqui o direito à proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa, está diretamente atrelada à consolidação do princípio da separação de poderes (incluída a separação informacional) que, como já se tornou evidente, sofreu mutações consideráveis ao longo dos últimos tempos, especialmente em relação à configuração digital que o Estado brasileiro tem assumido para poder acompanhar a intensidade das transformações sociais, tecnológicas e tecnopolíticas (Hui, 2020, p. 39-46), em um contexto complexo marcado, por um lado, pela hiperconectividade, ao

mesmo tempo em que impera, ainda, a divisão digital (Cetic.br, 2020)⁹ no Brasil e em grande parte do Mundo.

Quanto a esse ponto, calha lembrar que o artigo 5, X da LGPD clarificou o conceito de tratamento dos dados pessoais, inserindo, dentre outras, as modalidades da coleta, recepção, classificação, utilização, acesso, armazenamento, eliminação, modificação, comunicação e transferência de dados. A LGPD, que aqui concretiza exigências do Estado Democrático de Direito, vincula os agentes estatais (além dos atores privados) como destinatários de suas disposições normativas, inclusive impondo o estabelecimento de programas de governança ética de dados e da previsão de medidas de *accountability*, ademais da produção de uma regulamentação apropriada para a área da segurança em geral e, em particular, daquilo que se tem designado de segurança cibernética (Direitos na rede, 2020).

Dentre as searas mais desafiadoras que se tem colocado e exigido reações eficazes com vistas ao enfrentamento dos inúmeros problemas acarretados (Weidenfeld; Nida-Rümelin, 2018), devem ser mencionadas as que advém a partir do uso de inteligência artificial e na formação e emprego de Big Data (Hoffmann-Riem, 2020, p. 431-506), vez que colocam em risco os direitos humanos e fundamentais em risco, podendo produzir e acentuar discriminação por meio de generalizações ou de estereotipações e de práticas abusivas de perfilhamento, de análise preditiva e de vigilantismo, acirrando assimetrias informacionais e, em razão disso, violando a esfera da privacidade e a dignidade da pessoa humana (Bächle, 2016, p. 158). Vem a calhar, nesse contexto, dada a sua atualidade, a lição de Arendt, ao afirmar que “a esfera pública, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia um dos outros e, contudo, evita que colidamos uns com os outros, por assim dizer” (Arendt, 2001, p. 62).

⁹ “Houve aumento na proporção dos usuários que procuraram informações oferecidas por *websites* de governo (de 28% para 42%) e que realizaram algum serviço público pela Internet (de 28% para 37%) (Gráfico 3). No entanto, a realização dessas atividades foi mais frequente, sobretudo, entre aqueles que já realizavam uma variedade maior de atividades na Internet. A realização de serviços públicos *on-line*, por exemplo, foi mais mencionada por usuários da área urbana (39%), de classe A (63%) e por indivíduos com Ensino Superior (68%).”; Cf. (Nemer, 2021, p. 73-79).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se, de há muito, que a coleta e tratamento de dados pelo Estado é, de todo modo, inevitável e mesmo necessária no âmbito do atual cenário de desenvolvimento, inclusive e em especial para que o Estado possa dar conta de suas tarefas, de cada vez mais diversificada, complexa e difícil definição e execução.

Por outro lado, como já anunciado, indispensável o estabelecimento e afirmação de balizas, éticas, técnicas e jurídicas, no que diz respeito à coleta, tratamento, armazenamento, utilização e compartilhamento de dados pessoais, pena de se correr sério risco no sentido da instauração do arbítrio e da erosão dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, mais do que oportuno colacionar o entendimento de Greco, para quem

“Se saber é poder, o Estado não pode saber tudo, porque um Estado que tem conhecimentos ilimitados tem também um poder ilimitado. O direito de proteção de dados, que começa como direito subjetivo, mostra-se, ao menos em boa parte, como garantia institucional, relativa à própria estrutura da sociedade e do Estado. Nesse nível macro o direito se transforma em uma exigência de separação informacional de poderes” (Wolter, 2018, p. 45) (Grifos nossos).

A proteção de dados implica, dessa forma, a incorporação definitiva de uma cultura pautada pelos princípios e direitos fundamentais (não só, mas em especial o direito à proteção de dados pessoais, a dignidade da pessoa humana e a separação informacional de poderes) e em sinergia com a LGPD, o que deve ser assumido como tarefa pelo Estado brasileiro, que deve estabelecer, mediante a utilização de parâmetros de atuação forjados com base no princípio da separação de poderes, um regime organizacional pautado na divisão por competências, envidando todos os esforços para evitar o compartilhamento abusivo, desproporcional, irrestrito e, portanto, inconstitucional de dados pessoais. Oportuno lembrar que a efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais é incompatível com medidas que visam ou oportunizam o tratamento indiscriminado de dados pessoais pelos órgãos estatais.

É também por tais razões que o controle com base no parâmetro da finalidade se revela de tamanha importância e consiste em um dos esteios da proteção de dados. Nesse sentido, relembra-se que o controle da atuação do Estado por meio do emprego do critério da finalidade introduz a lógica de que deve ser vedada a atuação do mesmo como uma unidade absoluta, ou seja, de que deve ser assegurada uma divisão de competências constitucionalmente asseguradas (no sentido de uma divisão/separação informacional de poderes), especialmente no que diz respeito ao compartilhamento de dados e seus limites.

Isso, por seu turno, implica o fortalecimento pelo Estado dos níveis de confiança na sua atuação protetiva¹⁰, o que inclui a adoção de medidas que instituam e garantam uma adequada (constitucionalmente conforme) governança de dados, no sentido, dentre outros aspectos, de assegurar a transparência, a prestação de contas e a ampliação da participação popular e do exercício da cidadania.

A implantação de um Estado Democrático Digital de Direito, impende destacar, deve ser voltada para o cidadão, mediante a implementação de um ecossistema inovador e suficientemente seguro, transparente e confiável, que minimize os danos e riscos causados e gerados pelas Tecnologias de Informação e Comunicação e pela Inteligência Artificial (apenas para citar as mais importantes nesse contexto) mediante o recurso a garantias técnicas e jurídicas orientadas pela proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, de sua autodeterminação informacional, da proteção de seus dados pessoais e outros direitos e garantias fundamentais, vedando-se qualquer tipo de prática abusiva, inclusive no que diz respeito à segurança cibernética, o que, por sua vez, pressupõe a garantia plena de um devido processo informacional e de uma separação informacional de poderes.

Tendo em conta a evolução recente no Brasil, em especial com base nos julgados acima referidos e discutidos do STF, há razões para otimismo, porquanto a Suprema Corte brasileira tem tido um papel protagonista no processo, não apenas do reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais antes mesmo de sua inserção no texto da CF, quanto no campo do estabelecimento de limites à concentração de poder informacional, tudo a contribuir também para

¹⁰ Vide, em caráter ilustrativo, o disposto no artigo 2º, I da Lei 13.874/2019, que prevê entre seus princípios, a boa-fé dos particulares perante o poder público.

fortalecer – ou, pelo menos (o que já não é pouco, considerando os tempos atuais) – o Estado Democrático de Direito instituído e formatado pelo Constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS

A RESPEITO do tema, em caráter ilustrativo, o problema que se está verificando no estado do Ceará, de modo a entender em que consiste um vigilantismo desproporcional. **Direitos na rede**, 2020. Disponível em: <https://direitosnarede.org.br/2020/09/04/nota-sobre-projeto-de-videomonitoramento-no-ceara-e-em-defesa-de-maior-debate-publico/>. Acesso em: 12 mar. 2022.

ANPD. **Tratamento de dados pessoais pelo poder público**. Guia orientativo. Versão 1.0. janeiro 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2022
ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Roberto Raposo (trad). Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BÄCHLE, Thomas Christian. **Digitales Wissen, Daten und Überwachung**: zur Einführung. Hamburg: Junius, 2016.

BIONI, Bruno; MARTINS, Pedro. **Devido processo informacional**: um salto teórico-dogmático necessário?, Manuscrito. Disponível em: <https://brunobioni.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Ensaio-Devido-Processo-Informacional1.pdf> Acesso em: 02 mar. 2022

BRASIL, **ADI 6649/DF e ADPF 695**. Direito Constitucional. Direitos Fundamentais À Privacidade E Ao Livre Desenvolvimento Da Personalidade. Tratamento De Dados Pessoais Pelo Estado Brasileiro. Compartilhamento De Dados Pessoais Entre Órgãos E Entidades Da Administração Pública Federal. Adi E Adpf Conhecidas E, No Mérito, Julgadas Parcialmente Procedentes. Interpretação Conforme À Constituição. Declaração De Inconstitucionalidade Com Efeitos Futuros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília (DF), Supremo Tribunal Federal, 19 de junho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6079238>. Acesso em: 09 out. 2022.

BRASIL, **ADPF-MC 695**. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 695 Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília (DF), Supremo Tribunal Federal, 24 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343579920&ext=.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022

CRAWFORD, Kate; SCHULTZ, Jason. Big data and due process: Toward a framework to redress predictive privacy harms. **Boston College Law Review**, v. 55, p. 93, 2014.

Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol55/iss1/4>. Acesso em: 04 mar. 2022.

DI FABIO, Udo. **Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen**: Selbstbestimmung und Wettbewerb im Netz. München: C.H. Beck, 2016.

CETIC. BR - Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação. Em 2020, a proporção de domicílios com acesso à internet chegou a 83%, o que representa aproximadamente 61,8 milhões de domicílios com algum tipo de conexão à rede. **Cetic.br**, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211124201505/resumo_executivo_tic_domicilios_2020.pdf . Acesso em: 02 mar. 2022.

ENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, n. 90, nov./dez. 2019.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia**: digitalização e a crise da democracia. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. 20 ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Big Data e Inteligência Artificial: desafios para o Direito. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 431-506, 2020.

HUI, Yuk. **Tecnodiversidade**. Tradução: Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020 Disponível em: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i1.4103>. Acesso em: 28 fev. 2022.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, n. 90, nov./dez. 2019, p. 42-43.

NEMER, David. **Tecnologia do oprimido**: desigualdade e o mundano digital nas favelas do Brasil. Vitória: Milfontes, 2021.

NOTAS sobre projeto de videomonitoramento no Ceará e em defesa de maior debate público. Coalização de Direitos na Rede, 2020. Disponível em: <https://direitosnarede.org.br/2020/09/04/nota-sobre-projeto-de->

videomonitoramento-no-ceara-e-em-defesa-de-maior-debate-publico/. Acesso em: 12 mar. 2022.

OCDE Organisation de Coopération et de Développement Économiques. **Good practice principles for data ethics in the public sector**, 2020, p. 04. Disponível em: www.oecd.org/digital/digital-government/good-practice-principles-for-data-ethics-in-the-public-sector.htm. Acesso em: 26 fev. 2022.

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. **Ingresso do Brasil na OCDE e padrões em matéria digital**. Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-07/polido-ingresso-brasil-ocde-padroes-conformidade>. Acesso em: 26 ago. 2022.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital**. Revista Consultor Jurídico, 22 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital>. Acesso em: 26.02.2022.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 113.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SOLOVE, Daniel J. La persona digital y el futuro de la intimidad. In: POULLET, Yves; ASINARI, Maria Verônica Pérez; PALAZZI, Pablo (Coord.). **Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales**. Buenos Aires: Heliasta, 2009.

TRIBUNAL decide que Sistema de Indicação de Risco viola direitos humanos. **InternetLab**, 2020. Disponível em: <https://internetlab.org.br/pt/itens-semanario/holanda-tribunal-decide-que-sistema-de-indicacao-de-risco-violou-direitos-humanos/>. Acesso em: 11 mar. 2022.

WEIDENFELD, Nathalie; NIDA-RÜMELIN, Julian. **Digitaler Humanismus: Eine Ethik für das Zeitalter der künstlichen Intelligenz**. München: Piper, 2018.

WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

2. CONTRIBUIÇÕES DA BIOÉTICA LATINO-AMERICANA AMBIENTAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE AGROECOLOGIA E PRODUÇÃO ORGÂNICA (PNAPO): VETORES ÉTICOS PARA A TRANSIÇÃO DA AGRICULTURA TRADICIONAL PARA A AGROECOLÓGICA



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-02>

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer¹

Shayene Machado Salles²

INTRODUÇÃO

A partir da apreensão dos princípios, valores e limites bioéticos, advindos da análise hermenêutica da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, elucidam-se as suas contribuições para a implementação da Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (PNAPO) e, em especial, para a efetivação do direito humano fundamental à alimentação adequada.

Para tanto, propõe-se uma articulação teórico-conceitual entre a Bioética Latino-Americana, fundamentada no enfrentamento das vulnerabilidades sociais, econômicas e ambientais, com enfoque para estas últimas, e as diretrizes que alicerçam a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (PNAPO)".

¹ Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio). Pós-doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora de Pesquisa, Extensão e Relações Internacionais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV (Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais (QUALIS A 1). Coordenadora do BIOGEPE - Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Membro da Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos e Garantias Fundamentais. Membro do Conselho de Ética Pública do Estado do Espírito Santo. Colunista de A Gazeta. Presidenta da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisadora Nível 2 do CNPq. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4303-4211> . E-mail: elda.cab@gmail.com

² Doutora e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD-FDV). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa (CNPq), em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética (Biogepe). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0266-0745> . E-mail: shayenemachado@gmail.com

Alude-se ao exercício de compreender a bioética ambiental, à luz da perspectiva do sul-sul, como ponte para a análise dos desafios decorrentes das alterações do relacionamento homem-natureza e dos sistemas ecológicos, em alusão e resgate à conceituação preconizada por Potter (Fischer *et al.*, 2017).

Objetiva-se, em síntese: **a)** relacionar a Declaração Internacional de Bioética e Direitos Humanos da Unesco (Dubdh-Unesco) com a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (PNAPO), situando o cenário e os eixos conceituais em que se orientam e se estruturam; **b)** analisar a Bioética Ambiental no contexto da fundamentação e da abordagem da Bioética latino-americana; **c)** conjecturar os limites e as possibilidades de enquadramento da Bioética Ambiental no âmbito da Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (PNAPO) à luz da implementação das diretrizes do Sistema Agroecológico e da Agricultura orgânica; e **d)** propor contribuições bioéticas para a implementação da Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (PNAPO) e, notadamente, para a concretização do direito humano fundamental à alimentação adequada.

Trata-se de pesquisa qualitativa, de natureza exploratória, realizada, exclusivamente, mediante o emprego da técnica de levantamento bibliográfico, desenvolvida em observância às etapas a seguir delineadas:

- **1ª Etapa:** Levantamento do arcabouço jurídico relacionado à estruturação da PNAPO;
- **2ª Etapa:** Rastreamento bibliográfico temático de livros, periódicos, teses e dissertações, advindas predominantemente, das bases de dados eletrônicas Scientific Electronic Library Online (SCIELO), Sistema Regional de Información en línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex), Portal de Periódicos CAPES/MEC, Banco de Teses e Dissertações CAPES e Google Acadêmico;
- **3ª Etapa:** Identificação dos principais autores/doutrinadores da Bioética, referenciados nas bases de dados e seleção das doutrinas que irão compor o corpus analítico;
- **4ª Etapa:** Análise legislativa da PNAPO, com vistas à identificação das suas diretrizes;
- **5ª Etapa:** Seleção dos objetivos e princípios da Declaração Universal de

Bioética e Direitos Humanos (DUBDH/Unesco), adotando-se como critério a pertinência e o relacionamento teórico com as diretrizes da PNAPO;

▪ **6ª Etapa:** Estudo comparativo e correlacional dos objetivos da DUBDH/Unesco e da PNAPO, com vistas a apreensão das possíveis contribuições para a concretização do Direito Humano Fundamental a alimentação adequada.

Constitui-se como produto do "Projeto Piloto do Pacto Ecológico Capixaba: uma proposta emancipatória crítica e técnica para a capacitação dos produtores rurais no município de Viana", executado sob a coordenação e orientação da Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES).

2 FUNDAMENTAÇÃO E ABORDAGEM TEÓRICA DA BIOÉTICA

Sob a ótica de uma abordagem teórica, a primeira etapa de desenvolvimento histórico para a consolidação da Bioética foi marcada, na década de 1970, pela publicação das obras *"Bioethics: a bridge to the future"* (1971), do cancerologista norte-americano Van Rensselaer Potter, e *"The principles of bioethics"* (1979), de Beauchamp e Childress.

Por um lado, a Bioética preconizada por Potter assume uma perspectiva global, planetária, atrelada à necessidade de se manter em equilíbrio o relacionamento entre os seres humanos e o ecossistema. Para o autor "[...] a ética humana não pode estar separada de uma compreensão realista da ecologia em um sentido amplo. Valores éticos não podem estar separados de fatos biológicos" (*apud* Diniz; Guilhem, 2002, p. 13).

Trata-se de uma alternativa ética de percepção da vida humana, concebida para além do estritamente biológico, isto é, compreendendo temáticas relativas à qualidade de vida, como a consideração de um meio ambiente saudável, de um ecossistema adequadamente regulado, identificando, assim, uma relação necessária entre o conhecimento biológico e os valores humanos.

Do pensamento inaugurado por Van Rensselaer Potter nascem as bases para a compreensão da Bioética em uma acepção ecológica, abrangente e potencialmente holística com vistas à qualidade de vida e subsistência ética dos seres humanos.

A contribuição dessa proposta advém tanto de seu caráter visionário, prospectivo, em alusão ao próprio título da obra "(Bio)ética: uma ponte para o futuro", à perspectiva crítica adotada em relação à segmentação do conhecimento científico e aos limites dela decorrentes, quanto da ênfase atribuída à biologia e a saberes afins, sugerindo, no início da década de 1970, um comprometimento ético com a vida "lato sensu", o ecossistema, o bem-estar da humanidade e o meio ambiente em uma escala de projeção global.

Por outro lado, a compreensão da estrutura de pensamento que embasa a Bioética pressupõe, além da menção à relevância da publicação de Potter, a alusão às circunstâncias ensejadoras da emergência do seu debate no âmbito acadêmico, tendo como expoentes Beauchamp e Childress com a publicação de *"The principles of bioethics"* (1979).

A perspectiva bioética concebida por Beauchamp e Childress (1979) foi responsável por difundir e consolidar o conhecimento bioético no âmbito científico. A Bioética passou a ser comumente reconhecida e utilizada sob a vertente prática do denominado "principlismo", instrumentalizando a sua aplicação a partir de quatro princípios básicos – autonomia, beneficência, não maleficência e justiça –, os quais se constituíram como relevante aparato, a serviço dos bioeticistas, para solucionar os conflitos morais.

No entanto, consoante advertem Costa, Garrafa e Oselka (1998, p. 15-16) deve-se ter em vista que "(...) o principlismo é apenas um dos vários dialetos (ou formas específicas de expressão) do chamado 'idioma' ou 'linguagem bioética'. (...) deve-se ter cuidado para que o mesmo não seja confundido com o próprio idioma".

No mesmo sentido, Maria do Céu Patrão (1996, p. 5-6), ao enunciar os modelos de análise teórica para a fundamentação em Bioética, identifica: o modelo casuístico (de Albert Jonsen e Stephen Toulmin em *"The abuse of casuistry"*, o qual se baseia na apreciação de casos); o modelo do cuidado (de Carol Gilligan em *"In a different voice"*, alicerçado na psicologia evolutiva e na premissa de que o cuidado, como valor, é fundamental ao desenvolvimento moral); o modelo contemporâneo do direito natural (de John Finnis em *"Natural law and natural rights"*, que propõe a existência de bens fundamentais em si mesmo que não se submetem a uma hierarquia e que se encontram atrelados ao desenvolvimento moral, como o

conhecimento, a vida estética, a racionalidade prática, a religiosidade, a amizade); o modelo contratualista (de Robert Veatch em *"A theory of medical ethics"*, que sugere a existência de um triplo contrato: entre médico e pacientes, entre médicos e a sociedade e também um contrato mais abrangente sobre os princípios norteadores da relação médico-paciente); o modelo personalista e humanista (baseado na filosofia europeia contemporânea e notadamente na sua tradição fenomenológica, no existencialismo e na hermenêutica, não possui caráter descritivo e estabelece um raciocínio deontológico, de fundamentação teleológica que vê o ser humano, na sua dignidade universal, como valor supremo do agir).

Ressalta-se que a fundamentação bioética não se exaure, tampouco se limita ao delineamento de suas bases sob a ótica da matriz principialista, desenvolvendo-se também a partir de outras reconhecidas linhas de pesquisas, como o contextualismo, o feminismo, o naturalismo etc., cujos avanços advêm, principalmente, da difusão da reflexão bioética para uma perspectiva mais global e, sobretudo, para o horizonte de outras culturas, inclusive, não ocidentais. Ressalta-se que

É exatamente sob essa ótica que se insere a busca de construção de uma original 'bioética brasileira' [...] capacitada a enfrentar, mediar e, se possível, dar respostas aos conflitos morais emanados das diferentes questões bioéticas relacionadas com os costumes (*mores*) vigentes na nossa sociedade (Costa; Garrafa; Oselka, 1998, p. 16).

Decorre, portanto, da diversidade, do pluralismo moral e da impossibilidade de oferecer respostas unívocas, universalistas e alheias às gramáticas político-sociais a importância da continuidade de pesquisas voltadas ao desenvolvimento científico da Bioética mediante análises afetas às linguagens e narrativas de países latino-americanos, como o Brasil, fundamentalmente demarcado pelas consequências advindas da interseccionalidade de vulnerabilidades (Nascimento; Martorell, 2013, p. 426), de sistemas de dominação (Akotirene, 2019) e, em especial, do capitalismo, do colonialismo, do heteropatriarcado e do racismo estrutural.

2.2 BIOÉTICA LATINO-AMERICANA NA INTERFACE COM A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS DA UNESCO (DUBDH/UNESCO): UMA ALIANÇA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ÉTICA SOBRE A VIDA

Do período inicial de ampliação de seu reconhecimento científico, no qual seu objeto se restringia ao enfrentamento de conflitos morais envolvendo aspectos estritamente biomédicos – dentre os quais, a ética na pesquisa com seres humanos, no uso de tecnologias em saúde, na definição da termo da vida e da morte etc – à homologação da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, relevante marco legal para a abrangência internacional de seu campo de atuação, a Bioética percorreu um histórico que conduziu à (re)interpretação de suas bases, bem como ao desafio de aplicação da estrutura de pensamento ético na qual se alicerçam as realidades diversificadas, reconhecendo o pluralismo moral e atentando-se à valorização da diversidade cultural e às circunstâncias concretas de cada sociedade.

Contextualizando o movimento epistemológico vivenciado pela Bioética nas últimas duas décadas com a realidade latino-americana, afirma-se que:

A reviravolta epistemológica vivenciada pela Bioética nas últimas duas décadas, ainda em pleno estágio de desenvolvimento de uma teoria própria, passa, certamente pelo protagonismo dos bioeticistas latino-americanos e sua denúncia da impossibilidade de uma modelagem rígida e única capaz de suportar a diversidade moral e as diferenças entre culturas e realidades tão díspares quanto as que distinguem os povos do sul e do norte. Os pressupostos eurocêntricos que 6dominaram e, de uma certa forma, ainda dominam a cultura dos povos de países periféricos, não podem prevalecer em ambiência cultural diversa, reinando isolados na construção do conhecimento (Bussinguer, 2014, p. 56).

A constituição de bases para uma abordagem bioética tipicamente latino-americana perpassa, necessariamente, pela falta de adequação aos pressupostos teóricos eurocêntricos, alheios às questões de ordem social, política e cultural e, notadamente, pelas consequências advindas do histórico de colonialismos que caracteriza os povos do Sul.

Emerge desse cenário o desafio de "(...) desenvolver uma bioética latino-americana que corrija os exageros das outras perspectivas e resgate e valorize a cultura latina no que lhe é único e singular, uma visão verdadeiramente alternativa que possa enriquecer o diálogo multicultural" (Pessini; Barchifontaine, 1998, p. 91).

Em alusão à proposta enunciada por Pessini e Barchifontaine (1988, p. 95), fez-se necessário refletir sobre a construção epistemológica de uma macrobioética (sociedade) como alternativa à tradição anglo-americana de uma microbioética (solução de casos clínicos).

Assim, em observância a conceitos considerados culturalmente fortes para a realidade dos países e as injustiças sociais que os caracterizam, os autores consideram que a Bioética Latino-Americana deve ser complementada por um "ethos" comunitário, fundado nos primados da solidariedade e da equidade:

Na América Latina, a bioética sumarizada num '*bios*' de alta tecnologia e num '*ethos*' individualista (privacidade, autonomia, consentimento informado) precisa ser complementada por um '*bios*' humanista e um '*ethos*' comunitário (solidariedade, equidade, o outro) (Pessini; Barchifontaine, 1998, p. 95)

A denominada Bioética Latino-Americana se baseia na formação de uma consciência crítica intrinsecamente relacionada com a dicotomia centro-periferia, isto é, as disparidades identificadas entre os países ditos "centrais", caracterizados pelo acúmulo de riquezas e pela despolitização dos conflitos morais, e a realidade concreta de desigualdades sociais, econômicas, políticas, culturais, raciais, de gênero etc. evidenciada em países periféricos, nos quais a luta por justiça social, bem como por assegurar condições equânimes de sobrevivência, acesso e concretização de Direitos Humanos básicos ainda se apresenta como uma urgência.

Nesse contexto, seguindo a releitura crítica proposta por Garrafa e Manchola-Castilho (2017, p. 15-16), a Bioética do Século XXI, marcada pela ampliação substancial de sua agenda temática, pode ser conceituada como um instrumento político fundamental de inclusão social e de cidadania. Os autores apontam para a dimensão social do Princípio da Justiça em Bioética, fundamentalmente alicerçada nos Direitos Humanos e na Justiça Social:

A inclusão da agenda social na bioética é uma forma concreta de contribuição para a construção da justiça social, uma vez que se considera a bioética, nesse contexto, um novo instrumento, uma nova ferramenta teórica e metodológica com suficiente vigor e atualidade para atuar concretamente na construção da cidadania e da verdadeira democracia, na luta contra toda e qualquer forma de exclusão social (Garrafa; Machola-Castilho, 2017, p. 18).

Sobressai desse comprometimento com temáticas politizadas de ordem social, relacionadas com a concretização da cidadania, a aproximação entre a Bioética e os Direitos Humanos, uma vez que a reflexão sobre os limites éticos impostos pelo respeito à dignidade humana mostra-se inerente à efetividade desses direitos.

Corroborando essa interação, o constitucionalista Dalmo de Abreu Dallari (1988, p. 240) aduz que “Os direitos humanos e a Bioética andam necessariamente juntos. Qualquer intervenção sobre a pessoa humana, suas características fundamentais, sua vida, integridade física e saúde mental deve subordinar-se a preceitos éticos”.

Nesse viés, considera que a Bioética consiste em um “[...] instrumento valioso para dar efetividade aos seus preceitos numa esfera dos conhecimentos e das ações humanas diretamente relacionada com a vida, valor e direito fundamental da pessoa humana” (Dallari, 1998, p. 241).

Ainda no tocante à relação entre a Bioética e os Direitos Humanos, Oliveira (2007, p. 172) argumenta que tal aproximação decorre fundamentalmente da dignidade da pessoa humana, princípio axiológico basilar para a efetivação dos Direitos Humanos, isto é, núcleo axiológico de interligação desses direitos com a aplicação ética sobre a vida com a Bioética:

A bioética e os direitos humanos aproximam-se historicamente. A internacionalização dos direitos humanos, como resposta à capacidade de destruição e banalização da vida humana vistas durante a Segunda Guerra, e a percepção de que as práticas científicas podiam violar os valores humanos básicos despertou a consciência internacional em torno da relevância de se reconhecer a dignidade humana inerente à pessoa [...]. Nota-se que a bioética e os direitos humanos surgem como formas de assegurar determinados valores e de proteger a pessoa humana, reconhecendo-lhe uma dignidade inerente.

Assim, a bioética e os direitos humanos apresentam dois pontos de aproximação: a dignidade humana e determinados valores básicos (Oliveira, 2007, p. 172).

Constata-se, portanto, que, para além da convergência nos conteúdos protegidos (a “dignidade humana” e outros “valores básicos”), a aproximação entre os Direitos Humanos e a Bioética decorre também do marco legal histórico de reconhecimento internacional, uma vez que, embora, para ambos, não haja consenso quanto ao nascimento datado por uma ocorrência determinada, são consagrados pela comunidade internacional em um contexto de irresignação ante as atrocidades cometidas com seres humanos após a Segunda Guerra Mundial.

Ratificando a importância e potencialidade dos Direitos Humanos para a humanidade, remonta-se às considerações da pesquisadora Dora Porto (2014, p. 217-218) quanto à importância dos movimentos sociais na luta pela efetivação desses direitos, sobretudo em um contexto em que as pautas reivindicatórias de países periféricos se apresentam como irrenunciáveis e desafiadoras diante das dinâmicas do poder hegemônico.

A autora aponta para o desafio da concretização de Direitos Humanos no contexto latino-americano, considerando que estes não se definem, esgotam ou limitam unicamente por instrumentos e diplomas legais de caráter universalista, insuscetíveis de contemplar as particularidades das pautas de reivindicações por direitos dos movimentos sociais de cada país.

No âmbito interno das nações, Dora Porto (2014, p. 219-220) identifica a estrutura social hierárquica, desigual e historicamente consolidada de países periféricos como um óbice à implementação de direitos específicos destinados a grupos minoritários e povos tradicionais.

Ao dissertar sobre a consolidação da Bioética nos países “em desenvolvimento”,³ a autora ratifica a dimensão social assumida pela Bioética Latino-Americana, sustentando a aproximação firmada entre a Bioética e os Direitos

³Adota-se a expressão “em desenvolvimento” propositadamente entre aspas, em adesão à crítica proposta por Wanderson Flor e Volnei Garrafa (2011, p. 293) acerca de tal denominação, sugerindo que sua utilização opera como forma de reprodução da colonialidade da vida (fomentando o fenômeno da hierarquização e classificação de vidas por meio da falácia desenvolvimentista).

Humanos no contexto latino-americano, compreendendo a primeira como ferramenta de luta contra as desigualdades que assolam esse continente e os últimos como marcos regulatórios dos padrões éticos nas relações sociais (Porto, 2014, p. 220-221).

Nesse aspecto, tece consistente crítica à implementação dos Direitos Humanos nos países “em desenvolvimento”, como o Brasil, identificando como falha da Bioética, em sua vertente social, o distanciamento entre o seu debate acadêmico e os movimentos sociais, bem como a reprodução verticalizada de suas reflexões sobre a realidade específica de grupos minoritários.

Essas são limitações para que a Bioética Social possa constituir-se, nessas realidades concretas, como instrumento legítimo de visibilização das pautas de reivindicações provenientes da cultura específica de cada país.

Ainda no que concerne ao íntimo relacionamento entre os Direitos Humanos e a Bioética, destaca-se, a despeito das críticas contrárias ao argumento de que os Direitos Humanos contemplados pela DUBDH/Unesco advêm de uma perspectiva universalista, eurocêntrica e iluminista, que o referido diploma foi também resultado da pauta de reivindicação de povos latino-americanos.

O objetivo era que nele fossem inseridas bases para um estatuto epistemológico bioético afeto às questões políticas, sociais e culturais de distintos povos e que resultou na abrangência da agenda bioética internacional.

Desse modo, descrevendo a ambiência de tensionamento político que antecedeu a homologação da DUBDH/Unesco, adverte-se que o referido diploma foi resultado de luta pela ampliação da agenda bioética, sobretudo para que temáticas pertinentes à realidade de países periféricos também pudessem constituir o conteúdo das disposições inseridas em seu teor.

3.3 FUNDAMENTAÇÃO DA BIOÉTICA AMBIENTAL BRASILEIRA

De 1998, período em que se vivenciou o aprofundamento da reflexão sobre Bioética nos países latino-americanos, com o debate desenvolvido em Tóquio, no VI Congresso Mundial de Bioética, cujo tema central foi a “Bioética Global”, até 2005, com a internacionalização da Bioética, consolidada pela homologação da

DUBDH/Unesco, a chamada Bioética Brasileira foi sendo construída mediante estudos, aproximação entre grupos e redes de pesquisa latino-americanas, a exemplo, da Rede Latino-Americana e do Caribe de Biética (Redbioética), da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB) e da Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília.

Dessa forma, prenuncia Garrafa (2005, p. 130): "Se até 1998 a bioética brasileira ainda era uma cópia colonizada dos conceitos vindos dos países anglo-saxônicos do Hemisfério Norte, a partir do surgimento e consolidação de vários grupos de estudo, pesquisa e pós-graduação pelo país sua história começou a mudar".

Nesse cenário de constituição de bases para a emergência e consolidação de uma proposta epistemológica contra hegemônica na qual se assentaria a Bioética Brasileira, o autor elenca as principais categorias que se situam como foco analítico dos estudos bioéticos, fundamentalmente direcionados à proteção dos vulneráveis, que se desenvolveram no país a partir da DUBDH/Unesco, dentre as quais se destacam os denominados quatro "pês" (prevenção, precaução, prudência e proteção):

Categorias como 'responsabilidade', 'cuidado', 'solidariedade', 'comprometimento', 'alteridade' e 'tolerância', dentre outras (19), além do que chamo de quatro 'pês' – prevenção (de possíveis danos e iatrogenias), precaução (frente ao desconhecido), prudência (com relação aos avanços e 'novidades') e proteção (dos excluídos sociais, dos mais frágeis e desassistidos) – para o exercício de uma prática bioética comprometida com os mais vulneráveis, com a 'coisa pública' e com o equilíbrio ambiental e planetário do século XXI, começam a ser incorporadas por bioeticistas latino-americanos críticos em suas reflexões, estudos e pesquisas (Garrafa, 2005, p. 130).

Garrafa (2005, p. 103-131) apresenta, como proposta teórica e prática contra hegemônica, oriunda de pesquisas desenvolvidas na Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília, a "Bioética de Intervenção", cujo conteúdo estabelece um elo concreto com os vulnerabilizados, defendendo, como moralmente justificável,

(...) a) no campo público e coletivo: a priorização de políticas e tomadas de decisão que privilegiem o maior número de pessoas, pelo maior espaço de tempo e que resultem nas melhores consequências, mesmo que em prejuízo de certas situações individuais, com exceções pontuais a serem discutidas; b) no campo privado e individual: a busca de soluções viáveis e práticas para conflitos identificados com o próprio contexto onde os mesmos acontecem (Garrafa, 2005, p. 130-31).

Fundada na crítica aos processos de dominação epistêmica, social e política impostos pelos países centrais, a Bioética de Intervenção possui caráter eminentemente social e propõe uma politização do conhecimento, além de uma intervenção concreta em favor dos socialmente mais frágeis, invisibilizados, apresentando-se como uma perspectiva bioética libertadora.

Nesse viés, é apontada pelos pesquisadores Feitosa e Nascimento como uma proposta epistemológica paradigmática no âmbito da Bioética, que, visando à Justiça Social e tendo como referencial a equidade, propõe-se a operar tanto na dimensão epistemológica, quanto na dimensão política. "Em âmbito epistemológico, por meio da crítica, desconstrução e reconstrução de saberes; no âmbito político, pela reflexão crítica bioética e pela defesa de práticas que estejam comprometidas com a transformação da injusta realidade social" (Feitosa; Nascimento, 2015, p. 283).

Importa situar, nesse contexto de reflexão epistemológica sobre a Bioética Brasileira, a pesquisa desenvolvida por Oliveira, Villapouca e Barroso (2005, p. 363-385), sinalizando a emergência de uma comunidade de bioeticistas no país voltados para a adaptação teórica da Bioética à realidade brasileira.

Desse modo, identificam-se seis importantes vertentes bioéticas, tendo em vista as tendências fundamentadas na adequação de suas teorias ao contexto sociocultural brasileiro, quais sejam: Bioética da reflexão autônoma; Bioética de Intervenção; Bioética da proteção; Bioética da teologia da libertação; Bioética feminista e Bioética antirracista.

Propõe-se, ainda, acrescentar a essas perspectivas a Bioética Ambiental, tendo em vista que a ampliação do objeto e do escopo da Bioética, viabilizada pela DUBDH/Unesco, consolidou o seu avanço em questões relacionadas a saúde global, reaproximando-a, historicamente, da Teoria enunciada, em 1970, por Van Rensselaer Potter, pesquisador norte-americano, que, com o fito de superar a tensão

dicotômica entre o antropocentrismo e o biocentrismo, inaugurou a compreensão da Bioética como ponte entre as ciências biológicas e as humanidades (Fischer *et al.*, 2017, p. 392), com vistas a "(...) balancear os apetites culturais frente às necessidades fisiológicas, no sentido de políticas públicas capazes de gerar a sabedoria necessária com relação ao como usar o saber em prol do bem social" (Schramm, 1997, p.107).

Depreende-se, das abordagens bioéticas brasileiras mencionadas, a constatação e reafirmação da inegável contribuição da DUBDH/Unesco para a comunidade internacional e, em especial, para o avanço das pesquisas acerca da constituição de um corpo de conhecimento bioético tipicamente latino-americano, bem como para a democratização da agenda temática da Bioética no mundo – tanto no que diz respeito à dimensão social dos conteúdos contemplados, quanto no que se refere à manifesta contribuição para promoção, proteção e defesa da cidadania e dos Direitos Humanos, inclusive, e sobretudo, de grupos vulnerabilizados, sem desconsiderar, ainda, a sua importância para o enfrentamento de questões ambientais e ecológicas.

Sob essa ótica, trata-se de diploma ético internacional precursor da oficialização do intrínseco e indispensável relacionamento entre a Bioética e os Direitos Humanos, e que serviu de base tanto para a visibilização das situações de miserabilidade dos países "em desenvolvimento", quanto para que a Bioética, em seu caráter social, e fundamentalmente comprometido com o enfrentamento das injustiças, operasse como condição de possibilidade para a efetivação da cidadania de povos cujos direitos são persistente e sistematicamente violados.

Especificamente, no tocante à Bioética ambiental, sua emergência, no século XX, no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, advém das reflexões sobre o reconhecimento da transformação da relação entre o ser humano e o ambiente e, em especial das alterações nos sistemas ecológicos globais, em decorrência do modelo de desenvolvimento econômico adotado, caracterizado pela exploração de recursos naturais não renováveis, pelo estímulo a avanços científicos e a adesão a novas tecnologias, que propiciaram ao ser humano o exercício de um poder altamente destrutivo para o planeta (Fischer *et al.*, 2017, p. 392).

Enquanto perspectiva teórica, assim como defende Fischer *et al.* (2017), entende-se a Bioética Ambiental como corolário do processo de resgate da compreensão enunciada, em 1970, por Potter, caracterizado pela perspectiva das dimensões interpessoais, socioeconômicas e políticas dos dilemas éticos ambientais.

Nessa linha intelectual, a internacionalização do debate ambiental ocorreu após a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente (Estocolmo, em 1972), que deu origem ao relatório Meadows (1972), sobre os limites do crescimento, e a relatórios subsequentes (Tinbergen, 1978; Laszlo, 1977), período de emergência do paradigma da ecologia política e da difusão dos movimentos socioambientais, além da criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma), com a abordagem do "ecodesenvolvimento" (Eckholm, 1982) (Fischer *et al.*, 2017, p. 398).

Do mesmo modo, o movimento ecológico brasileiro também surgiu nos anos 1970, diante do desenvolvimento urbano industrial, da expansão da fronteira agrícola para o norte e centro-oeste e da exploração dos recursos naturais, assumindo novos contornos, nos anos 1980, com a identificação do movimento ecopolítico, caracterizado pela articulação da pauta ambiental no âmbito parlamentar (Fischer *et al.*, 2017, p. 398).

Em referência à pesquisa científica, realizada, por Fischer *et al.* (2017, p. 399-400), com o emprego da técnica de análise de conteúdo, em títulos, resumos e palavras-chave, de produções científicas publicadas, nas últimas quatro décadas, isto é, no período de 1970 a 2012, nos portais Pubmed e Periódicos Capes, vinculados aos termos: "bioethics/bioética"; "environmental bioethics"/"bioética ambiental"; e "environmental ethics"/"ética ambiental", nos continentes americano, europeu, asiático e africano, evidencia-se, na América do Sul e, em especial, no Brasil, o predomínio de publicações relacionando a bioética às questões ambientais, inclusive, com adoção da terminologia, também utilizada por esta pesquisa, "bioética ambiental".

No que concerne à abordagem temática das publicações consultadas, destaca-se que 60% refletem sobre as implicações éticas do homem em sua relação com a natureza, ao passo que 11,2% abordam temas e aplicações, como a exploração

de recursos marinhos, controle sanitário em aeroportos, normatização e direito, saúde e tecnologia; 29% versam sobre histórico e definições; 16% abordam política; 13% tratam da saúde, 9,7% tematizam a educação; 6,5% focalizam o direito; 6,4% discorrem sobre correntes éticas; 6,45% discutem biomimética e etnoconhecimento; 6,4% refletem sobre teologia; 3,2% debatem ciências agrárias e ambientais e 3,3% se direcionam para o consumo (Fischer et. al, 2017, p. 400-401).

No que se refere aos desafios éticos ambientais contemporâneos, em investigação, que reclamam a intervenção da bioética, foram identificados: "(...) a degradação do ambiente devido à exploração irresponsável dos recursos naturais, o aquecimento global e as desigualdades sociais", com destaque para a sua associação com os princípios éticos de justiça, responsabilidade e sustentabilidade (Fischer et. al, 2017, p. 401), os quais, argumenta-se, na presente pesquisa, constituirão o núcleo axiológico da Bioética Ambiental brasileira.

Ao disporem sobre a Bioética Global e a consolidação de uma ética que se preocupa com o futuro, Pessini e Baerchifontaine (2008, p. 87-88), também propõem que a bioética seja, novamente, compreendida como "ciência da sobrevivência humana".

Nesse sentido, aduzem que a ela cumpre o estabelecimento de pontes entre as diversas éticas especializadas, que emergem das gramáticas socio-culturais, a exemplo da ética médica, da ética ambiental, da ética agrícola, da ética social; da ética capitalista.

Para os autores, a função da bioética consiste justamente em "(...) construir pontes em direção a cada uma das especialidades e pontes entre as especialidades para possíveis desenvolvimentos de uma bioética global, que vê o bem-estar humano, no contexto do respeito pela natureza" (Pessini e Baerchifontaine, 2008, p. 87).

Dessa forma, a fundamentação da bioética ambiental e, notadamente, da ética da relação do ser humano com o meio ambiente, exige, necessariamente, a tomada de posição em favor da relação simbiótica da humanidade com os biodiversidade e os sistemas ecológicos, da promoção de reservas sustentáveis de alimento para a população; do enfrentamento das desigualdades e injustiças sociais e, sobretudo, da adoção de um modelo econômico compatível com a sustentabilidade ambiental e

com a efetivação dos Direitos Humanos.

Ratificando a relevância da reflexão proposta, impende salientar que as pautas emergentes da denominada Bioética Ambiental brasileira, além de se coadunarem com as questões de primeira ordem da agenda da Organização das Nações Unidas (ONU), haja vista os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, reforçam a interdependência da problemática ecológica, com a luta contra a pobreza e demais condicionamentos sociopolítico, econômicos e culturais, para a construção de um mundo mais justo.

É dizer, pensar uma concepção de sociedade ambientalmente sustentável, assim como o relacionamento ético da humanidade com a natureza, exigem, fundamentalmente, a implementação de instrumentos, ações e políticas de inclusão para a superação das injustiças e desigualdades sociais (Pessini e Baerchifontaine, 2008, p 93).

Tais reflexões demarcam as bases que alicerçam a denominada Bioética ambiental brasileira, que urge pela transição do modelo econômico capitalista e desenvolvimentista, que instrumentaliza a natureza e condiciona, ilimitadamente, os recursos naturais disponíveis, a serviço da acumulação do capital e dos valores que a fomentam, por uma modelo político e socioeconômico, lastreado em posturas críticas, alterações cognitivo-comportamentais, práticas, políticas e diretrizes de desenvolvimento econômico, científico e tecnológico, capazes de oferecer respostas criativas, inclusivas e sustentáveis aos dilemas éticos ambientais destes tempos.

Trata-se do exercício de compreender a bioética ambiental brasileira, à luz da perspectiva do sul-sul, como ponte para a análise dos desafios decorrentes das alterações do relacionamento homem-natureza, da degradação dos sistemas ecológicos, do desenvolvimento econômico ambientalmente insustentável, da ideologia do progresso e da vastidão dos recursos naturais, do fomento ilimitado a avanços científicos e tecnológicos.

3 SISTEMATIZAÇÃO DAS DIRETRIZES DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE AGROECOLOGIA E PRODUÇÃO ORGÂNICA (PNAPO)⁴

A PNAPO, regulamentada pelo Decreto n.º 7.794/2012 visa, em suma, contribuir para o desenvolvimento sustentável e para a melhoria da qualidade de vida da população, com a oferta e o consumo de alimentos saudável. Nos termos da normativa citada, foi instituída com o objetivo de

(...) integrar, articular e adequar políticas, programas e ações indutores da transição agroecológica, da produção orgânica e de base agroecológica, como contribuição para o desenvolvimento sustentável e a qualidade de vida da população, por meio do uso sustentável dos recursos naturais e da oferta e consumo de alimentos saudáveis. (...)

Em seu artigo 3º, a referida normativa estabeleceu as Diretrizes da PNAPO, nos seguintes termos:

(...) **I - promoção da soberania e segurança alimentar e nutricional e do direito humano à alimentação adequada e saudável**, por meio da oferta de produtos orgânicos e de base agroecológica isentos de contaminantes que ponham em risco a saúde;

II - promoção do uso sustentável dos recursos naturais, observadas as disposições que regulem as relações de trabalho e favoreçam o bem-estar de proprietários e trabalhadores;

III - conservação dos ecossistemas naturais e recomposição dos ecossistemas modificados, por meio de sistemas de produção agrícola e de extrativismo florestal baseados em recursos renováveis, com a adoção de métodos e práticas culturais, biológicas e mecânicas, que reduzam resíduos poluentes e a dependência de insumos externos para a produção;

IV - promoção de sistemas justos e sustentáveis de produção, distribuição e consumo de alimentos, que aperfeiçoem as funções econômica, social e ambiental da agricultura e do extrativismo florestal, e priorizem o apoio institucional aos beneficiários da Lei n.º 11.326, de 2006;

⁴ Capítulo elaborado com base no disposto no Decreto n.º 7.794/2012 e no PLANAPO: BRASIL. Câmara Interministerial de Agroecologia e Produção Orgânica (CIAPO). Brasil agroecológico: Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (PLANAPO). Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2013. Disponível em: <https://agroecologia.org.br/wp-content/uploads/2013/11/planapo-nacional-de-agroecologia-e-producao-organica-planapo.pdf>. Acesso em 15 de jul. 2024.

V - valorização da agrobiodiversidade e dos produtos da sociobiodiversidade e estímulo às experiências locais de uso e conservação dos recursos genéticos vegetais e animais, especialmente àquelas que envolvam o manejo de raças e variedades locais, tradicionais ou crioulas;

VI - ampliação da participação da juventude rural na produção orgânica e de base agroecológica; e

VII - contribuição na redução das desigualdades de gênero, por meio de ações e programas que promovam a autonomia econômica das mulheres.(...)

O Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (PLANAPO), também conhecido como “Brasil Agroecológico” consiste no principal instrumento da referida política pública, a qual possui como instâncias de gestão:

a) a Comissão Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (CNAPO), composta por quatorze representantes da sociedade civil e quatorze representantes de órgãos do Governo Federal, com seus respectivos suplentes, coordenada pela Secretaria Geral, e responsável pela promoção da participação da sociedade na elaboração do PLANAPO, mediante a proposição das diretrizes, dos objetivos e das ações prioritárias a serem desenvolvidas; e

b) a Câmara Interministerial de Agroecologia e Produção Orgânica (CIAPO), composta por representantes de dez ministérios, responsável pela elaboração do PLANAPO, bem como pela articulação de órgãos e entidades do Poder Executivo Federal para a implementação da PNAPO.

O PLANAPO resulta da cooperação e do esforço dialógico entre múltiplos atores da sociedade civil, cuja atuação contribuiu sobremaneira para a articulação de programas e ações indutoras da transição agroecológica, da produção orgânica e de base agroecológica, para a melhoria da qualidade de vida da população.

No contexto das organizações sociais do campo e, em especial dos movimentos nacionais que contribuíram ativamente para a elaboração da PNAPO, mencionam-se: **i)** No âmbito da agroecologia: a Articulação Nacional de Agroecologia (ANA), a Associação Brasileira de Agroecologia (ABA) e; a Articulação Semiárido (ASA); e **ii)** No âmbito da produção orgânica: as Comissões da Produção Orgânica das Unidades da Federação (CPOrgs) e a Câmara Temática de Agricultura Orgânica (CTAO) do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa).

Além desses, dentre os movimentos sociais cujas pautas reivindicatórias fortaleceram a agroecologia como paradigma do desenvolvimento rural sustentável, enfatizam-se: a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag), a Federação Nacional dos Trabalhadores e Trabalhadoras na Agricultura Familiar (Fetraf) e a Via Campesina e a Marcha das Margaridas.

Também merecem destaque pela relevante contribuição para a construção coletiva da PNAPO e do PLANAPO: **i)** o Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável (Condraf); **ii)** o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea); **iii)** a Comissão Interministerial de Educação em Agroecologia; e **iv)** o Fórum Permanente de Agroecologia da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa).

O PLANAPO tem como espectro a valorização do conhecimento de agricultores e agricultoras familiares, assentados e assentadas da reforma agrária, e dos povos e comunidades tradicionais, acerca de práticas agroecológicas e orgânicas em seus sistemas de produção.

Nessa perspectiva, aborda temática relativas ao êxodo e à sucessão rural, à reforma agrária, à democratização do acesso à terra e à garantia de direitos aos trabalhadores do campo, além de, na seara produtiva, atentar-se para a demanda por tecnologias ambiental e culturalmente adequadas e, portanto, compromissadas com um modelo de desenvolvimento agrícola e rural que leve em consideração questões econômicas, sociais, políticas e éticas para a melhoria das condições de saúde e de vida da população.

Orientando-se pelas diretrizes da PNAPO, acima elencadas, o PLANAPO estabeleceu os seguintes macrodesafios:

- Ampliação do número de agricultores/as e produtores/as envolvidos/as com a produção orgânica e de base agroecológica;
- Incentivo ao registro, à produção e à distribuição de insumos adequados à produção orgânica e de base agroecológica;
- Fomento à conservação, ao manejo e ao uso sustentável dos recursos naturais;

- Contribuição para a organização de agricultores e agricultoras em cooperativas e redes solidárias, a ampliação das compras e subvenções e o número de pontos de venda de produtos;
- Ampliação da utilização de crédito e outras formas de financiamento e fomento para o custeio e implantação de infraestruturas produtivas e comerciais;
- Inclusão e incentivo à abordagem da agroecologia e de sistemas de produção orgânica nos diferentes níveis e modalidades de educação e ensino, bem como no contexto das práticas e movimentos sociais, do mundo do trabalho e das manifestações culturais.
- Democratização da agenda de pesquisa e sua integração com a extensão, de modo a socializar o conhecimento agroecológico para técnicos/as, agricultores/as e produtores/as.
- Estímulo à agroindustrialização e a outras formas de agregação de valor aos produtos orgânicos e de base agroecológica.
- Ampliação do acesso de consumidores a informações e ao consumo de produtos orgânicos e de base agroecológica;
- Reconhecimento e fortalecimento do protagonismo dos/as jovens e das mulheres rurais na agroecologia e produção orgânica.
- Fortalecimento do papel das redes na articulação dos atores e na dinamização de ações relacionadas à produção orgânica e de base agroecológica. (BRASIL, 2013)

Dessa forma, à luz dos macrodesafios acima anunciados, a implementação da PLANAPO preconiza a transição agroecológica e a conversão para sistemas orgânicos de produção, estimulando a incorporação dos princípios e das práticas agroecológicas nas unidades produtivas e nas instituições estatais.

Sob esse prisma, a PLANAPO exerce direta influência no modelo de desenvolvimento econômico e produtivo adotado, com vistas a adesão a um modelo de desenvolvimento inclusivo e sustentável, que guarda estreita relação e compatibilidade com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030

e, em especial, com o Objetivo 2, direcionado para a erradicação da fome, o alcance de segurança alimentar, a melhoria da nutrição e a promoção da agricultura sustentável.

4 BIOÉTICA AMBIENTAL: PONTE PARA A INTERLOCUÇÃO DA DUBDH/UNESCO COM A PNAPO

No que tange ao aspecto legal e normativo, isto é, do ponto de vista estrutural das normas jurídicas que a compõem, a DUBDH/Unesco é constituída por 28 artigos, divididos em 5 capítulos, dentre os quais se encontram disposições gerais (art. 1º), objetivos a serem perquiridos (art. 2º), princípios a serem observados (arts. 3º a 17), diretrizes para a sua aplicação, implementação (arts. 18 a 21), promoção (arts. 22 a 25) e interpretação (arts. 26 a 28).

Quanto aos objetivos previstos no art. 2º da Declaração (Unesco, 2005), cumpre descrevê-los a seguir:

- (i) **prover uma estrutura universal de princípios e procedimentos para orientar os Estados na formulação de sua legislação, políticas ou outros instrumentos no campo da bioética;**
- (ii) **orientar as ações de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas públicas e privadas;**
- (iii) **promover o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, assegurando o respeito pela vida dos seres humanos e pelas liberdades fundamentais, de forma consistente com a legislação internacional de direitos humanos;**
- (iv) reconhecer a importância da liberdade da pesquisa científica e os benefícios resultantes dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos, evidenciando, ao mesmo tempo, a necessidade de que tais pesquisas e desenvolvimentos ocorram conforme os princípios éticos dispostos nesta Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais;
- (v) promover o diálogo multidisciplinar e pluralístico sobre questões bioéticas entre todos os interessados e na sociedade como um todo;
- (vi) promover o acesso equitativo aos desenvolvimentos médicos, científicos e tecnológicos, assim como a maior difusão possível e o rápido compartilhamento de conhecimento relativo a tais desenvolvimentos e a participação nos benefícios, com particular atenção às necessidades de países em desenvolvimento;

- (vii) **salvaguardar e promover os interesses das gerações presentes e futuras; e**
- (viii) **ressaltar a importância da biodiversidade e sua conservação como uma preocupação comum da humanidade.**

Salientam-se os objetivos delineados nos subitens i, ii, iii, vii e viii, do artigo 2º, da DUBDH/Unesco, por guardarem maior pertinência com o objeto desta pesquisa, e, assim, contribuir para o avanço da reflexão proposta, na medida em que endossam a potencialidade da Bioética e dos Direitos Humanos para, em conjunto e complementarmente, constituírem-se como áreas do conhecimento norteadoras de políticas públicas destinadas à tutela dos direitos fundamentais e ao enfrentamento das vulnerabilidades ambientais e, além disso, propositivas de perspectivas alternativas, decoloniais, na concretude das relações humanas, e na salvaguarda de interesses intergeracionais, planetários e da variedade de ecossistemas.

Especificamente, quanto aos princípios contemplados pela Declaração, enfatizam-se, além dos tradicionalmente reconhecidos e persistentemente estudados pelo campo da Bioética – benefício e dano (art. 4º), autonomia (art. 5º), consentimento (arts. 6º e 7º), vulnerabilidade (art. 8º), privacidade (art. 9º) e confidencialidade (art. 9º) –, também aqueles que viabilizaram o aprofundamento do debate bioético para questões globais de interesse público e social relevantes e ligados à tutela de direitos humanos individuais, difusos e coletivos, quais sejam: dignidade (art. 3º), igualdade (art. 10), equidade (art. 10), justiça (art. 10), não discriminação/não estigmatização (art. 11), respeito à diversidade cultural e ao pluralismo (art. 12), solidariedade e cooperação (art. 13), responsabilidade social (art. 14) e proteção das gerações futuras, do meio ambiente e da biodiversidade (art. 17).

Para Junges (2006, p. 22-23; 34-35) a inclusão do artigo 17 na DUBDH/Unesco, cuja inclusão no diploma resulta do ativismo e dos movimentos incitados por bioeticistas dos países ditos “em desenvolvimento”, representou a demarcação de um posicionamento e de uma preocupação ecológica com os rumos da organização econômico-industrial e político-social, de modo a incitar mudança paradigmática na vida individual e coletiva, no tocante à produção de bens de consumo e à relação humanidade-natureza.

Salienta-se, ainda, que, para o autor, a preservação ambiental implica a consideração do ambiente na sua totalidade, isto é, "(...) como um sistema integral de interdependências (biosfera)", que repercute na organização e na convivência social, compreendendo-se o ambiente como elemento constitutivo básico da qualidade de vida e da saúde.

Tendo em perspectiva a pertinência axiológica com as diretrizes enunciadas pela PNAPO, destacam-se os seguintes princípios da DUBDH/Unesco:

- **Princípio do Respeito pela vulnerabilidade humana e pela integridade individual (art. 8º):** sedimenta o compromisso de proteger indivíduos e grupos, levando-se em consideração, quando no processo de tomada de decisão acerca da aplicação dos conhecimentos científicos e das tecnologias, as suas vulnerabilidades humanas.

Relaciona-se diretamente com a diretriz da PNAPO que prenuncia o dever de promover o "(...) uso sustentável dos recursos naturais, em observância às disposições que regulem as relações de trabalho e que favoreçam o bem-estar de proprietários e trabalhadores" (inciso II).

A DUBDH/Unesco reafirma, assim, a necessidade de atentar-se às vulnerabilidades dos trabalhadores rurais, de modo a condicionar que as intervenções provenientes do avanço científico e tecnológico, no meio em que se inserem, encontre como limite ético a tutela da sua integridade individual, do seu bem-estar e da sua qualidade de vida.

Nesse contexto, e exemplificativamente, extrai-se da bioética ambiental a vedação de exposição humana indiscriminada, de trabalhadoras e trabalhadores rurais, ao uso de pesticidas químicos e substâncias reconhecidamente nocivas à saúde humana (Scorza; Beltramim; Bombardi, 2023) (Lopes, Albuquerque, 2018).

- **Princípio da Igualdade, Justiça e Equidade (art. 10º):** trata da igualdade em sua acepção formal e material, abarcando, ainda, o compromisso com o tratamento justo e equânime, na busca pelo alcance de condições adequadas às necessidades de cada indivíduo ou grupo de pessoas. A busca por equidade e justiça ambiental pressupõe a imposição de limites às intervenções humanas na natureza, com vistas ao equilíbrio natural;

Coaduna-se com a diretriz da PNAPO que prevê a "(...) promoção de sistemas justos e sustentáveis de produção, distribuição e consumo de alimentos, que (...) priorizem o apoio institucional aos beneficiários da Lei n.º 11.326, de 2006", a saber os agricultores familiares rurais.

A aplicação da DUBDH/Unesco possibilita vislumbrar o apoio institucional de que os agricultores familiares rurais necessitam como mecanismo concreto de intervenção ética na realidade desse grupo, objetivando a concretização da igualdade material e do equilíbrio ecológico, em meio a coexistência dos sistemas produtivos convencionais e agroecológicos.

- **Princípio da Não discriminação e não-estigmatização (art. 11):** demarca o dever de insurgência contra os processos de dominação, exclusão e submissão de indivíduos ou grupos de seres humanos, em reconhecimento das diferenças, da pluralidade, das múltiplas formas de existir e de viver;

Articula-se com a diretriz da PNAPO que enuncia a necessidade de contribuir para a "(...) redução das desigualdades de gênero, mediante a implementação de ações e programas que promovam a autonomia econômica da mulher" (inciso VII), em reconhecimento da discriminação histórica e da dominação de natureza estrutural, imposta pelo patriarcado.

A Bioética Ambiental, à luz da adoção da perspectiva de gênero, adotada pela PNAPO, impõe o dever ético de implementação de políticas de ações afirmativas, com a finalidade de fomentar a autonomia financeira de empregadoras e trabalhadoras rurais, situadas no cenário da produção orgânica e de base agroecológica.

- **Princípio da Solidariedade (art. 13):** alude ao dever de solidariedade entre os seres humanos, em manifesta prevalência da adoção de ações concretas de estímulo à redução das desigualdades, e em oposição a modelos sociais individualistas de estímulo a competitividade incondicionada;

Também dialoga com a diretriz da PNAPO que prevê a "(...) **promoção de sistemas justos e sustentáveis de produção, distribuição e consumo de alimentos**, que aperfeiçoem as funções econômica, social e ambiental da agricultura e do extrativismo florestal (inciso IV)", haja vista que a implementação da referida política pública incentiva e preconiza a adesão a sistemas produtivos agroecológicos

cooperativos e a agricultura familiar, cujo modelo social se alicerça na solidariedade entre os atores.

- **Princípio da Responsabilidade social e saúde (art. 14):** estabelece o compromisso dos Estados de assumirem a saúde e o desenvolvimento social como objetivos fundamentais. Trata-se do estímulo a adesão a modelos de desenvolvimento sustentáveis e que, portanto, limitem o progresso da ciência e da tecnologia ao dever de assegurar a qualidade de vida planetária, mediante o acesso a alimentação adequada, a melhoria das condições de vida e do meio ambiente e a eliminação dos processos de marginalização e exclusão;

A interlocução da PNAPO com a DUDH/Unesco, a partir da aplicação do princípio da responsabilidade social e saúde, ocorre por meio da diretriz da "(...) promoção da soberania e segurança alimentar e nutricional e do direito humano à alimentação adequada e saudável, por meio da oferta de produtos orgânicos e de base agroecológica isentos de contaminantes que ponham em risco a saúde" (inciso I);

Ressalta-se, nesse aspecto, o ponto nodal desta pesquisa, o direito fundamental à alimentação adequada, definido, à luz da Lei federal n.º 11.346/2006, como o direito ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficientes, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, baseado em práticas comprometidas com a saúde, o respeito à diversidade cultural e a adoção de práticas ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

A responsabilidade social e a saúde de que trata a DUBDH/Unesco introduz o compromisso finalístico da bioética ambiental com a proteção contra a fome; a garantia do alimento dotado de valor nutricional; o dever de assegurar a alimentação em quantidade e qualidades necessárias ao atendimento das necessidades de saúde e livre de substâncias nocivas, isto é, livre de substâncias que exponham a saúde humana a risco e comprometa as condições de vida, a produção de alimentos que respeitem a diversidade cultural, e o acesso a alimento produzido com base em práticas ambientalmente inclusivas e adequadas.

- **Princípio da Proteção das gerações futuras (art. 16):** dispõe sobre as repercussões da ciência da vida sobre as gerações futuras e sobre a sua constituição

genética;

Sustenta-se a interpretação extensiva da DUBDH/Unesco para demonstrar a sua convergência com a diretriz da PNAPO de "(...) valorização da agrobiodiversidade e dos produtos da sociobiodiversidade e estímulo às experiências locais de uso e conservação dos recursos genéticos vegetais e animais, especialmente àquelas que envolvam o manejo de raças e variedades locais, tradicionais ou crioulas; (inciso V)" na medida em que, seu conteúdo, também abarca a interação entre o ambiente e recursos genéticos e, portanto, as repercussões científicas sobre a constituição genética dos vegetais e das espécies da biodiversidade, utilizadas pelas comunidades locais, pelos povos indígenas e pelos agricultores familiares.

- Princípio da Proteção do Meio Ambiente, da Biosfera e da Biodiversidade (art. 17): tutela a proteção ao meio ambiente, a biosfera e a biodiversidade, além da utilização adequada dos recursos e do respeito aos saberes tradicionais, representando um convite a pensar o meio ambiente levando em consideração a sua complexidade, interdependência.

A DUBDH/Unesco vai ao encontro da diretriz da PNAPO que disciplina a "(...) conservação dos ecossistemas naturais e recomposição dos ecossistemas modificados, por meio de sistemas de produção agrícola e de extrativismo florestal baseados em recursos renováveis, com a adoção de métodos e práticas culturais, biológicas e mecânicas, que reduzam resíduos poluentes e a dependência de insumos externos para a produção;" (inciso III).

Sem deixar de considerar os limites postos pela pretensa universalidade que caracteriza a mencionada Declaração, afirma-se, em consonância com a crítica político-epistêmica advinda das bioéticas latino-americanas (propositadamente, no plural), que os princípios nela enunciados demandam (re)leitura específica e condizente com a concretude das relações sociais e políticas de cada nação.

Nesse viés, sua compreensão demanda análise constante e concreta à luz da realidade específica e, notadamente, das problemáticas persistentes identificadas em um dado país, neste caso, no cotidiano dos desafios e das possibilidades para a implementação, ambientalmente ética, da política pública de agroecologia e produção orgânica no Brasil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a imprescindibilidade da reflexão acerca dos princípios, valores e limites bioéticos, oriundos, sobretudo, de uma hermenêutica guiada pela Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, as contribuições da Bioética Ambiental, para a implementação da PNAPO, e, em especial, para a efetivação do direito humano fundamental à alimentação adequada, advém da articulação teórico-conceitual entre a Bioética Latino-Americana, fundamentada no enfrentamento das vulnerabilidades sociais, econômicas e ambientais, com enfoque para estas últimas, e as diretrizes que alicerçam a política pública em questão.

Trata-se do exercício de compreender a bioética ambiental, à luz da perspectiva do sul-sul, como ponte para a análise dos desafios decorrentes das alterações do relacionamento homem-natureza e dos sistemas ecológicos, em alusão e resgate à conceituação preconizada por Potter (Fischer *et al.*, 2017).

Destaca-se o relacionamento dos objetivos delineados nos subitens i, ii, iii, vii e viii, do artigo 2º, da DUBDH, por guardarem pertinência com as diretrizes da PNAPO, enunciando-os como relevantes vetores éticos da política pública, para estimular a transição da agricultura convencional para a agricultura orgânica ou de base agroecológica, a qual, nos termos do art. 2º, incisos III e IV da Lei federal n.º 7794/2012, pressupõe a transformação das bases produtivas e sociais, inclusive do uso da terra e dos recursos naturais, orientados por sistemas de agricultura que busquem otimizar a integração entre capacidade produtiva, uso e conservação da biodiversidade, equilíbrio ecológico, eficiência econômica e justiça social.

Na esteira do que propõem Oliveira e Palácios (2009), a reflexão sobre a aplicação da bioética ambiental à PNAPO, levou em consideração a oferta de resposta às questões a seguir delineadas:

- **“(a) o objeto da preocupação ética”:** a PNAPO;
- **“(b) a motivação foca exclusivamente na manutenção da qualidade da vida humana”?** A PNAPO focaliza a transição agroecológica, da produção orgânica e de base agroecológica por meio do uso sustentável dos recursos naturais e da oferta e consumo de alimentos saudáveis, visando a contribuir com o desenvolvimento sustentável e com a qualidade de vida da população;

▪ **“(c) quais fundamentos morais devem orientar medidas de intervenção”?**

Os princípios da DUBDH/Unesco selecionados com base convergência temática com as diretrizes da PNAPO;

▪ **“(d) e em que medida pode-se aplicar o princípio da justiça, respeitando a autonomia dos sujeitos”?** A partir da aplicação do princípio de justiça ambiental, à luz das vulnerabilidades dos principais atores da política pública (agricultoras e agricultores familiares e organizações econômicas sociais da agricultura familiar), e dos desafios enfrentados em seu cotidiano para a implementação, ambientalmente ética, da PNAPO.

Salienta-se a potencialidade da Bioética Ambiental brasileira para o enfrentamento dos dilemas éticos ambientais relativos à pauta agroecológica, adotando-se como guia da reflexão ética, na convergência da proposta de Fischer et. al. (2017, p. 406) “(...) ideais e princípios éticos como justiça, precaução, equidade e cooperação, destacando-se a sensibilização com o sofrimento alheio e o compartilhamento de um mesmo ‘destino histórico planetário’”.

Propõe-se que a Bioética ambiental seja vislumbrada como ponte para a implementação da PNAPO, sendo relevante considerar a aproximação e o envolvimento de bioeticistas nos espaços propositivos de participação da sociedade para a elaboração de ações prioritárias indutoras e de estímulo à transição agroecológica, a exemplo da Comissão Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (CNAPO), medida indispensável para a sustentabilidade, local e global, dos sistemas ecológicos e humanos, haja vista os valores éticos e os interesses coletivos, inclusivos e solidários, inerentes a concretização do modelo de desenvolvimento econômico, calcado na agricultura familiar, e a responsabilidade social e da saúde das futuras gerações, lastreada no compromisso com a produção de alimentação orgânica ou de base agroecológica .

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. (Coleção Feminismos Plurais).

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Principles of biomedical ethics**. New York: Oxford University Press. 1979.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy**: uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latino-americana. 2014. 229 f. Tese (Doutorado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

BRASIL. Câmara Interministerial de Agroecologia e Produção Orgânica (CIAPO). **Brasil agroecológico**: Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica (PLANAPO). Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2013. Disponível em: <https://agroecologia.org.br/wp-content/uploads/2013/11/planapo-nacional-de-agroecologia-e-producao-organica-planapo.pdf>. Acesso em 15 de jul. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 7.794, de 20 de agosto de 2012**. Institui a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica. Brasília, DF, 21 ago. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7794.htm. Acesso em: 7 jul. 2024.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. Apresentando a Bioética. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel, GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 302.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

FEITOSA, Saulo Ferreira; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. A bioética de intervenção no contexto do pensamento latino-americano. **Revista Bioética**, v. 23, n. 2, p. 277-284, 2015.

FISCHER, Marta Luciane *et al.* Da ética ambiental à bioética ambiental: antecedentes, trajetórias e perspectivas. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v.24, n.2, abr.-jun. 2017, p.391-409. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/RWy3SRjRfxx8yZXSxrtvvQC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 jul. 2024.

GARRAFA, Volnei. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. **Bioética**, v. 13, n. 1, p. 125-134, 2005.

GARRAFA, Volnei; MACHOLA-CASTILHO, Camilo. Releitura crítica (social e política) do princípio da justiça em bioética. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 3, p. 11-30, set./dez. 2017.

JUNGES, José Roque. A proteção do meio ambiente na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Bioética**, n. 1, v. 2, 2006. Disponível em: https://doc-14-c4-apps-viewer.googleusercontent.com/viewer/secure/pdf/91lig5dj455rbvg5hr2f7oljdiln02cg/rdmvl09b6eeoa1u6a31rj3iuuc2l5fru/1724693550000/gmail/07015733414059523593/ACFrOgAq_ipSFmIM9jK3uFii43blwbSy7ltpz_Zivx2DA8i04V3ty6tO9R-EVZPbiU0UmlzxjH0Slwzmy-cQnb4gM3rP3YnzPs_gdmo_2aBf1hhiFH078zvFoDXyTyF5G3tHCN70GS5liYnRS-Us?print=true&nonce=bgjf3ar2agpuk&user=07015733414059523593&hash=3i4jcg7tghcnhtre1ak0b6b854r0rpu3. Acesso em: 15 jul. 2024.

LOPES, Carla Vanessa Alves; Albuquerque, Guilherme Souza Cavalcanti de. Agrotóxicos e seus impactos na saúde humana e ambiental: uma revisão sistemática. **Saúde debate** [Internet], n. 42, v. 117, 2018, p. 518–34.

NASCIMENTO, Wanderson Flor do; MARTORELL, Leandro Brambilla. A bioética de intervenção em contextos descoloniais. **Revista Bioética (Impresso)**, v. 21, n. 3, p. 423-231, 2013.

NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. **Revista Bioética**, n. 1, v. 4, p. 1-9, 1996. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/392/355. Acesso em: 27 jul. 2024.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. **Revista Bioética**, v. 15, n. 2, p. 170-185, 2007.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; VILLAPOUCA, Karin Calazans; BARROSO, Wilton. Perspectivas epistemológicas da bioética brasileira a partir da Teoria de Thomas Kuhn. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 1, n. 4, p. 363-385, 2005.

OLIVEIRA, Claudia Almeida de; PALÁCIOS, Marisa. Diferentes abordagens sobre ética ambiental. **Cadernos de Saúde Coletiva**, v. 17, n.3, p.493-510. 2009.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Bioética: do principialismo à busca de uma perspectiva latino-americana. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética: projeto de apoio ao conhecimento médico, diagnóstico da América**. São Paulo: Loyola. 2008.

PORTO, Dora. Bioética na América Latina: desafio ao poder hegemônico. **Revista Bioética**, v. 22, n. 2, p. 213-224, 2014.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971.

SCORZA, Fulvio; BELTRAMIM, Larissa; BOMBARDI, Larissa. Pesticide exposure and human health: Toxic legacy. **Clinics** [Internet], n. 78, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/clin/a/sD3tJP8hddx66LpkY3fTyPF/?lang=en#>. Acesso em: 27 jun. 2024.

SCHRAMM, Fermin Roland. Nihilismo tecnocientífico, holismo moral e a “bioética global” de V.R. Potter. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, n. 1, v.4, p. 95-115. 1997.

3. CONSTITUCIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ALGORITMOS



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-03>

César Landa Arroyo

INTRODUCCIÓN

A lo largo del año 2020, en el Perú y en el mundo se ha incrementado exponencialmente el uso del Internet a raíz de la pandemia generada por el COVID-19, la cual ha forzado a millones de personas a realizar cuarentenas obligatorias o voluntarias en casa. En consecuencia, muchos han tenido que continuar su vida profesional, laboral, comercial, educativa, recreativa, y sanitaria, entre otras, desde computadoras, portátiles, tabletas y celulares que les permitan buscar, registrar, procesar, transmitir y recibir información.

Este proceso ha cambiado la relación de las personas con los equipos tecnológicos, a causa de la dependencia casi absoluta en estos, lo que ha generado un impacto en el mercado del Internet. Esto último se debe, no solo al alza de la demanda de equipos, programas o conectividad, sino también, al desarrollo de aplicaciones basadas en la inteligencia artificial, cuyas funciones exceden las del rastreo digital de la pandemia. Frente a ello, se presenta el problema de que el suministro del servicio está concentrado en los grandes proveedores y plataformas digitales mundiales, quienes a su vez, poseen un activo patrimonial con un alto precio de mercado para las empresas y personas naturales: los datos personales (Navas et al., 2017, pp. 289-290).

Ello es así en la medida que las personas, en sus relaciones con el Estado y el mercado, requieren registrar sus datos personales de forma electrónica o biométrica. Aquello ocurre cada vez que uno busca obtener un documento de identidad o un pasaporte, proceder a pagar impuestos, interponer una demanda judicial o cuando queda registrado al pasar por el control inteligente de los semáforos y de sus cámaras. Sin embargo, también al conducir (dirigidos, oralmente, por una aplicación

de tráfico y navegación), realizar operaciones bancarias por Internet o compras online (locales, nacionales o internacionales con entrega a domicilio), detectar y filtrar correos no deseados, solicitar un servicio de taxi, o rastrear mediante la geolocalización a las personas contactadas con un diagnóstico de COVID-19, entre otros.

Todo ello se basa, en particular, en el desarrollo de la inteligencia artificial, la cual permite que un algoritmo se exprese en un lenguaje de programación para así realizar actividades registradas y procesadas por máquinas inteligentes (computadoras). Es decir, una máquina reemplaza las funciones cognitivas de los funcionarios del Estado o los empleados de las empresas, maximizando sus objetivos y tareas. Así, en este proceso, las máquinas inteligentes sustituyen las capacidades humanas para percibir, razonar, decidir, aprender y resolver problemas, realizando una interpretación adecuada de los datos captados y procesados.

No obstante, la cuestión principal es si el proceso de recojo, procesamiento y resultado se debe ajustar únicamente a criterios tecnológicos, sin perjuicio del marco del Derecho Constitucional de las libertades y derechos fundamentales, así como también de los deberes; o si los derechos fundamentales constituyen el fundamento y el límite del desarrollo tecnológico de la inteligencia artificial y en particular, de los algoritmos.

Por ello, en un Estado democrático constitucional, el uso de los algoritmos, en el marco del desarrollo de la inteligencia artificial, nos lleva a preguntarnos: ¿Cuál es el estado actual del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, a través del diseño y uso del Internet? (Landa, 2019). Para ello, analizaremos, primero, la relación de la Constitución con la inteligencia artificial y, segundo, la relación de los derechos fundamentales con los algoritmos; para finalmente concluir en un balance sobre la necesidad de su regulación para cautelar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

CONSTITUCIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado democrático y social de Derecho. En el Perú, la Constitución Política de 1993 establece un orden público

sobre la base del respeto de los derechos fundamentales y el establecimiento de límites al poder público y privado (arts. 2 y 45). En este sentido, el orden público constitucional reconoce la libertad de empresa (art. 59), la libertad de creación intelectual y el derecho a la propiedad sobre dichas creaciones (art. 2.8), al igual que la libertad de contratar (art. 2.14). Asimismo, también establece que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado (art. 1). Por tanto, los principios de privacidad, seguridad e inclusión digital (art. 2.6), así como, los derechos a la igualdad y no discriminación (art. 2.2) son vinculantes para el mercado y las empresas de las tecnologías de la información.

En consecuencia, en el diseño, construcción, aplicación, supervisión y control de los modelos informáticos basados en la inteligencia artificial deben observarse los principios constitucionales y los derechos fundamentales como garantías de protección –directas o indirectas– de las personas, así como asegurar el desarrollo exponencial de las empresas tecnológicas bajo principios de sustentabilidad digital (Coelho & Da Silveira, 2015).

Ello debe ser así, porque mediante la inteligencia artificial en el mundo no solo se están almacenando datos y construyendo o vendiendo perfiles de personas a través de las técnicas de procesamiento automático de datos, como los algoritmos; sino que también, esta tecnología se está usado para la toma de decisiones casi automática o automática en las relaciones entre privados y, lo más preocupante, en las relaciones entre las instancias del Estado y de la Administración Pública con los ciudadanos.

Los procesos de decisiones entre los seres humanos que se llevan a cabo en el cerebro pueden ser analizados, a un nivel de abstracción dado que los procesos computacionales intentan reproducir y mejorar, mediante la construcción de sistemas computacionales que piensen y actúen como humanos y/o racionalmente (Ponce & Torres, 2014). Por ello, las definiciones de inteligencia artificial se relacionan con el desarrollo de métodos y algoritmos que permitan a las computadoras comportarse de modo inteligente, siguiendo la conducta y el razonamiento humano predecibles (López Takeyas, 2007).

Así, la aparición y desarrollo de los motores de búsqueda Yahoo, en 1994, y Google, en 1998, han permitido indagar en las redes y construir índices con los cuales

proporcionar respuestas inmediatas a los usuarios. La información solicitada es brindada a estos mediante un cálculo de relevancia y de resultados óptimos. En la actualidad, los motores de búsqueda más utilizados en el mundo son: Google que captura más del 90% del tráfico en entornos móviles, Baidu que capta el 75% del mercado de búsquedas en China, Bing que obtiene el 33% de las búsquedas en los Estados Unidos y Yahoo que capta el 2% del tráfico internacional de búsquedas, entre otros.

Mas estos motores son básicamente softwares o programas que buscan contenidos en el Internet de forma rápida y eficiente, para luego, en función de las peticiones de búsqueda, presentar los resultados que han almacenado previamente en sus bases de datos o índices. No obstante, lo relevante para este artículo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es el hecho de que los motores de búsqueda se componen de cuatro partes básicas: (i) una interfaz o conexión funcional que permite al usuario hacer peticiones de búsqueda; (ii) un robot que busca la información en Internet; (iii) un algoritmo que conecta las peticiones de los usuarios con las bases de datos; y (iv) una base de datos, en la cual se indexan todos los contenidos (Posicionamiento MX, 2014).

Respecto del tercer componente, el algoritmo, es necesario señalar que este tendrá poca utilidad si los buscadores no cumplen con las dos funciones previas. La primera es recoger la información usando un robot o web crawler. Este, a modo de síntesis, se dedica a entrar a páginas web a recoger datos, identificar los enlaces de las mismas y finalmente seguir estos enlaces como lo haría un usuario navegando por las redes. Una vez que el robot encuentra la información, se debe realizar la segunda función, que es crear un índice o index con la información esencial de la página web que se almacena en su base de datos y que únicamente será mostrado cuando se realice una búsqueda en el motor.

A pesar de la importancia del rol que cumplen estas funciones en los motores de búsqueda, el núcleo central de estos últimos es, sin lugar a dudas, el algoritmo que dirige al robot en la categorización de la información que mostrará, no solo en función de las peticiones de los usuarios, sino también, de acuerdo con la forma en que haya categorizado la información y los descriptores con que esta se recoja. La calidad de los resultados mostrados por el buscador dependerá en gran medida de

que tan bueno o malo sea el algoritmo detrás de este. De modo que, el algoritmo depende directamente de sus desarrolladores, diseñadores, fabricantes y operadores (Committee of Experts on Internet Intermediaries, 2018, pp. 7-9).

Cada vez más empresas y organizaciones estatales confían en modelos de machine learning. Esta es una disciplina en el campo de la inteligencia artificial que, a través de los algoritmos, dota a los ordenadores de la capacidad de identificar automáticamente patrones en datos masivos para hacer predicciones y así poder tomar decisiones por ellas. Por ejemplo, esto puede ser utilizado para elegir a quién dar un crédito, aprobar contrataciones, poner una multa de tránsito con cámaras inteligentes o realizar el reconocimiento biométrico en los controles migratorios, entre otras.

Desafortunadamente estos modelos pueden generar decisiones sesgadas, por el desconocimiento, negligencia o desinterés de los programadores y sus empresas en el reconocimiento de los derechos de los consumidores o usuarios de los motores de búsqueda en el Internet, las cuales son llevadas a cabo por máquinas que procesan el lenguaje natural a un lenguaje propio de la tecnología de la información, como son los algoritmos.

Sin embargo, el lenguaje natural no es neutro, sino que expresa el conjunto de valores en que se desenvuelven las sociedades democráticas, pluralistas y tolerantes en forma dinámica. De ahí que, el problema importante del procesamiento del lenguaje natural es determinar el significado de una palabra, en un contexto particular de valores democrático constitucionales. Ello lleva a diferentes acepciones de las palabras y por eso son recogidas con varios sentidos como en un diccionario.

En este entendido, la tarea de “desambiguación” del sentido de las palabras es identificar el sentido correcto de una palabra en un contexto determinado (Ureña & De Buenaga, 1999). Esta tarea es compleja, pero muy útil en las variadas aplicaciones del procesamiento del lenguaje natural. Por eso, los desarrolladores de los algoritmos no pueden ni deben estar ajenos al hecho de que su labor técnica tiene como fundamento y límites al orden público constitucional y, en particular, los derechos humanos universales y locales.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y ALGORITMOS

El diseño, producción y uso de los algoritmos abarca considerables desafíos, no solo para las empresas que las desarrollan, sino para la sociedad en su conjunto. Ello por cuanto, el acelerado desarrollo del cambio tecnológico impacta en los derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad humana, el derecho a la vida, la libertad de expresión, el acceso a la información, el derecho a la intimidad, el derecho a la igualdad y no discriminación, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo y el debido proceso, a elecciones libres e informadas; incluso, al propio Estado de Derecho, entre otros (Innerarity, 2020).

En la actual sociedad digital, existen una serie de problemas en los derechos fundamentales provocados por el rol que vienen cumpliendo los algoritmos en la toma de decisiones, dependiendo de las funciones que realicen, el nivel de abstracción y la complejidad del procesamiento automatizado que se utilice en cada país. Sin embargo, cabe señalar que los algoritmos solo adquieren su valor en la interacción entre los seres humanos. Por consiguiente, un algoritmo matemático o computacional en abstracto no tiene por sí mismo un impacto perjudicial sobre los derechos fundamentales, pero sí su diseño, implementación y aplicación que es obra de la acción o inacción en la interacción humana entre sí.

En ese sentido, no son los algoritmos en sí mismos, sino los procesos de toma de decisiones en torno a los algoritmos los que deben ser analizados en términos de cómo afectan los derechos fundamentales. En consecuencia,

[...] la tecnología no es sólo objeto de regulación, sino que también participa en la misma, por ejemplo, mediante la implementación en máquinas de un conjunto de requisitos éticos y legales, de forma que puedan comportarse de acuerdo con dichas reglas (Sánchez, 2016, p. 110).

Así, en algunos países los gobiernos y auditores independientes participan en alguna forma en la regulación del desarrollo algorítmico, generalmente antes de que comience la operación, como en Australia y Nueva Zelanda en la regulación de las máquinas tragamonedas que deben contener algoritmos “justos, seguros y

auditables" (Francis et al., 2017). En consecuencia, los desarrolladores de tales máquinas deben enviar sus sistemas algorítmicos a los reguladores antes de que puedan ser presentados a los consumidores. Sin embargo, existen otras áreas más sensibles del quehacer humano donde el impacto de los algoritmos en los derechos fundamentales es alarmante. A continuación se abordará cada una de estas, siguiendo lo descrito en el estudio sobre derechos humanos y algoritmos preparado por el Committee of Experts on Internet Intermediaries para el Consejo de Europa (2018).

A. DEBIDO PROCESO

La digitalización de los procesos judiciales –demandas, audiencias y sentencias digitales– facilita a los justiciables el acceso a la justicia sin desplazamientos innecesarios y en plazos menos dilatados; sin embargo, en el sistema de justicia penal, se resienten principios procesales como la inmediación y la valoración de las pruebas, en la medida en que una audiencia virtual nunca llega a ser igual a una audiencia presencial, ya que en la primera la estación probatoria o el careo pierden su sentido. En cambio, en la esfera policial, el uso cada vez mayor de los algoritmos predictivos facilita la detención de presuntos responsables de un hecho ilícito, en virtud del registro de cámaras y el cotejo con la gran base de datos (big data) de registros dactilares, faciales o biométricos para la prevención y combate del delito.

Así, por un lado, en países donde en los últimos tiempos han habido ataques terroristas, como en Estados Unidos y en Europa, se han implementado plataformas de redes sociales en línea que permiten utilizar algoritmos de reconocimiento facial para identificar a posibles terroristas. Además, han comenzado a utilizar algoritmos para identificar cuentas en las redes sociales que generen contenidos extremistas. Este enfoque predictivo sobrepasa las facultades humanas para derivar conclusiones de delitos pasados, logrando predecir posibles patrones futuros de delitos.

En ese sentido, se desarrollan algoritmos que permiten implementar sistemas destinados a predecir dónde sería probable que se cometa un delito en un momento

determinado; valiosa información que sirve a la policía para priorizar el tiempo y los posibles lugares para sus investigaciones y posibles detenciones. No obstante, estos enfoques podrían ser discriminatorios en función de las características raciales y antecedentes étnicos, así como, sus zonas de habitación y frecuencia; motivo por el cual, se requiere una supervisión escrupulosa con garantías constitucionales adecuadas, como la presunción de inocencia.

Aquella preocupación es legítima, porque es usual que dichos sistemas se construyan en función de las bases de datos policiales existentes que, de forma no intencionada o intencionada, reflejan sesgos o prejuicios. Asimismo, dependiendo de cómo se registran los delitos, qué delitos se seleccionan para ser incluidos en el análisis y qué herramientas analíticas se utilizan; los algoritmos predictivos pueden contribuir a una decisión perjudicial, lo que derivaría en resultados discriminatorios (Xu, 2019).

Así, por ejemplo, en el caso Estado de Wisconsin c. Loomis de 2016, la Corte Suprema de Wisconsin revisó la sentencia condenatoria de seis años de prisión de Eric Loomis, por su participación en un tiroteo, en la que se aplicó la herramienta de Perfiles de Gestión de Delincuentes Correccionales para Sanciones Alternativas (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions, conocido como COMPAS), la cual utiliza algoritmos para realizar una evaluación de riesgos. La Corte confirmó el fallo. Sin embargo, en relación a dicha herramienta señaló que: (i) se desconocían los factores de riesgo exactos utilizados; (ii) la identificación de los grupos de alto riesgo no brinda un perfil determinante para individuos específicos; (iii) algunos datos podrían tener prejuicios raciales; (iv) no había sido validado o normalizado en una muestra de Wisconsin; y (v) no había sido desarrollado para su uso en una sentencia (Fischel et al., 2018, p. 35).

Por otro lado, los algoritmos se utilizan cada vez más en el contexto de los sistemas de justicia civil donde se está desarrollando la inteligencia artificial para eventualmente apoyar o reemplazar la toma de decisiones por parte de los jueces. Estos sistemas se están probando actualmente para identificar los resultados de las decisiones con miras a detectar patrones en la compleja toma de decisiones judiciales. Hasta ahora, la tasa de predicción confiable es relativamente baja, alcanzando el 79% (Altreas et al., 2016, p. 2).

Al respecto, si las decisiones judiciales que deben asegurar la aplicación de la ley bajo principios constitucionales, la predictibilidad del razonamiento judicial que se hace de la ley y de las pruebas pueden ser identificadas y registradas en la base de datos de la jurisprudencia; entonces, con los algoritmos correspondientes se podría ofrecer a los ciudadanos la seguridad jurídica, en principio, de cómo fallan los jueces, y a los propios jueces se les podría brindar un valioso instrumento de construcción de sus decisiones ordinarias. Pero, sería una práctica que requiere de regulación legal, para no afectar el derecho no solo a la igualdad ante la ley, sino también de igualdad en la aplicación judicial de la ley.

Esta transformación ha dado lugar a que, en China, desde el 2017, en las ciudades de Hangzhou, Pekín y otras, se venga implementando 'Cortes de Internet' con el uso de jueces robots diseñados con inteligencia artificial para resolver disputas sobre comercio electrónico y propiedad intelectual, mediante el uso de la tecnología del blockchain. Esta almacena evidencia de forma segura y evita el uso del papeleo, dado que como señalan "justicia demorada es justicia negada" (Xu, 2019). Más aún, un Tribunal de Nanshan de la provincia de Guangzhou, reconoció derechos de autor a un artículo escrito por un algoritmo dreamwriter de inteligencia artificial desarrollado por la empresa Tencen (Gutiérrez, 2020). Asimismo, la Corte de Internet de Pekín reconoció el derecho de propiedad intelectual a la creación de un software hecho por inteligencia artificial en función de la información acumulada de su base de datos (Xu, 2019).

Todo eso lleva a pensar que resulta necesario desarrollar un debido proceso tecnológico en la medida que un número creciente de empresas está utilizando cada vez más técnicas de análisis a través los algoritmos de big data para categorizar a los consumidores y hacer predicciones sobre sus comportamientos. Por eso, la supervisión de los algoritmos de puntuación contribuiría en gran medida a garantizar su imparcialidad y precisión tanto para los sistemas gubernamentales como privados. La supervisión de la determinación de las construcciones de las puntuaciones y sus aplicaciones debería estar sometida a un debido proceso tecnológico para garantizar la equidad en el goce de sus derechos fundamentales (Crawford & Schultz, 2014).

B. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

Toda persona cuyos derechos hayan sido violados tiene derecho a un recurso efectivo ante una autoridad privada o pública. El derecho a un recurso efectivo implica el derecho a obtener como respuesta una decisión motivada e individual. Históricamente, todas estas decisiones han sido tomadas por seres humanos a quienes, en el ejercicio de sus funciones, sobre la base de una formación integral y en línea con los procesos de toma de decisiones aplicables, se les ha otorgado un margen de discrecionalidad, en función de la ley.

Sin embargo, en el acelerado mundo digital, las grandes corporaciones, frente a los sistemas de protección estatales –administrativos y judiciales–, están desarrollando sistemas complejos de respuestas automatizadas para las plataformas de Internet, como los que utilizan Facebook, Google o Microsoft para atender las consultas y quejas de los usuarios (Wagner, 2016).

A menudo, muchos usuarios necesitan quejarse sobre un tipo específico de contenido, antes de que un algoritmo automatizado lo identifique como relevante, para que este sea derivado a un operador humano para su revisión. Se informa que estos operadores trabajan a menudo bajo presión durante un tiempo considerable y con instrucciones mínimas, de acuerdo con sus reglas internas.

En ese sentido, cada vez más, un número de empresas, especialmente las más grandes, utilizan algoritmos y técnicas de procesamiento de datos automatizados para ejecutar sus procedimientos de quejas. En el contexto de los procesos de eliminación de contenido automatizado en las plataformas de redes sociales, el uso de algoritmos es particularmente evidente en las respuestas que reciben los diferentes tipos de contenidos y cómo se prioriza la queja.

Por lo tanto, las plataformas de Internet deben garantizar que las personas tengan acceso a realizar procedimientos de denuncia sobre las violaciones a sus derechos fundamentales en línea. Ello sin perjuicio de la existencia de los mecanismos administrativos o judiciales para buscar reparación, como las instituciones nacionales de protección de los usuarios y consumidores o la Autoridad Nacional de Protección de Datos y Acceso a la Información Pública (en adelante,

ANTAIP), adjunta al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, en nuestro caso.

Así, por ejemplo, el 30 de diciembre de 2015, mediante Resolución Directoral 045-2015- JUS/DGPDP, la ANTAIP consideró que el permitirse a los robots de búsqueda de Google Search vincular e hipervisibilizar los datos personales (nombres y apellidos) junto con la información que un reclamante pidió cancelar –porque no se ajustaba a los nuevos hechos, dado que había sido absuelto del delito por el que se le procesaba–, constituía una lesión al derecho a la protección de sus datos personales. Ante ello, la ANTAIP concluyó que la difusión de aquella información mediante el motor de búsqueda debía cesar.

Por otro lado, desde el 2019, Facebook ha creado un Consejo Asesor de Contenidos, denominado en inglés Oversight Board for Content Decisions (en adelante, OBCD), cuya finalidad básica consiste en revisar y seleccionar un determinado número de las apelaciones de los usuarios de esta plataforma de Internet con respecto a las decisiones de contenido –imágenes, videos, textos, links– que realizan los moderadores de Facebook. El OBCD es un órgano colegiado de cuarenta personas, con perfiles interdisciplinarios, representativo de las principales regiones del planeta, y, en principio, con una estructura operativa y remunerativa que asegura su autonomía frente al mismo Facebook (López, 2019).

Por su parte, cabe mencionar que la Unión Europea ha expedido la Directiva 2020/1828 del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Con ella, los Estados miembros deben disponer en su derecho procesal de un mecanismo de acción colectiva, mediante el cual puedan reclamar judicialmente un remedio resarcitorio, en interés de consumidores afectados por la conducta de, por ejemplo, las grandes empresas tecnológicas infractoras de las normativas de protección de los derechos de los consumidores y usuarios de sus plataformas digitales (Directiva 2020/1828, 2020).

Entonces, es importante garantizar que los actores del sector privado respeten los derechos fundamentales en todas sus operaciones, en particular, mediante el establecimiento de mecanismos de denuncia efectivos que resuelvan rápidamente

las quejas de las personas. De lo contrario, el Estado deberá investigar, determinar responsabilidades y reparar los daños.

C. PRIVACIDAD Y DATOS PERSONALES

La principal preocupación sobre el recojo y procesamiento automatizado de datos se relaciona con el derecho a la privacidad, en la medida que los algoritmos facilitan la recopilación, el procesamiento y la retransmisión de gran cantidad de datos e imágenes personales. En los últimos tiempos, este tipo de registro ha tenido graves consecuencias para el goce y ejercicio del derecho a la vida privada personal y familiar, incluido el derecho a la autodeterminación informativa.

Así, por ejemplo, el 5 de febrero del 2020, el Tribunal de Distrito de La Haya dictó un fallo histórico en el marco del caso NJCM et al./Países Bajos, en el cual se anuló la recopilación de datos y la elaboración de perfiles de riesgo de los ciudadanos que venía realizando el System Risk Indication (en adelante, SyRI) para detectar el fraude a la seguridad social. Este instrumento legal que utiliza el gobierno holandés se usa para combatir el fraude en áreas como la seguridad social y los impuestos. Para ello, se recopilan datos sobre ingresos, pensiones, seguros, tipo de vivienda, impuestos, multas, integración, educación, deudas o prestación por desempleo de los contribuyentes, para luego calcular, sobre la base de algoritmos, quién tiene más probabilidades de defraudar a la administración.

Como se mencionó, estos perfiles de riesgo de los ciudadanos se obtienen a través de algoritmos. En otras palabras, el sistema va delineando qué ciudadanos tienen más probabilidades de cometer fraude. En atención a ello, el Tribunal de Distrito de La Haya señaló que el sistema de SyRI no cumplía con los requisitos del artículo 8, inciso 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se establece el respeto de la vida privada y los requisitos que permiten justificar la recopilación e intercambio mutuo de datos personales (Collosa, 2021).

Esto se concluyó debido a que se utilizan algoritmos para el seguimiento en línea y en la elaboración de perfiles de personas, cuyos patrones de navegación se registran mediante cookies. Además, los datos de comportamiento en línea se

procesan desde dispositivos inteligentes, como la ubicación geo-referencial o GPS, a través de aplicaciones de los dispositivos móviles (Tene & Polonetsky, 2012).

En términos del volumen de datos registrados, procesados y la velocidad de su transmisión, la toma de decisiones algorítmicas puede tener ventajas sobre determinados tipos de toma de decisiones humanas privadas y públicas. Sin embargo, algunos algoritmos pueden tener sesgos incorporados difíciles de detectar o corregir. Esto es particularmente importante cuando las variables individuales, en los algoritmos de macro-datos, sirven como sustitutos de las categorías constitucionales especialmente protegidas por ser poblaciones históricamente vulnerables por raza, sexo, edad, nacionalidad, etc.

Un algoritmo sesgado que discrimina sistemáticamente a un grupo en la sociedad –por ejemplo, en función de la edad, orientación sexual, raza, género o posición socioeconómica–, puede generar afectaciones considerables tanto en términos del acceso a los derechos de los usuarios o clientes afectados por estas decisiones, como también para la sociedad en su conjunto. Al respecto, se podría argumentar que toda persona debe tener derecho a tener acceso a su perfil digital, en una versión ‘neutral’ de sus resultados de búsqueda.

En ese sentido, en Europa, el nuevo Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD) ha dispuesto que: “[t]odo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar” (Reglamento 2016/679, 2016, art. 22.1). Esto significa que la decisión debe de generar en el particular que se ve sometido a este tratamiento unos efectos similares a los que se derivarían de una decisión que tenga efectos jurídicos. Esto supone, de antemano, que no toda decisión se encuadra en este precepto, sino solo aquella que genere efectos de cierta relevancia o importancia (Palma Ortigosa, 2019).

De este modo, los algoritmos deberían ser herramientas útiles para reducir el sesgo en lugares donde es común que se afecte la autodeterminación informativa y la privacidad, erigiendo una suerte de un derecho a la privacidad e identidad digital constitucional; dado que los expertos han advertido que la automatización y el aprendizaje automático tiene el potencial de reforzar los sesgos existentes. Esto es

aún más preocupante si se considera que, a diferencia de los humanos, los algoritmos pueden no estar equipados para contrarrestar conscientemente los prejuicios incorporados –consciente o inconsciente– por sus desarrolladores.

D. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El diseño y funcionamiento de los algoritmos y las técnicas de procesamiento de datos tienen un enorme impacto sobre el derecho a recibir y difundir información, que es la base de la libertad de expresión. En ese sentido, los algoritmos y motores de búsqueda producen efectos positivos para el derecho fundamental a la libertad de expresión; sin embargo, también existen fundadas preocupaciones sobre si este modelo es propicio para el debate público, pluralista y tolerante, el cual debe ser igualmente accesible e inclusivo para todos dentro de una sociedad democrática. En adición, las preocupaciones respecto de la privacidad y la protección de datos señaladas anteriormente, también se reproducen en este punto, debido a que estas pueden constituir un obstáculo para la capacidad de las personas de expresarse libremente.

Los grandes motores de búsqueda son los instrumentos para buscar, recibir o impartir información; sin embargo, sus contenidos están indexados o clasificados por algoritmos que pueden conducir a la fragmentación informativa, favoreciendo solo determinadas plataformas y tipos o conglomerados de medios de comunicación. En ese sentido, el algoritmo también puede estar sesgado hacia ciertos tipos de contenido o proveedores de contenido, con el peligro de afectar valores relacionados con el pluralismo y la tolerancia informativa de diversos medios.

Para muchos usuarios, las grandes plataformas como Google o Facebook constituyen la experiencia principal del Internet y unos de los espacios fundamentales de comunicación, con capacidad para difundir masivamente la voz de los internautas. Esto, de ninguna manera, es un asunto trivial. Por ello, no se debería obstaculizar el libre flujo de la información; salvo que, por razones legales aplicadas razonable y proporcionalmente, se solicite borrar información ilícita. Este es el caso de la frecuente suspensión en Twitter y Youtube o el bloqueo indefinido de

Facebook e Instagram al saliente presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, causados por sus declaraciones racistas y de apología a la violencia, que culminaron incitando a sus seguidores fanáticos a tomar violentamente el Capitolio, sede del Congreso (Roose, 2021).

En la Unión Europea, también existen las preocupaciones por la divulgación de noticias falsas y el discurso de odio o incitación a la violencia que inundan el Internet. Por ejemplo, la red social Facebook comunicó a las administradoras de la web feminista “Locas del coño” que quedaba clausurada por no cumplir con las normas comunitarias de no utilizar lenguaje que incite al odio (elDiario.es, 2016). De manera sistemática, en el 2016, la Comisión Europea aprobó un Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet (en adelante, el Código de conducta), por el cual las cuatro empresas de internet – Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube– se comprometieron públicamente a evitar la proliferación de mensajes que fomentaran el odio, el racismo y la xenofobia a través de la red.

Por otra parte, en atención al cumplimiento del Código de conducta, en el 2016, Facebook, Microsoft, Twitter y Google, borraron 163 contenidos denunciados por doce Organizaciones No Gubernamentales de nueve diferentes Estados miembros que participaron en una evaluación de publicaciones. Al respecto, cabe señalar que en la Unión Europea no existe ningún instrumento normativo específico destinado a la persecución de los discursos de odio en Internet. De modo que, se hace necesario acudir a las legislaciones nacionales que, en su gran mayoría, han optado por la vía penal para sancionar las incitaciones al odio; en consecuencia, se requiere de la armonización de la legislación europea (Valero, 2017).

Los casos mencionados demuestran que la eliminación de contenidos en las plataformas de redes sociales ya se realiza a menudo mediante procesos semiautomatizados o automatizados. Esta situación genera un impacto directo en la libertad de expresión y plantea, en algunos casos, preocupantes cuestiones para el Estado de Derecho sobre legalidad, legitimidad y proporcionalidad. Así, el mecanismo de filtrado automático para videos extremistas ha sido adoptado por Facebook y YouTube; sin embargo, no se ha divulgado la información sobre el proceso o sobre los criterios adoptados para establecer qué videos son extremistas o de contenido claramente ilegal.

Por tanto, el bloqueo, filtrado o eliminación algorítmica de contenido puede tener un impacto adverso significativo en el contenido legítimo. El dilema respecto a la eliminación de grandes cantidades de contenido legal, debido a los términos de servicio de las plataformas de Internet, se ve agravado por la presión que se ejerce sobre ellas para filtrar activamente de acuerdo con nociones como 'extremista', 'discurso de odio' o 'contenido claramente ilegal', las cuales demandan una clara configuración constitucional y legal (Ortego, 2015, pp. 77-87).

E. DERECHO A ELECCIONES LIBRES

El uso del Internet en las campañas políticas y electorales ha ido cambiando la forma en que la política y las elecciones han concebido el rol de los votantes. No obstante, el uso de los algoritmos y los sistemas automatizados de información ha puesto en evidencia hasta qué punto la creación y manipulación de contenidos en las plataformas de las redes sociales, sobre las elecciones y los candidatos, puede generar desinformación selectiva en la formación de la opinión política. Esto se ve agravado por la desinformación que generan las noticias falsas o fake news por las redes y la que promueven agresivamente los trolls durante los debates personales que se gestan en la Red (Calvo & Aruguete, 2020).

Así como las redes sociales registran las preferencias de millones de usuarios, diversas empresas de mercadeo han trabajado para obtener esa información, algunas para usarla con fines políticos. Por ejemplo, la ex compañía británica Cambridge Analytica obtuvo millones de cuentas de usuarios de Facebook para generar propaganda política; lo que, en el 2016, tuvo incidencia en la elección de Donald Trump como presidente de los Estados Unidos y en la campaña del Brexit, que decidió la salida de Reino Unido de la Unión Europea (Griffin, 2016). Este escándalo finalmente condujo a que, en julio de 2019, la Federal Trade Commission de los Estados Unidos (en adelante, FTC) le imponga una multa récord de cinco mil millones de dólares a Facebook.

Sin embargo, la acción de la FTC fue criticada por no pronunciarse adecuadamente sobre la privacidad y otros daños producidos como consecuencia de la liberación de aproximadamente 87 millones de datos de usuarios de Facebook,

los cuales fueron explotados sin su autorización. Por eso, en la comunidad académica, se ha puesto la atención en la necesidad de explorar el potencial de incorporar las consultas y protecciones del tipo del debido proceso sustantivo y adjetivo, dentro de las acciones de aplicación de las agencias reguladoras como la FTC (Hu, 2020).

De allí que, en el mundo de las elecciones, la grave preocupación es que estas podrían ser ganadas, no por los candidatos con las mejores propuestas políticas, sino por aquellos que usan la tecnología que proveen las redes sociales para manipular a los votantes, a veces de manera emocional e irracional. Así, los datos que se recopilan y registran discretamente, a través de los algoritmos, se han revalorado en la medida en que podrían emplearse directamente para la micro focalización de votantes, en función de diferentes variantes o perfiles registrados en la big data, posiblemente con efectos decisivos en las elecciones.

Si bien la publicidad política en la televisión y la radio están reguladas, y existen requisitos de neutralidad e imparcialidad impuestos a las emisoras, no existen medidas similares para las redes sociales, en las cuales el uso de los algoritmos de preferencias y comportamiento de los votantes pueden tener un impacto igualmente o más poderoso que los medios de comunicación tradicionales. En consecuencia, esto requiere que las redes sociales apliquen los estándares legislativos de la publicidad electoral a sus plataformas y que estos sean mejorados tomando la experiencia comparada.

Más aún, si el uso de los robots con cuentas controladas algorítmicamente que emulan la actividad de los usuarios humanos, opera a un ritmo mucho más rápido. Por ejemplo, estos producen contenidos automáticamente o participan en interacciones sociales, mientras mantienen con éxito su identidad artificial sin revelarla. Por eso, en el debate sobre la gobernanza algorítmica, el enfoque inicial europeo ha buscado llegar a acuerdos con las compañías tecnológicas sobre el trato de las fake news; pero, ha derivado hacia los alcances regulatorios.

De acuerdo con el Profesor Magallón Rosa, la regulación de las fake news se puede plantear desde, al menos, dos perspectivas:

1. La necesidad de regular los contenidos independientemente de la forma en la que éstos se presentan.

2. La necesidad de legislar la forma en la que se presentan los contenidos como un mecanismo de transparencia y de defensa de nuestros derechos como consumidores (2018, p. 1).

Sin embargo, dada la importancia del desarrollo de los procesos democráticos, también se considera una dimensión temporal y de la intensidad legislativa para impedir el desequilibrio de los procesos electorales, sea, por ejemplo, en las encuestas o los resultados a boca de urna.

De allí que sea importante destacar la necesidad de la regulación del uso del Internet en los procesos electorales sobre la base de los principios de transparencia, pluralismo de la información política y electoral que aseguren unas elecciones libres y transparentes. Para ello, se deben establecer disposiciones normativas positivas respecto al voto informado, pero también, relacionadas con sanciones a la manipulación de la información electoral – fake news y trolls–, a fin de que las elecciones expresen la libre, auténtica y espontánea voluntad de los electores y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de ello.

Al respecto, para las elecciones políticas presidenciales y congresales del 2021, en el Perú, los partidos han suscrito un Pacto Ético Electoral, en el que se han comprometido, entre otras cosas a: “[h]acer uso de manera ética de la inteligencia artificial, evitando el uso de bots, trolls, o cuentas falsas para difundir propaganda electoral o posicionar sus propuestas en redes sociales” (p. 8). Sin embargo, en caso de incumplimiento, el Tribunal de Honor solo puede exhortar a los responsables.

F. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN

En los últimos tiempos, el uso del Internet, a través de los servicios de redes sociales, constituye una herramienta vital para el ejercicio y goce del derecho a la libertad de reunión y asociación, permitiendo mejorar la participación de las personas en la vida política, social y cultural. La libertad de las personas para asociarse, reunirse pacíficamente e, incluso, protestar mediante el uso de las plataformas de Internet, como las redes sociales, se ha convertido en una práctica social; sobre todo, para la nueva generación, dada su condición de nativos digitales

De allí, el potencial de convocatoria, creación y difusión, a través de las redes sociales, en la organización y movilización de activistas y manifestantes es indudable. Un claro ejemplo es la movilización acontecida en la semana del 9 al 15 de noviembre del 2020 en Perú, fecha en la cual la llamada 'Generación Bicentenario' llevó a la renuncia del malhadado presidente Merino, quien provocó la arbitraria vacancia del presidente Vizcarra. En estudios realizados, se muestra cómo se vivió la coyuntura social y política desde la plataforma del Twitter (Medrano, 2020).

Sin embargo, las restricciones al derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, como todo derecho, deben estar prescritas por la ley, perseguir un objetivo legítimo y ser aplicadas de forma razonable y proporcional. En este marco, el funcionamiento de los algoritmos, en las plataformas de redes sociales, permite el registro de gran cantidad de información e identificación personal de los participantes, la cual también puede usarse para rastrear e identificar a dichas personas. Ello puede conducir a la clasificación automática de las personas o grupos que hacen las convocatorias a las reuniones y protestas, lo que podría tener un impacto negativo significativo en la libertad de reunión.

La elaboración de fichas de los líderes y el control de multitudes de manifestantes siempre ha sido una labor mecánica de la policía; sin embargo, el uso del Internet abre una ventana al uso de métodos de control de multitudes basados en datos dentro o fuera de línea. Teóricamente, los algoritmos utilizados para predecir posibles conflictos y situaciones de protesta también podrían usarse como herramienta preventiva para evitar manifestaciones o protestas, arrestando a ciertas personas, incluso antes de que se reúnan, como antiguamente se ha realizado por parte de las fuerzas de seguridad. Por ello, su regulación por parte del Estado demanda asegurar la libertad de asociación y reunión, tipificando claramente aquellas prácticas que atenten contra derechos de terceros y otros bienes públicos.

G. DERECHO A LA IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Los algoritmos y los motores de búsqueda no tratan toda información por igual, dado que los procesos utilizados para seleccionar e indexar información se pueden aplicar según la relevancia percibida o buscada. En consecuencia, diferentes

elementos de información recibirán diferentes grados de visibilidad según los factores que se tengan en cuenta en el algoritmo de clasificación.

Más aún, si los sistemas algorítmicos de toma de decisiones se basan en decisiones humanas previas, es probable que los mismos prejuicios que potencialmente socavan la toma de decisiones cotidianas se repliquen y multipliquen en los sistemas algorítmicos de toma de decisiones, solo que luego serán más difíciles de identificar y corregir. Un algoritmo sesgado que discrimina sistemáticamente a un grupo en la sociedad (por ejemplo, en función de su edad, orientación sexual, raza, género o posición socioeconómica) puede generar preocupaciones considerables, no solo en términos del acceso a los derechos de los usuarios, sino también para la sociedad en su conjunto. Por ello, la Declaración de Toronto del 2018, ha señalado que:

Todos los actores, públicos y privados, deben prevenir y mitigar los riesgos de discriminación en el diseño, desarrollo y aplicación de tecnologías de aprendizaje automático. También deben asegurarse de que existan mecanismos que permitan el acceso a un recurso efectivo antes de la implementación y durante todo el ciclo de vida del sistema (párr. 17).

Así, por ejemplo, la reducida incorporación de las mujeres en los campos de la ciencia, tecnología, ingeniería y matemática (STEM por sus siglas en inglés) fue resultado del uso de un algoritmo encargado de la selección de trabajadores en Amazon. Este se basó en la información de los trabajadores más exitosos de la compañía de los últimos diez años que en su mayoría eran hombres, por lo que el algoritmo estaba creado para que destacaran los hombres, en perjuicio de las mujeres (Sainz et al., 2020, pp. 52-54).

Por ello, es una consideración potencialmente útil hacer referencia a la distinción entre discriminación directa e indirecta, para discernir cuando los algoritmos promueven o previenen el trato discriminatorio. La discriminación directa ocurre cuando una persona que toma decisiones basa su decisión directamente en criterios que se consideran prohibidos como la raza, etnia, religión, género, orientación sexual, edad o discapacidad. La discriminación indirecta ocurre cuando

una determinada característica o factor se presenta con mayor frecuencia en los grupos de población considerados como categorías sospechosas por haber sido históricamente discriminados (Landa, 2021).

Por tanto, al utilizar los sistemas algorítmicos en la toma de decisiones, es importante buscar evitar tratamientos diferenciados injustificados y, por el contrario, diseñar sistemas algorítmicos de toma de decisiones que proscriban que, en la correlación entre conjuntos de datos y consideraciones de eficiencia, se pueda discriminar directa o indirectamente a las poblaciones vulnerables que la Constitución considera como categorías sospechosa de discriminación, ya sea por raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Por el contrario, se debería promover la regulación de algoritmos de acción afirmativa para compensar transitoriamente las desventajas de las categorías sospechosas de la histórica discriminación.

H. DERECHO AL TRABAJO Y ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El trabajo es otra área clave en la toma de decisiones automatizada en una sociedad digitalizada. Ello se debe a que los algoritmos se pueden utilizar en las políticas de contratación y despido del personal, en la organización y administración del personal, y en las evaluaciones individuales de los empleados. A raíz de ello, aparecen interrogantes acerca de los derechos de los trabajadores, la autodeterminación de los empleados y cómo las sociedades en su conjunto creen que los seres humanos deben ser tratados en el lugar de trabajo.

El aumento del registro y la automatización de datos en los centros laborales también ha planteado desafíos en relación con el derecho a la privacidad de los trabajadores en el lugar de trabajo. La recopilación de datos se relaciona con el uso de algoritmos por parte de las empresas privadas o entidades públicas para monitorear las comunicaciones del personal o para realizar clasificaciones internas de los empleados que no forman parte del proceso de evaluación formal; ello con la finalidad de garantizar que el personal represente bien a una empresa o a una burocracia.

Así, en un tribunal italiano de Bolonia, falló que el algoritmo utilizado por la aplicación europea de entrega de alimentos Deliveroo, para clasificar y ofrecer turnos a los trabajadores (pasajeros), era discriminatorio (Collosa, 2021). Ello debido a que, el algoritmo determinaba la confiabilidad de un ciclista que trabaja para la empresa sobre la base de si no cancelaba un turno previamente reservado a través de la aplicación, al menos 24 horas antes del inicio, sin considerar que podía deberse a una emergencia o enfermedad grave, en cuyo caso tendrían menos oportunidades de trabajo en el futuro.

Ante esta situación, el tribunal señaló que el hecho de que el algoritmo no tenga en cuenta los motivos de una cancelación equivale a una discriminación y penaliza injustamente a los trabajadores con motivos legalmente legítimos. Así, ordenó a Deliveroo pagar 50 000 euros a los demandantes (Collosa, 2021).

Actualmente, el sector público en Europa viene empleando la toma de decisiones automatizadas en áreas tan diversas como la seguridad social, la tributaria, la atención médica o el sistema judicial (Tufekci et al., 2015). Existe un peligro considerable en la clasificación social de los datos médicos o el perfil de los desempleados, ya que los algoritmos pueden clasificar a los grupos de ciudadanos específicos mediante perfiles humanos, los cuales pueden generar decisiones arbitrarias; por ejemplo, con respecto a la recepción de beneficios sociales.

El impacto de los algoritmos en los derechos fundamentales también se expresa en los derechos a la vida, la salud, la libertad de conciencia, religión, derecho a la salud y a la educación o en el uso de robots, drones militares, entre otros. Sin embargo, son los derechos fundamentales de naturaleza política y social señalados los que sientan las bases para el goce y ejercicio de los demás derechos fundamentales y que serán materia de análisis en otra oportunidad. Sin duda, estos temas no están ajenos a los debates sobre la gobernanza algorítmica en la medida en que hace falta desarrollar un marco regulatorio amplio para las decisiones automatizadas de protección al consumidor y la regulación antimonopólica puedan contribuir a reforzar la responsabilidad algorítmica (Roig, 2020).

CONCLUSIONES

El creciente uso de la automatización y la toma de decisiones mediante el uso de la inteligencia artificial en todas las esferas de la vida pública y privada ya no es una amenaza, sino que es un hecho que altera el concepto mismo de los derechos fundamentales como fundamento del Estado democrático constitucional. La tradicional asimetría de poder e información entre las poderosas redes sociales y los seres humanos se ha desplazado hacia una asimetría de poder e información entre los diseñadores de algoritmos y los ciudadanos.

Los derechos fundamentales son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados; sin embargo, en la actualidad, se ven potencialmente desintegrados por el uso de tecnologías, en particular las algorítmicas. Ello debido a que la inteligencia artificial involucra tecnología que percibe elementos de su propio entorno humano –incluidos los valores y prejuicios–, con la esperanza de lograr con éxito algún objetivo específico, generalmente a través de la réplica de al menos una de las cuatro nociones de inteligencia: desempeño humano, razonamiento, procesos de pensamiento o en la búsqueda de una noción idealizada de racionalidad.

Así, se han visto afectados derechos fundamentales que los grandes operadores tecnológicos en los últimos tiempos tratan de autorregularse, pero al ser insuficiente para la protección razonable y proporcional de los derechos a la libertad de expresión, derecho a la privacidad y datos personales, igualdad y no discriminación, derechos al voto libre y adecuadamente informado, derecho al debido proceso y al acceso a tutela procesal efectiva, derecho de asociación y protesta, derecho al trabajo y acceso a los servicios públicos, entre otros, se requiere que se garantice el interés general. Por eso, cabe preguntarse si la interpretación de una norma se puede traducir en un algoritmo.

De ahí que, le correspondería al Estado regular la labor de los desarrolladores de algoritmos y datos de la tecnología, a fin de que se permita evaluarlos y así facilitar la rendición de cuentas de sus diseños, la responsabilidad a través de las evaluaciones claras de las relaciones causales o cadenas de mando, y la transparencia con respecto a cómo hacen lo que hacen. El funcionamiento interno

de las tecnologías de inteligencia artificial debe dejar de ser un constructo complejo, oculto e indiscutible, dado que está al servicio de las personas (Xu, 2019).

Finalmente, el Estado, como garante del interés general, debe asegurar tanto las creaciones y el desarrollo del Internet en beneficio de todos; como también, regular los algoritmos en aras de proteger los derechos de la persona humana y el respeto de su dignidad.

REFERENCIAS

ALTREAS, N., TSARAPATSANIS, D., PREOȚIUC-PIETRO, D., & LAMPOS, V. Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing perspective. **PeerJ Computer Science**, v. 2, n. 93, p. 1-19, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>. Acesso em: 10 dez. 2024.

CALVO, E., & ARUGUETE, N. **Fake news, trolls y otros encantos**: Cómo funcionan (para bien y para mal) las redes sociales (Sociología y Política). Editora digital Kindle. 2020.

COELHO, A., & DA SILVEIRA, V. O processo de inovação e os elementos da sustentabilidade digital. In: MENDES, G., SARLET, I., & COELHO, A. (eds.). **Direito, inovação e tecnologia**. Editora Saraiva, 2015.

COLLOSA, A. Algoritmos, sesgos y discriminación en su uso: A propósito de recientes sentencias sobre el tema. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), 2021. Disponível em: <https://www.ciat.org/ciatblog-algoritmos-sesgos-y-discriminacion-en-su-uso-a-proposito-de-recientes-sentencias-sobre-el-tema>. Acesso em: 10 dez. 2024.

COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNET INTERMEDIARIES. Algorithms and human rights-Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications [Estudio]. **Council of Europe**, 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/algorithms-and-humanrights-en-rev/16807956b5>. Acesso em: 10 dez. 2024.

COPPOLA, M. **Los 17 buscadores de internet más utilizados en 2021**. HubSpot, 2021. Disponível em: <https://blog.hubspot.es/marketing/buscadores-mas-utilizados>. Acesso em: 10 dez. 2024.

CRAWFORD, K., & SCHULTZ, J. Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms. **Boston College Law Review**, v. 55, n. 93, p. 92-128, 2014. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol55/iss1/4>. Acesso em: 10 dez. 2024.

ELDIARIO.ES. **Facebook cierra la página feminista 'Locas del Coño' tras "un acoso machista organizado"**, 2016. Disponible em: https://www.eldiario.es/sociedad/facebookfeminista-locas-cono-organizado_1_3668986.html. Acceso em: 10 dez. 2024.

FISCHEL, S., FLACK, D., & DE MATTEO, D. Computer risk algorithms and judicial decision-making. **Monitor on Psychology**, v. 49, n. 1, p. 35, 2018. Disponible em: <https://www.apa.org/monitor/2018/01/jn>. Acceso em: 10 dez. 2024.

FRANCIS, L., LIVINGSTONE, C., & RINTOUL, A. Analysis of EGM licensing decisions by the gambling regulator, Victoria, Australia. **International Gambling Studies**, v. 17, n. 1, p. 65-86, 2017. Disponible em: <https://doi.org/10.1080/14459795.2016.1263353>. Acceso em: 10 dez. 2024.

GRIFFIN, A. How Facebook is manipulating you to vote. The Independent, 2016. Disponible em: <http://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/ukelections-2016-how-facebook-is-manipulating-you-to-vote-a7015196.html>. Acceso em: 10 dez. 2024.

GUTIÉRREZ, L. China: **Un tribunal reconoce derechos a un artículo escrito por un algoritmo de Inteligencia Artificial desarrollado por una empresa**. Instituto Autor, 2020. Disponible em: <http://www.institutoautor.org/esES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=2592&s=1>. Acceso em: 10 dez. 2024.

HU, M. **Cambridge Analytica's black box**. Big Data & Society, 2020. Disponible em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951720938091>. Acceso em: 10 dez. 2024.

INNERARITY, D. El impacto de la inteligencia artificial en la democracia. **Revista de las Cortes Generales**, n. 109, p. 87-103, 2020. Disponible em: <https://doi.org/10.33426/rcg/2020/109/1526>. Acceso em: 10 dez. 2024.

MEDRANO H. **La historia de un "hashtag" en los días más intensos**. "Generación del bicentenario" fue la frase más usada en Twitter en protestas. Grupo de Diarios América, 2020. Disponible em: <http://gda.com/detalle-de-lanoticia/?article=4247897>. Acceso em: 10 dez. 2024.

MAGALLÓN ROSA, R. **Leyes 'fake news': El problema para la libertad de información de no legislar**. Telos Fundación Telefónica, 2018. Disponible em: <https://telos.fundaciontelefonica.com/las-leyes-las-fake-news-problema-la-libertadinformacion-no-legislar/>. Acceso em: 10 dez. 2024.

NAVAS, S.; GÓRRIZ, C.; CAMACHO, S.; ROBERT, S.; CASTELLS, M., & BORGE, I. **Inteligencia artificial**, Tecnología, Derecho. Tirant lo Blanch, 2017.

LANDA, C. (2019). **Contenido esencial del derecho fundamental al Internet**: Teoría y praxis. En Landa, C. (ed.), Libro de Homenaje del Área de Derecho Constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. Tribunal Constitucional del Perú.

LÓPEZ, S. **Facebook y el fin de la libertad de expresión**. El Juego de la Suprema Corte, 2019. Disponível em: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=10573>. Acesso em: 10 dez. 2024.

LÓPEZ TAKEYAS, B. **Introducción a la Inteligencia Artificial**. Instituto Tecnológico de Nuevo Laredo, 2007. Disponível em: <http://itnuevolaredo.edu.mx/takeyas/Articulos/Inteligencia%20Artificial/ARTICULO%20Introduccion%20a%20la%20Inteligencia%20Artificial.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2024.

ORTEGA, M. **Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos**. Editorial Reus, 2015.

Palma Ortigosa, A. Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos. **Revista General de Derecho Administrativo**, n. 50, 2019.

PONCE, J., & TORRES, A. **Introducción y Antecedentes de la Inteligencia Artificial**. En Inteligencia Artificial. Iniciativa Latinoamericana de Libros de Texto Abiertos, 2014. Disponível em: <https://10.13140/2.1.3720.0960>. Acesso em: 10 dez. 2024.

POSICIONAMIENTO MX. **¿Cómo funcionan los motores de búsqueda?** Posicionamiento MX, 2014. Disponível em: <https://www.posicionamiento.mx/blog/seo/como-funcionan-losmotores-de-busqueda>. Acesso em: 10 dez. 2024.

ROIG, A. **Las garantías frente a las decisiones automatizadas**: Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. J.M. Bosch, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/j.ctv1dv0v54>. Acesso em: 10 dez. 2024.

ROOSE, K. The President Is Losing His Platforms. **The New York Times**, 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/01/07/technology/trump-social-media.html>. Acesso em: 10 dez. 2024.

SÁNCHEZ, A. **Reflexiones de un replicante legal**. Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

SAINZ, M., ARROYO, L., & CASTAÑO C. **Mujeres y digitalización**. De las brechas a los algoritmos. Red.es. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (coords.), 2020. Disponível em: 10.30923/MujDigBreAlg-2020. Acesso em: 10 dez. 2024.

TENE, O., & POLONETSKY, J. To Track or “Do Not Track”: Advancing Transparency and Individual Control in Online Behavioral Advertising. Consortium on Law and Values in Health, **Environment & the Life Sciences**, v. 13, n. 1, 2012.

TUFEKCI, Z., YORK, J., Wagner, B., & KALTHEUNER, F. **The Ethics of Algorithms: From Radical Content to Self-Driving Cars**. European University Viadrina Frankfurt, 2015. Disponível em: <https://cihr.eu/publication-the-ethics-of-algorithms/>. Acesso em: 10 dez. 2024.

UREÑA, L., & DE BUENAGA, M. Utilizando WordNet para Complementar la Información de Entrenamiento en la Identificación del Significado de las Palabras. **Inteligencia Artificial**, v. 3, n. 7, 1999.

VALERO, A. ¿La libertad de expresión en manos de un algoritmo? Al revés y al Derecho, 2017. Disponível em: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=4805>. Acesso em: 10 dez. 2024.

WAGNER, B. **Global Free Expression: Governing the Boundaries of Internet Content**. Springer International Publishing, 2016.

XU, B. Algorithm regulation under the framework of human rights protection. **The Journal of Human Rights**, v. 18, n. 4, 2019. Disponível em: http://www.chinahumanrights.org/html/2020/MAGAZINES_0109/14446.html. Acesso em: 10 dez. 2024.

JURISPRUDENCIA

ACTA de subscripción al Pacto Ético Electoral (Pacto Ético Electoral, Jurado Nacional de Elecciones [JNE], 28 de enero de 2021.

CÓDIGO de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet, Comisión Europea, 30 de junio de 2016 (UE).

CONSTITUCIÓN Política del Perú de 1993 [Const.].

DECLARACIÓN de Toronto: Protección del derecho a la igualdad y la no discriminación en los sistemas de aprendizaje automático, del 16 de mayo de 2018 (Amnesty Int'l).

DIRECTIVA 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, 2020 O.J. (L409)1 (UE).

ESTADO de Wisconsin c. Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

RB DAN Haag 5 februari 2020, NJ 2020, 368 m.nt. van E.J. Dommering (NJCM et al. /Países Bajos) (Países Bajos).

REGLAMENTO 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), 2016 O.J. (L 119) 1 (UE).

RESOLUCIÓN Directoral 045-2015-JUS/DGPDP de la Dirección General de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 30 de diciembre de 2015 (Perú).

4. DESPLAZADOS CLIMÁTICOS Y SOFT LAW COMO INSTRUMENTOS EFICACES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-04>

María Ignacia Sandoval Gallardo¹

INTRODUCCIÓN

La movilidad humana puede tener diversas razones entre ellas por las consecuencias del cambio climático². De esta situación fáctica surgen algunas interrogantes como ¿Qué obligaciones tendrían los Estados en esta situación? Ante la inexistencia de un marco jurídico específico sobre la materia ¿dónde encontramos respuestas jurídicas respetuosas de derechos humanos a esta problemática?

Nuestra hipótesis es que efectivamente los desplazamientos por motivos climáticos constituyen un tipo de desplazamiento forzado donde en el marco vigente de derecho internacional encontramos una limitante o más bien un vacío jurídico. Por ello una opción que nos permitiría entregar una respuesta jurídica fundada a las interrogantes planteadas sería acudir a algunos instrumentos de soft law que han tratado la movilidad humana como consecuencia del cambio climático. La metodología utilizada será el método dogmático jurídico con análisis documental y el método de casos.

Este trabajo se divide en tres grande partes, en la primera trataremos algunos temas conceptuales generales, identificando algunos factores que generan movilidad humana como consecuencia del cambio climático y las características de este tipo movilidad humana. En la segunda parte ahondaremos algunos de los

¹ Doctoranda en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional, Universidad de Valencia, España. Abogada (Chile), Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Investigadora y profesora del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Profesora de Derecho Constitucional, Profesora en Diplomado en Derechos Humanos (módulo migrantes) del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de Universidad de Talca. Correo electrónico: sanmaig@alumni.uv.es/ ignaciasandoval.ga@gmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4235-3851>

² OIM (2021), pp. 2 y 3. Disponible en: <https://chile.iom.int/es/migracion-medio-ambiente-y-cambio-climatico>

instrumentos de soft law que abordan la materia y plantearemos la utilidad que representan. En la tercera parte realizaremos un breve análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en un amparo de derechos fundamentales donde trata el tema de los desplazados internos por factores ambientales y finalmente cerramos con algunas conclusiones.

1 FACTORES CLIMÁTICOS QUE INCIDEN EN LA MOVILIDAD HUMANA

En este apartado haremos referencia a algunas consecuencias del cambio climático que pueden generar o producir movilidad humana. Es así que el cambio climático puede entenderse en los términos establecidos por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima que se ha observado durante periodos de tiempo comparables”³.

A su vez por efectos nocivos del cambio climático entendemos que serían “los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos”⁴.

De lo anterior es posible señalar que los impactos en las personas puede ser diverso ya sea en su salud, en su acceso al agua potable y saneamiento, capacidad de acceder a alimentos, vivienda, sistemas productivos, entre otras. Estas alternaciones pueden traducirse en la producción de cambios en los componentes del medio ambiente, contaminación del aire, aumento del nivel del mar, sequía, incendios, aumento de la temperatura, inundaciones, etc.

Entonces aparece una clara conexión entre los efectos del cambio climático y la movilidad humana. Estamos ante un fenómeno heterogéneo y multinivel (Sánchez, 2019, p. 8); (Salinas, 2021, p. 133). Lo anterior lo basamos en que pueden concurrir

³ Art. 1.2 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

⁴ Art. 1.1 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

diversos motivos para el desplazamiento humano y no únicamente ambientales, por lo que el cambio climático no sería un factor directo, sino que más bien podría entenderse como indirecto. Dentro de las razones que pueden motivar la movilidad humana encontramos aquellas de carácter económicas, familiares, políticas, ambientales, demográficas o sociales y culturales (Armijos-Orellana *et al*, 2022, p. 228 -238).

Unos de estos factores indirectos son los desastres naturales que, sumados a la vulnerabilidad de la población y sus capacidades de adaptación, podrían generar desplazamientos de población. Los desastres pueden conceptualizarse como "alteraciones graves del funcionamiento normal de una comunidad o una sociedad debido a los fenómenos físicos peligrosos que interactúan con las condiciones sociales vulnerables, dando lugar a efectos humanos, materiales, económicos o ambientales adversos generalizados que requieren una respuesta inmediata a la emergencia para satisfacer las necesidades humanas esenciales, y que puede requerir apoyo externo para la recuperación" (IPCC, 2018, p. 78).

A su vez, las catástrofes pueden ser de carácter súbito, como sería el caso de una lluvia torrencial que produzca una inundación, o de aparición lenta, tales como la sequía o elevación del nivel del mar (Sánchez, 2019, p. 9-10). Esta distinción incidirá en el impacto que tengan sobre la movilidad, ya que afectará en su temporalidad, voluntariedad y en su carácter nacional o transfronteriza (Sanchez; Rubiano, 2017, p. 17).

El desplazamiento inducido por el cambio climático fue objeto de conversación en la COP 16 de 2010 en la cual se adoptó el Marco de Adaptación de Cancún. En dicho instrumento se aborda en su apartado 14 letra f) la movilidad humana como consecuencia del cambio climático. A mayor abundamiento se insta a la adopción de medidas de adaptación por parte de los Estados, en atención al principio de responsabilidades comunes y diferenciadas y de cooperación, en lo que respecta a las medidas que busquen hacerse cargo del "desplazamiento, la migración y el traslado planificado como consecuencia del cambio climático, cuando corresponda, a nivel nacional, regional e internacional" (ONU, 2011).

En el caso del desplazamiento se trataría de una movilidad de carácter interna dentro de las fronteras del Estado o transfronteriza pero es de carácter forzado. A diferencia de la migración que también puede ser interna o internacional, pero es principalmente voluntaria. El traslado planificado se refiere al reasentamiento, que se produce dentro de las fronteras del Estado (Sánchez, 2019, p. 11).

En el contexto de la crisis climática donde en los últimos años se han producido sequías, elevación del nivel del mar, deshielo de los glaciares, etc. han generado un impacto en el goce efectivo de derechos humanos como la libertad personal, acceso a la vivienda, alimentación, agua potable, salud, entre otros, que han provocado movilidad humana como forma de hacer frente a los efectos negativos que produce el cambio climático en sus lugares de residencia habitual (Felipe, 2022, p. 77-78); (Castillo, 2011, p. 49-50).

Esta situación fáctica genera un problema jurídico en torno a cómo deben abordarse estas movilidades desde una perspectiva jurídica y política con un enfoque de derechos humanos. Este problema no es menor, en la medida de que estas movilidades son de características heterogéneas y varían según los motivos, la temporalidad, zona geográfica, factores políticos y sociales, situación de vulnerabilidad de las personas, etc. Así las cosas la regulación de la protección jurídica en el contexto de estas movilidades desde el derecho internacional no encuentra un marco completo y suficiente para ser abordada, dejando a estas personas en una situación de desprotección (Felipe, 2022, p. 79-80); (Solanes, 2020, p. 434-437); (Borrás, 2022, p. 36-40).

Las personas que mayor riesgo corren de sufrir sus consecuencias son quienes ya se encuentran en una situación de vulnerabilidad: A causa de la zona geográfica en que viven, la pobreza, el género, la edad, la discapacidad, el origen o cualquier otra condición, incluidas las mujeres migrantes cuyos medios de vida dependen del clima, y los niños, que tienen una menor capacidad para sobrevivir a fenómenos meteorológicos extremos (Beyer; Milan, 2023, p. 9).

En la actualidad no existe ningún instrumento jurídicamente vinculante a nivel internacional que ofrezca una definición de común acuerdo ante este fenómeno. Por ello en el apartado que sigue nos referiremos a algunos de ellos.

1.1 CONCEPTO DE DESPLAZAMIENTOS CLIMÁTICOS

La Organización Mundial para la Migración (OIM) ha entregado algunas definiciones que permiten clarificar elementos conceptuales que podemos encontrar en el contexto de desplazamientos humanos (IOM, 2019).

El desplazamiento es “aquél movimiento de personas que se ven forzadas u obligadas a dejar su lugar de origen o residencia habitual a raíz de un desastre o para evitar ser afectados por los efectos de una amenaza natural inmediata y previsible” (CSM, 2019, p. 7). Este tipo de desplazamiento si bien se caracteriza por su origen natural, así por ejemplo terremoto, erupción volcánica e inundaciones. Asimismo, este tipo de desplazamiento, se produce dentro de las fronteras de los países, pero esto no excluye la existencias de desplazamientos forzados transfronterizos (CSM, 2019, p. 10-12).

Por su parte la migración puede entenderse como el “movimiento de personas fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea a través de una frontera internacional o dentro de un país”. Este concepto comprende la migración interna (dentro de las fronteras de un Estado) y la internacional (aquella que conlleva el traspaso de una frontera de un Estado del cual no son nacionales) (IOM, 2019). A diferencia del desplazamiento forzoso la migración se caracteriza por su carácter voluntario (IOM, 2019).

Hay dos categorías importantes de señalar, una es migración por motivos ambientales como el “movimiento de personas o grupo de personas que, debido principalmente a cambios repentinos y graduales en el medio ambiente que incidan negativamente en sus vidas o en sus condiciones de vida, se ven obligados a abandonar su lugar de residencia habitual, o deciden hacerlo, con carácter temporal o permanente, y se desplazan a otras partes de su país de origen o de residencia habitual, o fuera del mismo” (IOM, 2019).

Uno de los elementos importantes que entrega esta noción es la de la existencia de una vulnerabilidad de las personas que podrían encontrarse ante una migración forzada, precisamente, porque se contempla la hipótesis de que no medie la voluntad de las personas o grupos de personas de trasladarse, es decir, se ven ante un imperativo. Así en este tipo de movilidad podemos encontrar los

desplazamientos por desastres naturales y aquellos debidos al cambio climático. Es decir, se trata de una migración multicausal y heterogénea y que tendrá una consecuencia en la regulación de las obligaciones estatales (Casillas, 2020, p. 73-92).

Una subcategoría es la migración por motivos climáticos consistente en el "movimiento de una persona o grupo de personas que, principalmente debido a un cambio repentino o gradual en el medio ambiente como consecuencia del cambio climático, se ven obligadas a abandonar su lugar de residencia habitual, o deciden hacerlo, con carácter temporal o permanente, dentro de un país o a través de una frontera internacional" (IOM, 2019).

Este tipo de migración se enfoca específicamente en que los motivos del desplazamiento sean debido al cambio climático y sus consecuencias adversas. Asimismo, habría que considerar otros elementos como la resiliencia o adaptabilidad a las consecuencias del cambio climático. Es una subcategoría de la migración por motivos ambientales en la que el cambio en el entorno se debe específicamente al cambio climático (Migration Data Portal, 2023).

El término refugiado climático consiste en "aquellas personas que se han visto obligadas a abandonar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental (natural y/o provocado por el hombre) que puso en peligro su existencia y/o afectó gravemente su calidad de vida" (Hinnawi, 1985, p. 4).

Por lo anterior, podemos señalar que no hay un consenso en torno a la terminología a ser utilizado en el caso de movilidad humana como consecuencia de los efectos nocivos del cambio climático. Ante esta heterogeneidad de conceptos existentes y la diversidad de características que presentan estos movimientos cabe preguntarse cuál sería la respuesta desde el derecho internacional ante este tipo de desplazamientos.

El término que se escoja claramente incidirá en las normas jurídicas al caso, por ello si se opta por el término refugiado climático el marco jurídico aplicable sería el derecho internacional de los refugiados, que no reconoce explícitamente el motivo ambiental. Por su parte si se opta por el término de migración sería procedente acudir

al derecho internacional de los derechos humanos, pero esta noción parte de la premisa de la voluntariedad del traslado y esto no siempre es el caso.

Antes de abordar las fuentes de soft law es necesario sostener que para efectos de este trabajo entenderemos por desplazados climáticos "a aquella persona o personas que no cruzan una frontera internacional, sino que se desplazan dentro de su propio país y puede ser a causa de un desastre natural (sequía, huracán, ciclón, terremoto, etc.) o causas mixtas, es decir, un conflicto que surge dentro del propio país por la lucha por los recursos naturales como el agua, por ejemplo" (ACNUR, 2024).

2 INSTRUMENTOS DE SOFT LAW APLICABLES A LOS DESPLAZADOS CLIMÁTICOS

Esta realidad de movilidad es un fenómeno a nivel mundial, en cifras recientes podemos señalar los datos entregados por el Centro de Monitoreo de Desplazamientos Internos (IDMC siglas en inglés) que en su informe del año 2024 nos señala que los desplazamientos internos por desastres durante el año 2023 fueron de 26.4 millones de personas lo que demuestra un aumento progresivo a nivel mundial, los hechos claves fueron terremotos, incendios forestales e inundaciones (IDMC, 2024).

A nivel global durante el año 2023 hubo 7.7 millones desplazadas internas como consecuencia de desastres, estos datos pueden desglosarse de la siguiente manera geográficamente: a) Afganistán 1.5 millones de personas, b) Paquistán 1.2 millones de personas; c) Etiopía 881.000 personas; d) Turquía 822.000 personas; e) China 639.000 personas y f) otros países del mundo reúnen 2.6 millones de personas (IDMC, 2024).

Según la OIM en el informe sobre las migraciones en el mundo 2024 en su capítulo 7 hace referencia al cambio climático y el impacto que tiene en la movilidad humana desarrollando vínculos entre fenómenos ambientales y factores de movilidad humana. Identifica que la variabilidad climática haciendo referencia a eventos climáticos repentinos (huracanes, inundaciones, incendios forestales) y aquellos de evolución lenta (sequías, derretimiento de glaciares y elevación del nivel del mar) (OIM, 2024, p. 215-218).

En el informe del Banco Mundial del año 2024 se establece que a nivel mundial las poblaciones más susceptibles a la exposición de los efectos del cambio climático son el sur de Asia, sudeste asiático y pacífico pero si agregamos la vulnerabilidad de la población obtenemos como las zonas geográficas más vulnerables a África subsahariana, sur de Asia y el Medio Oriente y norte del continente africano (World Bank, 2024, p. 8).

La realidad multicausal de este tipo de movilidad produce dificultades en su regulación ya que se trata de un fenómeno complejo con diversas variables y características. Desde el derecho internacional existen normas sectoriales, algunas vinculantes u otras denominadas de soft law que han abordado esta materia (Sánchez, 2019, p. 22); (Felipe, 2022, p. 10-11); (Ochoa, 2021, p. 390).

Ante la problemática de la regulación de la protección jurídica de estas personas es que consideramos que los instrumentos de soft law constituyen una herramienta adecuada para la efectividad de los derechos humanos, entendiendo que producen algunos efectos jurídicos, especialmente, permite llenar vacíos jurídicos (Aguilar, 2023, p. 273).

Puede entenderse que el soft law tiene un carácter de integrador en el sistema de fuentes de derechos humanos, que puede ser utilizados para guiar a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones, como parámetro interpretativo y como antecedente de normas hard law (Aguilar, 2023, p. 274-277); (Ariza, 2022).

Sánchez Cáceres señala que el soft law serían los "textos desprovistos de carácter vinculante, querían recogidos aquellos materializados en forma de Declaración, Recomendaciones, Directrices o Principios en los que, si bien pueden formar parte de un marco jurídico-normativo, no existe una fuerza coactiva que, como tal, imponga su obligación de cumplimiento, sino que únicamente esa fuerza se configura como una obligación de carácter moral" (Sánchez Cáceres, 2019, p. 469).

Benavides señala que la utilidad de las manifestaciones de soft law es ser un eventual insumo para la creación posterior de una fuente formal y ser un elemento interpretativo del derecho internacional (Benavides, 2021, p. 11).

Así un ejemplo de este rol lo encontramos en el Derecho Internacional del Medio Ambiente, rama específicamente nutrida en su fundamentación y desarrollo por los instrumentos de soft law (Aguilar, 2023, p. 279-280)⁵.

2.1 INSTRUMENTOS DEL DERECHOS INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Aquí encontramos instrumentos internacionales generales referentes a migrantes, refugiados y desplazados.

En primer lugar, tenemos la Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes, adoptada por aclamación el 19 de septiembre de 2016 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En esta resolución se reconoce que los efectos del cambio climático, desastres naturales u otros factores ambientales pueden generar movilidad humana ⁶. En este documento se hace referencia al principio de cooperación internacional y al Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030.

En cuanto a los compromisos adoptados destacan el lugar que la dignidad y los derechos humanos deben tener en las gestión de la movilidad.

El Pacto Mundial para la Migración Segura, Regular y Ordenada (Asamblea General ONU, 19 de diciembre de 2018), que consiste en la primera norma internacional de las Naciones Unidas que busca establecer mecanismos globales para hacer frente a la migración internacional⁷.

Este acuerdo plantea principios y recomendaciones que pueden aplicarse, perfectamente al contexto del cambio climático. Dentro de dicho principios destacamos el de responsabilidades compartidas y el de cooperación internacional.

⁵ Ejemplos de estos instrumentos son la Declaración de Estocolmo de 1972, la Declaración de Río de Janeiro de 1992, la Declaración de Johannesburgo de 2002 y la Declaración de Río + 20 de 2012.

⁶ ONU. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, párr. 1.

⁷ ONU. OHCHR (S/F). Pacto Mundial para una migración segura, regular y ordenada (CGM). Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/migration/global-compact-safe-orderly-and-regular-migration-gcm>

En cuanto al primero, el principio de responsabilidades compartidas consiste en hacer frente la migración desde la perspectiva de mitigar diversos factores que conlleven una imposibilidad de una vida sostenible en sus países de origen, esto claramente, comprende los efectos del cambio climático y las vulnerabilidades que pueden surgir para estas personas en el proceso migratorio que pueden producir una afectación a sus derechos humanos (ONU, 2018).

En cuanto al principio de cooperación internacional se establece que: "El Pacto Mundial es un marco de cooperación no vinculante jurídicamente que reconoce que ningún Estado puede abordar la migración en solitario por ser esta un fenómeno intrínsecamente transnacional que requiere cooperación y diálogo a nivel internacional, regional y bilateral. Su autoridad dimana de su carácter consensuado, su credibilidad, su titularidad colectiva y el hecho de que su aplicación, seguimiento y examen sean conjuntos" (ONU, 2018).

Dentro de los objetivos del Pacto de 2018, destacamos los siguientes: Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen, en especial lo referente a Desastres naturales, efectos adversos del cambio climático y degradación ambiental, que consiste en:

1. "Intensificar los análisis conjuntos y el intercambio de información para cartografiar, comprender, predecir y afrontar mejor los movimientos migratorios, como los que puedan derivarse de los desastres naturales repentinos y de evolución lenta, los efectos adversos del cambio climático, la degradación ambiental y otras situaciones precarias, velando al mismo tiempo por que se respeten, protejan y cumplan efectivamente los derechos humanos de todos los migrantes;

2. Formular estrategias de adaptación y resiliencia a los desastres naturales repentinos y de evolución lenta, los efectos adversos del cambio climático y la degradación ambiental, como la desertificación, la degradación de las tierras, la sequía y la subida del nivel del mar, teniendo en cuenta las posibles consecuencias para la migración, pero reconociendo que es prioritaria la adaptación en el país de origen;

3. Integrar consideraciones relativas al desplazamiento en las estrategias de preparación para casos de desastre y promover la cooperación con los países vecinos y otros países interesados a fin de preparar mecanismos de alerta temprana,

planificación para imprevistos, almacenamiento, coordinación, planificación de evacuaciones, acuerdos de recepción y asistencia, e información pública;

4. Armonizar y desarrollar enfoques y mecanismos sub regionales y regionales para abordar la vulnerabilidad de las personas afectadas por desastres naturales repentinos y de evolución lenta, velando por que tengan acceso a una asistencia humanitaria que satisfaga sus necesidades esenciales y que se respeten plenamente sus derechos allá donde se encuentren, y promoviendo resultados sostenibles que aumenten la resiliencia y la autosuficiencia, teniendo en cuenta la capacidad de todos los países interesados;

5. Formular enfoques coherentes para encarar los desafíos que plantean los movimientos migratorios en el contexto de los desastres naturales repentinos y de evolución lenta, incluso teniendo en cuenta las recomendaciones pertinentes de los procesos consultivos liderados por los Estados, como la Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático y la Plataforma sobre el Desplazamiento por Desastres" (ACNUR, 2018).

Por su parte el Pacto Mundial sobre los Refugiados (ONU, 2018), establece una serie de principios y objetivos para una mejor gestión de los mecanismos jurídicos de protección complementaria internacional estableciendo este nuevo marco internacional. Este instrumento internacional carece de obligatoriedad jurídica (Fajardo Del Castillo, 2019, p. 2).

Respecto a los Principios Rectores para el desplazamiento interno (Principios Deng) aprobados el 11 de marzo 1998 en el Consejo Económico y Social de la ONU, tiene por objeto establecer un marco para la protección de las personas desplazadas internas que sea respetuoso de sus derechos considerando que el marco jurídico existente no se hace cargo de esta situación.

Así se establece que estos principios buscan tratar las necesidades específicas de los desplazados internos de todo el mundo, determinando los derechos y garantías necesarios para su protección. Agrega que se deben resguardar en las diferentes fases de los desplazamientos, el regreso o el asentamiento y la reintegración sustitutorios (ONU, 1998, p. 9).

Serían para estos efectos desplazados internos “las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida” (ONU, 1998, p. 5).

Se reconoce la calidad de sujetos de derechos y que estos derechos deben ser respetados sin discriminación alguna. Uno de los lineamientos que establece es la igualdad y no discriminación y el reconocimiento de grupos de especial protección como niños y niñas, mujeres, personas con discapacidad, etc. (Principio 4 y Principio 9).

El conjunto de los principios establece lineamientos respecto de la prevención del desplazamiento, al momento de producirse el desplazamiento y al regreso o reasentamiento. En cada una de estas etapas se deben establecer procedimientos y medidas que garanticen los derechos humanos.

A nivel regional es pertinente hacer referencia a los Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de personas (adoptados por la Comisión Interamericana de derechos humanos el 7 de diciembre de 2019). Este documento consolida estándares de derechos humanos basados no solo en la jurisprudencia, tanto contenciosa como consultiva, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que también obedece al aporte que el propio soft law ha tenido, mediante la labor los informes de relatoría de migrantes, por ejemplo.

Este instrumento establece como lineamiento de gestión de los movimientos de personas el enfoque de derechos humanos y el enfoque diferenciado a lo largo de todo el proceso migratorio indistintamente de su situación migratoria y sus motivos. Además, establece expresamente como motivo de migración aquellos de carácter medioambientales. En lo que cabe al enfoque diferencial hace especial mención a grupos de especial protección como lo son las personas supervivientes de tortura, niños, niñas y adolescentes no acompañados, mujeres, pueblos indígenas, comunidad LGTBQIA+ y en general cualquier persona que requiere protección

internacional debe ser respetado en su condición de persona titular de derechos humanos.

Desde esta perspectiva se hace necesario, por tanto, que no solo los Estados sino que las organizaciones internacionales y aquellas no gubernamentales guíen su actuar bajo las directrices que se desprenden de la responsabilidad compartida entre los Estados, y la necesidad de cooperar y dialogar para defender y proteger los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su situación migratoria. A su vez el marco jurídico y político de los Estados, tanto al reconocer derechos como desarrollarlos a través de sus normas y políticas públicas, deben ser respetuosa de los derechos humanos.

El principio 8 (Perspectiva de género y enfoque diferenciado) señala: "Las leyes y políticas de migración que aplican los Estados deben incorporar una perspectiva de género que considere los riesgos específicos, así como los efectos diferenciados, que enfrentan las mujeres, hombres, niños y adolescentes de ambos sexos y personas LGTBI en el contexto de la movilidad humana" (CIDH, 2019)⁸.

Reconoce estándares específicos considerando la situación de vulnerabilidad, así en el principio 16 habla de la necesidad de medidas específicas destinadas a la identificación de los factores de exclusión y remedios efectivos a través de la aplicación del principio de interseccionalidad.

Finalmente nos parece relevante señalar que se hace referencia al principio de interpretación pro persona, que debería ser un criterio siempre aplicable en estas situaciones, considerando que el cambio climático produce un impacto en derechos humanos. Esto implica que debe preferirse siempre la norma que mejor proteja los derechos de las personas, no aplicar esta interpretación sería desconocer la propia dignidad de la persona en la medida que los efectos del cambio climático afectan precisamente derechos humanos.

De lo sostenido hasta ahora, fuera de las fuentes formales del derecho internacional de los derechos humanos, vemos que aquellas que pertenecen a la categoría del soft law proveen directrices adecuadas para la finalidad perseguida que es el resguardo de los derechos de las personas. Asimismo, se tornan en una

⁸ Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de personas, principio 8.

herramienta eficaz al momento de enfrentar un fenómeno que requiere de respuestas políticas y jurídicas que no han logrado un consenso desde la perspectiva formal. Así consideramos que estos instrumentos de soft law entregan a lo menos dos beneficios, el primero es que complementan las fuentes que generan obligatoriedad jurídica, en la medida que entregan un marco de acción o actuación para enfrentar situaciones no reguladas y el segundo, estas normas proveen una flexibilidad en su construcción lo que facilita la generación de dialogo y consensos, entendiendo que los derechos humanos son un sistema y que es indiscutible que el soft law no solo lo permea sino que opera como un insumo interpretativo y de aplicación para la eficacia de los derechos humanos de las personas.

2.2 INSTRUMENTOS DE SOFT LAW PROPIOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

En este apartado haremos referencia a instrumentos propios del ámbito del cambio climático. Antes de comenzar es necesario, a manera introductoria, señalar que estos documentos tratan sobre la mitigación y adaptación al cambio climático.

Desde esta perspectiva la mitigación consiste en las medidas de intervención humanas destinadas a reducir la emisión de gases invernadero (IPCC, 2014, p. 135). Por su parte la adaptación dice relación con los proceso de ajuste, ya sean humanos o naturales, a la nuevas condiciones climáticas y reducir la vulnerabilidad (IPCC, 2014, p. 128). La movilidad humana en contexto del cambio climático sería una medida de adaptación ya que permitiría abordar estratégicamente los efectos del cambio climático aunque este tipo de desplazamiento se produciría cuando otras medidas no han sido exitosas para hacer frente a la nueva realidad climática.

En 2010 se aprobó el Marco de Adaptación de Cancún en el que se hace referencia a la movilidad humana como una medida de adaptación a los efectos del cambio climático. En principio se señala que las medidas de adaptación debe consistir en mejorar y fortalecer las capacidades institucionales de respuesta al cambio climático. Para lo anterior se debe priorizar la gestión sostenible de recursos naturales y la diversificación económica. Por otra parte, señala que debe existir un rol de prevención en la ocurrencia de desastres como consecuencia del cambio climático y para ello debe implementarse sistemas de prevención y gestión de

riesgos. Finalmente se hace referencia a la movilidad humana como consecuencia del cambio climático y que ella debe gestionarse en la coordinación y cooperación⁹.

De esto se desprende que los desplazamientos deberían prevenirse pero incluirse en los planes de adaptación de carácter nacional, como también en los planes regionales como internacionales (Sánchez, 2019, p. 40).

En junio de 2011 se celebró la Conferencia Nansen sobre Cambio Climático y Desplazamiento en Oslo que tuvo como resultado ciertos principios (10) para abordar las movilizaciones humanas como consecuencia del cambio climático. Los principios se enmarcan en el resguardo de la dignidad humana, derechos humanos y cooperación internacional (principio I) (ACNUR, 2011). Hace alusión a las necesidades específicas de las personas más vulnerables ante el cambio climático (principio II), consagra la importancia de la prevención y resiliencia (Principio V), la utilización de los principios de desplazados internos (Principio VIII) (ACNUR, 2011).

En 2015 como resultado de la iniciativa Nansen (año 2012) surge la Agenda Nansen, documento que desarrolla un marco de protección para las personas desplazadas en contextos de desastres a través de las fronteras y también plantea medidas de gestión de riesgo de desastres en el país de origen (Torres, 2023, p. 62); (The Nansen Initiative, 2015, p. 7-8). Se define el término desplazamiento en el contexto de desastres como "situaciones donde las personas se ven forzadas u obligadas a dejar su lugar de origen o residencia habitual a raíz de un desastre o para evitar ser afectados por los impactos de una amenaza natural inmediata y previsible" (The Nansen Initiative, 2015, p. 17).

Este tipo de desplazamiento se caracteriza por: a) las personas se encuentran expuestas a una amenaza natural, b) donde son demasiado vulnerables y c) carecen de la resiliencia para resistir el impacto de esa amenaza. Los efectos de las amenazas naturales, incluidos los efectos adversos del cambio climático, son superables a través de la resiliencia o de la capacidad de adaptación de una comunidad o sociedad afectada, es decir, estos efectos pueden producir un desplazamiento (The Nansen Initiative, 2015, p. 17).

⁹ ONU. Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, art. 14.

El 18 de agosto de 2013 surgen los Principios de Península sobre Desplazamiento Climático que comprende 18 principios en torno a los desplazamientos climáticos dentro de las fronteras de los Estados. Estos principios fueron desarrollados considerando el derecho internacional, las obligaciones en materia de derechos humanos y las buenas prácticas que los Estados tienen respecto de las personas desplazadas por el cambio climático (UNFCCC, 2013).

Resulta interesante mencionar algunos de los fundamentos de los principios en tanto dan cuenta de algunos elementos que caracterizan este tipo de movilidad y la actuación que los Estados deberían tener a este respecto. En este sentido parte de la premisa que los desplazamientos pueden ser internos como internacionales como consecuencia del cambio climático, que dichos desplazamientos deben prevenirse en la medida que las personas tienen el derecho a permanecer en sus hogares y en caso que el desplazamiento efectivamente ocurra debe garantizarse el derecho a trasladarse de forma segura y ser reubicados dentro del Estado (UNFCCC, 2013).

En cuanto a los principios nos parece relevante referirnos al principio 2 que entrega algunos conceptos tales como el de desplazados climáticos "consistente en el movimiento de personas dentro del Estado debido a los efectos del cambio climático, incluidos aquellos eventos ambientales y procesos de súbita ocurrencia como aquellos de evolución lenta, ya sea que concurran solo o en combinación con otros factores" (Principio 2, letra b).

En el principio 4 se establece una regla de interpretación flexible y progresiva que no limite o restrinja la aplicación de estos principios y otras normas del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

En cuanto a las obligaciones, éstas se engloban en dos, la primera en la prevención de la ocurrencia de desplazamientos climáticos (Principio 5) y la segunda consiste en entregar medidas de asistencia en adaptación y protección teniendo como principal objetivo garantizar que las personas puedan permanecer en sus hogares o tierras, haciendo especial mención a los pueblos indígenas (Principio 6).

Por otra parte en el proceso de desplazamiento es necesaria la existencia de una preparación y planificación que cuente con la participación activa de las

personas o comunidades afectadas y que la reubicación sea con el consentimiento de las mismas (Principio 10).

Producto de la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas el 18 de marzo de 2015 se adoptó el Marco de Sendai para la reducción de riesgos de 2015-2030. Con este instrumento se busca reforzar la resiliencia y la responsabilidad primordial de los Estados de prevenir y reducir el riesgo de desastres y la participación de toda la sociedad y todas las instituciones del Estado (UNISDR, 2015, p. 5).

El documento consagra 13 principios rectores y 4 prioridades de acción. En torno a los primeros es pertinente indicar aquellos que dan lineamientos para el accionar por parte de los Estados. En esta línea se establece la responsabilidad de prevenir y reducir los riesgos a través de la cooperación internacional, entiendo que esto corresponde a una problemática global (art. 19, letra a). Agrega que la gestión de desastres tiene por finalidad la protección de las personas y sus derechos (art. 19, letra c). Por otra parte entrega un rol preponderante a la participación, entendiéndose que esta debe ser activa, inclusiva y no discriminatoria (art. 19, letra d). La implementación de medidas debe ser en conformidad con el desarrollo sostenible (art. 19, letra h).

En lo que dice relación con las prioridades de acción estas son:

1. Comprender el riesgo de desastres que implica que “las políticas y prácticas para la gestión del riesgo de desastres deben basarse en una comprensión del riesgo de desastres en todas sus dimensiones de vulnerabilidad, capacidad, grado de exposición de personas y bienes, características de las amenazas y entorno. Esos conocimientos se pueden aprovechar para la evaluación del riesgo previo a los desastres, para la prevención y mitigación y para la elaboración y aplicación de medidas adecuadas de preparación y respuesta eficaz para casos de desastre” (art. 23).

2. Fortalecer la gobernanza del riesgo de desastres para gestionar dicho riesgo que conlleva “contar con claros objetivos, planes, competencia, directrices y coordinación en los sectores y entre ellos, así como con la participación de los actores pertinentes. Por lo tanto, el fortalecimiento de la gobernanza del riesgo de desastres para la prevención, mitigación, preparación, respuesta, recuperación y

rehabilitación es necesario y fomenta la colaboración y las alianzas entre mecanismos e instituciones en la aplicación de los instrumentos pertinentes para la reducción del riesgo de desastres y el desarrollo sostenible" (art. 26).

3. Invertir en la reducción del riesgo de desastres para la resiliencia para generar "medidas estructurales y no estructurales son esenciales para aumentar la resiliencia económica, social, sanitaria y cultural de las personas, las comunidades, los países y sus bienes, así como del medio ambiente" (art. 29).

4. Aumentar la preparación para casos de desastre a fin de dar una respuesta eficaz y reconstruir mejor en los ámbitos de la recuperación, la rehabilitación y la reconstrucción lo que se traduce en "adoptar medidas con anticipación a los acontecimientos, integrar la reducción del riesgo de desastres en la preparación y asegurar que se cuente con capacidad suficiente para una respuesta y recuperación eficaces a todos los niveles" (art. 32).

En definitiva respecto de la movilidad humana señala que se:

1. Recomienda a los Estados reconocer y aprovechar los conocimientos, las habilidades y capacidades que pueden aportar desplazados y migrantes a las sociedades que enfrentan desastres, promoviendo su activa participación en la formulación de las políticas y acciones de reducción al riesgo.

2. Propone incorporar de forma transversal la reducción del riesgo en los procesos de urbanización y gestión territorial, a fin de desactivar los flujos de población como amenazas.

3. Recomienda, como último recurso el desarrollo de procesos de reubicación planificada para poblaciones asentadas en áreas de alta exposición al riesgo no mitigable.

4. Establece directrices para guiar los procesos de evacuación y alojamiento temporal.

5. Indica a las autoridades la necesidad de prepararse para enfrentar los procesos de desplazamiento generados por desastre; asegurando a los afectados en el acceso a los bienes y servicios necesarios para desarrollar sus vidas en condiciones de dignidad (Sánchez, 2019, p. 46).

Finalmente haremos referencia a las recomendaciones que hace el Informe temático del Relator Especial de la ONU sobre el cambio Climático del 18 de abril

2023. Es importante señalar que este informe hace referencia a la existencia de lagunas normativas en la protección de personas desplazadas como consecuencia del cambio climático, especialmente, cuando traspasan fronteras internacionales (ONU, 2023, p. 19).

Por ello una de sus recomendaciones es la creación de un marco jurídico que se haga cargo de este fenómeno, mientras esto no suceda exhorta a los Estados a dictar normas nacionales que pueden hacer frente a este tipo de movilidad, considerando especialmente las vulnerabilidades (ONU, 2023, p. 19-20).

De lo dicho precedentemente en este apartado podemos señalar que las regulaciones sectoriales en materia de movilidad por cambio climático se centran en la mitigación y adaptación. En algunos instrumentos como el Marco de Cancún la materia del desplazamiento es más bien una temática accesoria y no central. El protagonismo que ha adquirido este fenómeno y la problemática que genera ha sido objeto del crecimiento de directrices para abordarlo. Aunque este esfuerzo da cuenta de la existencia de un diálogo con miras a encontrar soluciones éstas son del todo eficaces para hacerse cargo de la materia y a la afectación de derechos que produce.

Lo anterior basado en las propias limitaciones de los instrumentos de soft law, en este sentido proveen recomendaciones que los Estados pueden adoptar o no. También consideramos como limitante que estos instrumentos se circunscriben a los desplazamientos internos y la implementación de estas medidas priorizando la prevención de desplazamientos, la que no ha sido efectiva si consideramos los datos entregados supra y el aumento progresivo de las movilidades humanas.

Así las cosas, si es destacable el rol de complementariedad que estos instrumentos entregan a un marco jurídico con vacíos necesarios de llenar que dan cuenta de la necesidad de generar consensos en torno a las obligaciones que los Estados tienen porque, quiera o no asumirse, esta realidad de movilidad como consecuencia del cambio climático es un problema de derechos humanos y deber ser abordada desde ese enfoque.

3 CASO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA AÑO 2024

Recientemente la Corte Constitucional de Colombia, conociendo un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, conoció un caso referente a desplazados internos por factores ambientales. Señalado que este tipo de movilidad humana tiene una perspectiva multicausal y que genera lesiones a derechos humanos, enfatizando el carácter de forzado de este tipo de movilidad y enfatizando que el Estado tiene deberes especiales respecto de los grupos vulnerables¹⁰.

La Corte Constitucional desarrolla una serie de características de este tipo de desplazamiento. Parte enunciando que se trata de una situación multicausal en la que concurren diversos factores: "(i) la persona o grupo de personas huye o escapa de su hogar o de su lugar de residencia habitual; (ii) dicha huida es forzosa, no voluntaria, es decir que es presionada por las circunstancias; (iii) quien se desplaza no cruza la frontera estatal de su país, sino que se moviliza dentro de él; y (iv) como se ha insistido en esta providencia, se trata de un fenómeno que puede obedecer a diferentes causas, más allá de las asociadas al conflicto armado" (Colombia, Sentencia T-123, 2024, párr. 95) .

Lo que diferencia este tipo de movilidad es que se puede deber a diversas circunstancias, tales como desastres naturales como inundaciones o degradación del medio ambiente, como es el caso de la desertización, elevación del nivel de mar, entre otras.

Lo relevante de esto es la manifestación del desplazamiento el que puede ser repentino o de progresión más lenta, temporal o definitiva.

A su vez la calificación de forzado de este tipo de desplazamientos consiste en determinar la necesidad de salir de lugar de residencia ante la inminencia de un hecho; no obstante, en el caso del desplazamiento por factores ambientales ese carácter de forzado no es tan fácil de identificar o por lo menos no a través de un único hecho, precisamente por los fenómenos de aparición o evolución lenta . Es decir, "el carácter forzado del desplazamiento por factores ambientales no siempre

¹⁰ El caso se trata de dos personas mayores campesinas que ven sus tierras y su hogar inundados por el desbordamiento de un río, por lo que reclamaron la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, la vivienda digna, el trabajo, la alimentación, la seguridad alimentaria, el mínimo vital, la vida, la seguridad personal.

se da por un hecho que ocurre en un mismo momento o que se identifica con claridad como un evento unitario" (Colombia, Sentencia T-123, 2024, párr. 103).

Especial referencia se hace en cuanto a los grupos vulnerables o de especial protección que van a ver reducidas su capacidad de adaptación y mitigación de los efectos adversos del cambio climático por lo que su única opción es el desplazamiento. Por lo anterior, y en base a esta vulnerabilidad el Estado tiene un deber de protección reforzada.

Dentro de las obligaciones del Estado en materia de desplazamientos internos forzosos por factores ambientales distingue entre: a) obligaciones de prevención y adaptación que se activan antes del desplazamiento; b) obligaciones durante el desplazamiento y c) obligaciones relativas al regreso, reasentamiento y la reintegración (Colombia, Sentencia T-123, 2024, párr. 121- 126).

Respecto de las primeras señala que comprende tener en cuenta la causa y la forma de mitigar el riesgo del desplazamiento, deben atender a diagnósticos técnicos y participativos sobre los riesgos de desplazamiento por desastres, sea por el deterioro o por la variabilidad ambiental y deben diseñar e implementar medidas que permitan a las personas y comunidades adaptarse y desarrollar condiciones de resiliencia al cambio climático (Colombia, Sentencia T-123, 2024, párr. 121- 126).

En cuanto a las segundas, indica que la atención a los afectados debe realizarse en atención al principio de enfoque diferencial, es decir, teniendo en cuenta las características y condiciones particulares de la población, debe proveerles con insumos básicos para su sobrevivencia y el Estado tiene la obligación de prever un mecanismo administrativo de registro, que permita a las personas el reconocimiento de su situación y la garantía de los derechos constitucionales de los que son titulares como personas (Colombia, Sentencia T-123, 2024, párr. 130- 136).

En lo que dice relación con la tercera obligación, podemos mencionar que el Estado debe garantizar la protección integral de los derechos de las personas en el contexto de retorno o reubicación mediante la adopción de soluciones duraderas, es decir, que garanticen los medios suficientes para que la población que fue víctima del desplazamiento pueda, en un futuro cercano, superar la condición de vulnerabilidad generada por el desplazamiento (Colombia, Sentencia T-123, 2024, párr. 138- 140).

Lo interesante de esta sentencia es que la construcción de la decisión, como parte de la argumentación jurídica, la Corte Constitucional hace uso de instrumentos de soft law. La particularidad del caso colombiano es la existencia de normas nacionales referente al conflicto armado pero no existen normas específica para los casos de desplazamiento por motivos ambientales.

Así, la construcción del análisis del derecho comienza con la premisa de que esta situación produce una afectación en el goce de derechos y como tal requiere una respuesta estatal que sea respetuosa de los mismos.

Previo a acudir a normas del derecho internacional de derechos humanos y ante la ausencia de normas específicas en la materia parte de la obligación general que el Estado tiene respecto de la protección y garantía de los derechos.

Para la determinación de las obligaciones del Estado en el proceso de desplazamiento utiliza una serie de instrumentos de soft law como parámetro interpretativo de los jueces. Así para el desarrollo de las obligaciones de prevención y adaptación previos al desplazamiento hace referencia a los Principios Deng en cuanto a que establece directrices para prevenir y evitar la ocurrencia del desplazamiento y la especial mención a grupos de especial protección. También hace mención del Marco de Cancún a que las medidas de adaptación deben obedecer a criterios técnicos y participativos ante la posibilidad de desplazamientos por desastres (Colombia, Sentencia T-123, 2024, párr. 123, 124, 128).

Al pronunciarse sobre las obligaciones que se generan durante el desplazamiento recurre nuevamente los Principios Deng para interpretar la protección de derechos de carácter diferenciado considerando las especiales necesidades de las personas afectadas fundadas especialmente en la dignidad humana. La Corte entiende que las personas en contexto de desplazamiento deben poder acceder y gozar de derechos como la vivienda, alimentación, educación, etc. (Colombia, Sentencia T-123, 2024, párr. 132-133).

En lo relativo a las obligaciones regreso, el reasentamiento y la reintegración de las personas desplazadas no sólo utiliza los Principios Deng sino que también recurre a los informes del Relator de Naciones Unidas para las personas desplazadas en lo que dice relación con lo que debe comprender las soluciones duraderas (Colombia, Sentencia T-123, 2024, párr. 139-140).

Lo dicho hasta ahora cobra aún mayor relevancia en cuanto la Corte Constitucional reconoce una falencia en la protección constitucional ante este tipo de movilidad humana. Ante esta situación de desprotección se recurre al derecho internacional de los derechos, especialmente a instrumentos de soft law, para poder dar una respuesta conforme a derechos humanos ante esta situación fáctica.

Nos parece interesante y prometedor la utilización del soft law en esta sentencia por parte de los jueces ya que constituye una herramienta interpretativa coadyuvante que permite integrar vacíos con miras a la construcción de respuestas a situaciones no prevista en la norma nacional. Esto da cuenta del rol que el soft law tiene en el sistema de fuentes y que su aplicación permite darle efectividad a derechos que se ven vulnerados.

En este sentido los instrumentos de soft law operan como herramientas eficaces de protección de derechos humanos ante los desplazamientos climáticos ya que permiten crear soluciones jurídicas desde un enfoque de derechos humanos. Esta sentencia reciente nos demuestra precisamente esta utilidad.

CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo realizaremos algunas reflexiones de analizado. En primer lugar. El marco vigente existente es insuficiente para enfrentar un problema a nivel global como lo es el cambio climático y sus consecuencias. Una de estas consecuencias es precisamente la movilidad humana, este efecto ha sido abordado por la comunidad internacional en diversos instrumentos de soft law. La evolución del tratamiento de los movimientos humanos por cambio climático ha pasado a ser de accesorio a central.

Los principales lineamientos en torno a la materia están enfocados en su prevención y a entender este tipo de desplazamientos como para de las estrategias de adaptación al cambio climático. El problema es que el esfuerzo se ha limitado a la discusión y construcción de directrices respecto de los movimientos internos dentro del Estado.

Los lineamientos existentes no son suficientes porque no se hacen cargo de todas las hipótesis de movilidad y tampoco abordan la complejidad y heterogeneidad

del fenómeno lo que implica dejar vacíos que significan una desprotección jurídica de las personas en este contexto.

Es así que los Estados deberían cooperar para garantizar la seguridad y la dignidad de todas las personas que se desplazan en el contexto del cambio climático. Para ello se requiere una respuesta coordinada que contemple las necesidades específicas de las y los desplazados climáticos, quienes experimentan una situación de vulnerabilidad.

Las medidas y estrategias a nivel regional e internacional para hacer frente a esta problemática deben ser con un enfoque de derecho humanos. Esto debería producirse más allá de las discusión conceptual en torno a este fenómeno y los esfuerzos deberían centrarse en crear soluciones flexibles con enfoque diferenciado.

Ahora en el escenario actual vemos que el carácter integrador del soft law permite ser una herramienta coadyuvante al momento de darle efectividad a los derechos, ya que se puede acudir a ellos para complementar las fuentes del derechos internacional de los derechos humanos y operan como un parámetro interpretativo para operativizar las obligaciones del Estado.

Por lo anterior, sostenemos que los instrumentos de soft law han operado como un criterio interpretativo que han permitido darle efectividad a los derechos humanos.

REFERENCIAS

ACNUR. **Conferencia Nansen sobre Cambio Climático y Desplazamiento**, 2011. Disponible en: <https://www.unhcr.org/media/nansen-conference-climate-change-and-displacement-21st-century-oslo-6-7-june-2011-conference>. Acceso em: 10 dez. 2024.

ACNUR. **Sabes que son los desplazados climáticos**, 2024. Disponible en: <https://eacnur.org/es/blog/sabes-que-son-los-desplazados-climaticos>. Acceso em: 10 dez. 2024

THE NANSSEN INITIATIVE. Agenda para la protección de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático, (2015). Disponible en: https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2017/08/16062016_ES_Protection_Agenda_V1.pdf. Acceso em: 10 dez. 2024.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Principios en Derechos Humanos. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023.

ARIZA UGALDE, Eduard. El soft law como parámetro formal de la vehiculación de los Derechos Humanos en el derecho positivo. **Revista Estudios Jurídicos**, v. 22, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7426>. Acceso em: 10 dez. 2024.

ARMIJOS-ORELLANA, Ana Carolina; MALDONADO- MATUTE, Juan Manuel; GONZÁLEZ-CALLE, María José; GUERRERO-MAXI, Pedro Fernando. Los motivos de la migración. Una breve revisión bibliográfica". **Universitas-XXI**, v. 37, p. 223-246, 2022.

BENAVIDES CASALS, María Angélica. El soft law en el contexto de las fuentes del derecho internacional: Aportes para la discusión. **Revista de Derecho Público**, n. 94, p. 1-16, 2021.

BEYER, Robert; MILAN, Andrea. Climate Change and Human Mobility: Quantitative evidence on global historical trends and future projections. Cambio climático y movilidad humana: Evidencias cuantitativas sobre tendencias históricas globales y proyecciones futuras. **OIM**, 2023.

BORRÀS-PENTINAT, Susana. Buscando refugio: limitaciones y potencialidades político-jurídicas en el reconocimiento y protección de las migraciones ambientales" In: PIQUERAS, Clara; SPERONI, Thales. **Migraciones Medioambientales**. Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, p. 35- 43. 2022.

CASILLAS, Rodolfo. Migración internacional y cambio climático: conexiones y desconexiones entre México y Centroamérica". **URVIO: Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad**, n. 26, p. 73-92, 2020.

CASTILLO, Jesús M. Migraciones Ambientales Huyendo de la crisis ecológica en el Siglo XXI. Barcelona: Virus Editorial, 2011.

CIDH. **Resolución 4/2019 aprobada el 7 de diciembre 2019**. Principios Interamericanos sobre Derechos Humanos de las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de trata de personas, 2019.

COLOMBIA. **Caso Sentencia T-123 de 2024**. Acción de tutela formulada por José Noé Mendoza Bohórquez y Ana Librada Niño de Mendoza contra el Departamento de Arauca, el Municipio de Saravena, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social –DPS–, el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas –UARIV– y la Defensoría del Pueblo. Magistrado Ponente: Natalia Ángel Cabo. Cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, FCCC/CP/2010/7/Add.1, 15 de marzo de 2011.

CSM - CONFERENCIA SURAMERICANA SOBRE MIGRACIONES. Lineamientos regionales en materia de protección y asistencia a personas desplazadas a través de fronteras y migrantes en países afectados por desastres de origen natural, **CSM**, 2019. Disponible en: https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2019/06/CSM-Lineamientos-regionales-personas-desplazadas-por-desastres_compressed.pdf. Acceso em: 10 dez. 2024.

FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa. El pacto mundial por una migración segura, ordenada y regular: un instrumento de soft law para una gestión de la migración que respete los derechos humanos. **REEI**, n. 38, p. 1-34. 2019.

FELIPE PÉREZ, Beatriz. Crisis climática y movilidad humana: apuntes sobre la necesidad de ampliar el debate más allá del "refugio climático". **TraHs**, n. 8, p. 75-96, 2022

HINNAWI, Essam E. **Environmental refugees** (UNEP). 1985.

IDMC. 2024 **Global Report on Internal Displacement**, 2024. Disponible en: <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2024/>

IPCC. Anexo II Glosario en Cambio Climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los grupos de trabajo I, II y III al quinto informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el cambio climático, 2014. Ginebra. Disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/10/SR15_Glossary_spanish.pdf. Acceso em: 10 dez. 2024.

OCHOA RUIZ, Natalia. Entre migración y refugio? Desplazamientos por causas climáticas e inadecuación normativa (I): la necesidad de buscar respuestas adecuadas en el ámbito universal y en ciertos espacios regionales". **Revista española de derecho internacional**, v. 73, n. 2, p. 389-397, 2022.

OIM. **Migración, Medio ambiente y cambio Climático**, 2021. Disponible en: <https://chile.iom.int/es/migracion-medio-ambiente-y-cambio-climatico>. Acceso em: 10 dez. 2024.

OIM. **Glosario de la OIM sobre Migración**. Disponible en: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>. Acceso em: 10 dez. 2024.

OIM. Glosario N° 34, 2019. Disponible en: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>. Acceso em: 10 dez. 2024.

ONU. **Qué es el cambio climático?**. Disponible en: <https://www.un.org/es/climatechange/what-is-climate-change>. Acceso em: 10 dez. 2024.

ONU. **Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la ONU.** Convención Marco de la Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Río de Janeiro, 1992.

ONU. **Marco de Sendai para Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030 18 de marzo de 2015.** Disponible en: https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf. Acceso em: 10 dez. 2024.

ONU. **Pacto Mundial para la migración, ONU 19 de diciembre de 2018.** Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/452/03/PDF/N1845203.pdf?OpenElement>. Acceso em: 10 dez. 2024.

ONU. **Pacto Mundial sobre los refugiados, 17 de diciembre de 2018,** punto 13. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/informe-del-alto-comisionado-de-las-naciones-unidas-para-los-refugiados-parte-ii-pacto>. Acceso em: 10 dez. 2024.

ONU. **Principios rectores de los desplazamientos internos, E/CN.4/1998/53/Add.2* 11 de febrero de 1998.** Portal de datos sobre migración. Disponible en: https://www.migrationdataportal.org/es/themes/environmental_migration#:~:text=La%20migración%20climática%20es%20el,o%20permanentemente%2C%20dentro%20de%20un. Acceso em: 10 dez. 2024.

SÁNCHEZ CÁCERES, Luis Francisco. El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, n. 39, p. 467-488, 2019.

SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz. **La migración en el contexto de cambio climático y desastres:** reflexiones para la cooperación española. Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria, 2019. Disponible en: https://www.aecid.es/documents/20120/90545/Migraciones_ambientales_IECAH_Final_abril_2019.cleaned.pdf/438ff832-bd6f-5cac-45df-a7197768a4d7?t=1661344138618. Acceso em: 10 dez. 2024.

SANCHEZ, B.E.; RUBIANO, S. Desastres ambientales, cambio climático y movilidad humana en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2017.

SOLANES CORELLA, Ángeles. Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas ambientales. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 55, p. 433-460. 2021.

TORRES RANGEL, Ramón. En una zona gris? Las migraciones climáticas y medioambientales en el derecho internacional, incluso a partir de la agenda 2030. **Universitas**, n. 43, p. 47-74, 2023.

WORLD BANK. Rising to the challenge Success Stories and Strategies for Achieving Climate Adaptation and Resilience: **Executive Summary**, 2024.

5. STATUS ACTIVUS DIGITALIS: FUNDAMENTO PARA A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DA DEMOCRACIA E DA CIDADANIA DIGITAL¹



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-05>

Mônia Clarissa Hennig Leal²

Rosana Helena Maas³

INTRODUÇÃO

A partir da teoria dos *status* cunhada por Georg Jellinek e suas mais relevantes atualizações, pretende-se, no presente artigo, desenvolver a noção de *status activus*

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa "'Teoria da essencialidade' (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle", financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3, Edital Universal 10/2023 – Processo 408715/2023-5 e Edital 14/2023, Projetos em Cooperação com Comprovada Articulação Internacional – Processo 443599/2023-8). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional "Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais", financiado pela Capes (Edital PGCi 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

² Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenadora do Comitê de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS.

³ Pós-Doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg (Áustria) e Doutorado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com pesquisas realizadas junto à Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald (Alemanha). Está realizando estágio pós-doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, sob orientação da Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de estudos "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPQ). Coordenadora do projeto de pesquisa "A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH", financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4).

digitalis enquanto condição jurídica fundamental do indivíduo na democracia digital. Ainda que com fundamentos e características distintos – que não serão objeto de análise mais aprofundada aqui – é possível dizer que a participação dos cidadãos (*status activus processualis*, na perspectiva cunha por Häberle) aparece como elemento central das teorias da democracia, contexto em que o acesso à informação desempenha um papel estratégico. Nesse cenário, o ambiente digital potencializa essa participação (*status activus digitalis*). Assim, num primeiro momento, será abordada a teoria dos status de Jellinek, para, na sequência, trazer-se a construção de Häberle acerca do *status activus*, que dá embasamento à noção de *status activus digitalis* aqui proposta.

STATUS ACTIVUS DIGITALIS: FUNDAMENTOS A PARTIR DA TEORIA DOS STATUS DE GEORG JELLINEK

Em sua obra "*System der subjektiven öffentlichen Rechten*", datada de 1892, Georg Jellinek desenvolve a ideia de que o indivíduo possui diferentes *status* em sua relação com o Estado; esse *status* possui, por sua vez, uma estreita relação com os direitos fundamentais, mas não se confunde com eles, até mesmo porque, nessa perspectiva, a extensão da personalidade é variável, podendo ser ampliada ou diminuída em face dos direitos que lhe são atribuídos (Jellinek, 1919).

Nessa relação com o Estado⁴, o indivíduo encontra-se em diferentes "status" ou posições, sendo a "teoria dos status", portanto, uma tentativa de categorização dessas relações: a) *status subjectionis* (corresponde a um status passivo, no qual o indivíduo não pertence a nenhuma ordem jurídica e, por conseguinte, é desprovido de direitos e de obrigações, estando submetido ao Estado⁵); b) *status negativus* (está vinculado aos direitos de defesa, permitindo ao indivíduo uma esfera de liberdade em

⁴ É preciso ter-se presente, aqui, que a teoria de Jellinek foi desenvolvida no final do Século XIX, tomando como referência uma concepção baseada na noção de Estado Moderno. Não restam dúvidas, portanto, de que sua construção precisa ser atualizada em um contexto identificado pelas transformações e pluralidade normativa a que hoje se submetem os Estados (Jestead, 2014. p. 327). Acredita-se, contudo, que isto não afeta o cerne de sua teoria, sendo possível atualizá-la, conforme se demonstrará na sequência do trabalho.

⁵ Segundo alguns autores (Kirste, 2018), este *status* teria deixado de existir com a "Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão", que, em seu art. 6º, estabelece que "Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law."

face do Estado; este é, para Jellinek, o status fundamental, correspondendo a uma prerrogativa de não-intervenção do Estado – liberdade)⁶; c) *status positivus* (está, por sua vez, associado aos direitos prestacionais, àquilo que corresponde ao cidadão através do Estado ⁷); d) *status activus* (vincula os chamados “direitos de participação” à personalidade, estando identificado, notadamente, na perspectiva do autor, com os direitos políticos (segundo ele, este seria o “status da cidadania”).

Em que pese a atualidade e adequação desses conceitos nos dias atuais, algumas atualizações dessa teoria foram propostas ao longo dos últimos anos, buscando incorporar a ela a complexidade e os avanços percebidos em um cenário caracterizado por transformações na conformação do Estado e suas relações (Brugger; Leal, 2007).

Segundo os autores, embora este sumário dos estágios mais importantes do constitucionalismo moderno tenha sido formulado pela primeira vez em 1892, o seu desenvolvimento e atualização compreendem a totalidade da história dos riscos e oportunidades representados pelo Estado, não se restringindo ou aplicando a um único país ou realidade unicamente. Todos estes aspectos foram fundamentais na conformação e na consolidação do Estado de Direito, em suas distintas variáveis.

Para os fins do presente trabalho, contudo, o conceito de ***status activus*** ganha destaque. Isto porque, se o direito de representação dos interesses de todos se apresenta como sendo a questão central do constitucionalismo, então a garantia da liberdade política pressupõe mais do que não ser subjugado pelo governo. Isto significa que os próprios órgãos governamentais devem ser estabelecidos com base na livre vontade do povo; é este o cerne do princípio democrático como elemento de organização do poder interno, sendo suplementado pelo direito de voto de cada cidadão e pela liberdade de manifestação do pensamento, que permitem ao cidadão formar opiniões informadas acerca de como regular as questões públicas.

⁶ “Das Individuum soll vom Staate zu keiner gesetzeswidrigen Leistung herangezogen werden und hat demnach einen auf Anerkennung seiner Freiheit basierten Anspruch auf Unterlassung und Aufhebung der diese Norm überschreitenden obrigkeitlichen Befehle.” (Jellinek, 1919).

⁷ “Der Einzelne erhält die rechtlich geschützte Fähigkeit, positive Leistungen vom Staat zu verlangen und für den Staat die rechtliche Verpflichtung, im Einzelinteresse tätig zu werden.” (Jellinek, 1919)

Cabe destacar, contudo, que, na perspectiva de Jellinek, estas prestações não correspondem a um interesse comum ou a uma noção de bem-estar geral, pois estes são concebidos como “direitos reflexos” (*Reflexrechte*) do dever do Estado; assim, o autor reconhece apenas um direito individual a prestações. (Jellinek, 1919)

Atualmente, em face da “revolução digital”, vislumbra-se, porém, a possibilidade (e – por que não dizer – necessidade) de desenvolvimento de uma nova categoria, identificada com o *status digitalis*, voltada para explicar a condição dos indivíduos e seus direitos no contexto de um mundo altamente conectado, em que o espaço da vida se transfere do real para o virtual.

Para tanto, abordar-se-á, na sequência, a construção teórica feita por Peter Häberle acerca da noção de *status activus processualis* (a partir da noção de *status activus* de Jellinek), buscando associá-la aos desafios da democracia e da realização dos direitos fundamentais, tendo como elemento central a participação.

STATUS ACTIVUS DIGITALIS: FUNDAMENTOS A PARTIR DA NOÇÃO DE STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS DE PETER HÄBERLE

Ao formular as bases de reflexão acerca dos direitos fundamentais sociais e dos direitos fundamentais no contexto do Estado-Providência (*Leistungsstaat*), Häberle parte da premissa de que a técnica (estritamente) jurídica, característica do Estado burguês, não é mais suficiente para dar conta das novas demandas trazidas pela dimensão positiva atribuída a esses direitos, caracterizados, precipuamente, por conformarem direitos a prestações, dirigidas, notadamente, ao Estado no sentido de sua realização (Wahl, 1985, p. 217).

Esta nova realidade demanda, por sua vez, no dizer do autor, um novo comportamento tanto por parte do Estado como dos cidadãos, não podendo a sua operacionalidade ser reduzida a mera “tecnicidade” (*Technizität*); assim, a participação e o procedimento precisam tomar a dianteira, por meio de formas cooperativas e comunicativas, pois as normas constitucionais possuem, neste contexto, um caráter aberto, sendo dotadas de menor densidade normativa. Como, associada a isto, existe, contudo, uma necessidade de máxima realização dos direitos fundamentais, a sua concretização – a fim de não se tornar arbitrária – precisa reconhecer um novo espaço à dimensão processual/procedimental, dando impulso e refundando, assim, a noção de *status activus processualis* desenvolvida por Jellinek (1919), uma vez que estes direitos se caracterizam por e pressupõem um direito de participação, já que, em face de suas características positivas, eles se

tornam, cada vez mais, alvo de organização e de procedimento estatal (*weil Grundrechte im Leistungsstaat immer mehr zur Sache staatlicher Organisation und Verfahren werden*).

Associada a esta perspectiva prestacional – cuja realização e eleição dos meios é variável⁸ e objeto de necessária ponderação e decisão – existe, ainda, a característica de abertura legislativa a eles inerente, situação na qual se impõe o estabelecimento de uma relação diretamente proporcional entre os conceitos de elasticidade legislativa e de elemento procedimental: quanto mais elástica for a legislação, mais o elemento procedimental (deve) entra(r) em jogo. Isto porque, no âmbito de uma teoria do Estado Social, os conceitos de Estado e de sociedade devem ser compreendidos como sendo vinculados, devendo ambos estar identificados com a noção de *res publica*.

Assim, tem-se posta, também, uma (necessária) relação de cooperação entre Estado e sociedade, fato que pressupõe, igualmente, a criação de novos instrumentos e de novos mecanismos de participação⁹, destinados a permitir a incorporação dos interessados/atingidos. Tal necessidade se impõe a partir do momento em que se constata que o tradicional *status subjectionis* não configura (e não pode configurar) o principal *status* no contexto de uma democracia:

Obwohl Leistungen auch mit Eingriffen verbunden sein können, ist der status passivus subjectionis nicht mehr der Grundstatus in einer freiheitlichen Demokratie. Das Rechtsverhältnis Bürger-Staat ist gekennzeichnet durch *Kommunikation* und *Kooperation* (statt Subjektion!) (Häberle, 1972, p. 59).

Dito de outro modo, opera-se uma transformação na natureza da realização dos direitos fundamentais, onde o elemento central da noção de cidadania deixa de ser associada com o *status passivus subjectionis* – caracterizada por uma dimensão

⁸ Alexy (1994) enfrenta a questão da possibilidade de realização desses direitos em diferentes níveis ao falar dos princípios como mandatos de otimização.

⁹ Esta nova perspectiva traz ínsita, igualmente, a criação de novos problemas funcionais e de competências, pois a tradicional forma de operacionalização reservada aos direitos individuais negativos não se afigura mais como suficiente ou apta para realizar esta tarefa; nesta “crise de competências” inclui-se, por sua vez, também a jurisdição constitucional, demandada em novos aspectos e em novas dimensões.

passiva¹⁰, de proteção contra ingerências e intervenções estatais – para se transmutar, como já referido, em uma dimensão marcadamente ativa, procedimental, de participação.

Estas novas exigências demandam, por sua vez, igualmente uma reestruturação e uma abertura dos meios procedimentais à sua realização, aspecto que traz à tona a necessidade de que se construam e se potencializem, dentre outros aspectos democráticos, uma publicidade¹¹ em sentido amplo e também uma efetiva incorporação dos interessados e atingidos pelas decisões e pela realização de direitos dependentes de decisões políticas ou de políticas públicas, resultando ou demandando, assim, uma “osmose” entre Estado e Sociedade, ainda que se tenha como pressuposto um incremento ou uma ampliação das funções estatais, representada pela dimensão positiva dos direitos fundamentais sociais.

Uma tal realidade, pressupõe, no entanto, para a sua consolidação, uma igualdade de chances e de oportunidades de participação¹², situação em que o Estado Democrático deve assumir uma especial responsabilidade para com a efetivação dos direitos fundamentais. Rompe-se, portanto, com a centralidade das noções de indivíduo e de autonomia características do Estado de Direito burguês, que precisam agora ser realocadas em um novo contexto e atender a uma nova lógica social e jurídica.¹³

¹⁰ Esta constatação traz ínsita, por sua vez, uma ideia de superação do discurso tipicamente moderno, liberal, que focaliza e identifica a cidadania com a *ciudadania passiva*, isto é, ser cidadão significa ser sujeito de direitos e de deveres; trata-se, pois, de uma cidadania civil, extensível a todos os indivíduos – considerados isoladamente – indistintamente; já a *ciudadania ativa* (noção tradicional herdada da Grécia Antiga), identificada com o direito de participação na vida pública, aparece como restrita a uma pequena parcela da população, não constituindo o foco mais importante da noção de cidadania. O resgate de uma dimensão mais ativa da cidadania ganha, superando-se esta compreensão tradicional, contudo, reaparece com força na perspectiva aqui apresentada, estabelecendo-se, na visão de Häberle, como um de seus pilares essenciais (Wieacker, 1980).

¹¹ Embora não haja menção expressa neste sentido e Häberle não se preocupe em desenvolver teoricamente as condições que envolvem esta publicidade e esta participação, pode-se perceber, aqui, uma certa aproximação ou espaço para a aplicação da teoria comunicativa proposta por Habermas (1995).

¹² O aspecto da igualdade de oportunidades de participação é recorrente nas discussões que envolvem a participação e até mesmo no chamado procedimentalismo. Neste sentido, vale a pena destacar, como referência, a própria noção de *representation reinforcing* sustentada por John Hart Ely (1980) em sua clássica obra *Democracy and distrust*, embora, nela, o acento se dê no aspecto representativo, enquanto aqui, entendemos, a noção de participação seja mais cotidiana, ampla e abrangente.

¹³ Destaca o autor que, neste ponto, a dogmática dos direitos fundamentais ganha relevo, embora ainda lhe faltem instrumentos de reflexão e, sobretudo, de operacionalização; ele propõe, assim, a construção de uma “dogmática aberta”, que seja capaz de incorporar estas mutações e de efetivar a

Assim, o *status negativus* não é mais suficiente para satisfazer as demandas inerentes a esta nova realidade, aparecendo, então, o conceito – revisitado – de *status activus processualis* como o *status* fundamental da vida em comum democrática¹⁴. Apesar disso, vale ressaltar que esta transformação dos direitos fundamentais não significa uma derrogação, mas tão-somente uma transformação, em que, ao lado do aspecto negativo e de não-intervenção, por vezes também se tem uma demanda de participação (embora os direitos fundamentais não deixem, nunca, em qualquer caso, de constituir garantias jurídicas de proteção).

Tem-se, pois, que os direitos fundamentais possuem três dimensões distintas, cuja proeminência ou destaque se apresenta como sendo variável: uma subjetiva (de defesa), uma institucional e uma prestacional, sendo que todos os direitos fundamentais podem ser considerados direitos sociais em sentido lato¹⁵, da mesma forma que é possível verificar-se, na via contrária, um fortalecimento dos direitos negativos – tais como a liberdade, por exemplo, tida como um elemento essencial para o exercício do próprio direito de participação inerente aos direitos positivos e para a pluralidade.

O que se verifica, portanto, é que, dentro deste contexto, o *status activus* aparece como *status* fundamental, complementado pelos *status* negativo, positivo e passivo¹⁶, o que implica numa reestruturação e numa rearticulação da relação tradicionalmente existente entre eles. Trata-se, pois, de um direito constitucional identificado por um caráter marcadamente processual e procedimental, vinculado,

noção de *res publica* por ele proposta. Neste ponto, a dogmática e a doutrina aparecem como importantes instrumentos de transformação/consolidação, porque elas não só refletem as mudanças como também são capazes de construí-las para o futuro – e o que é mais importante: em bases racionais. Esta tarefa da dogmática é, ainda, facilitada pela abertura do próprio texto constitucional, pois ela permite o seu desenvolvimento (*Fortbildung*, embora o autor critique o emprego desta expressão, por entendê-la inadequada, uma vez que esta atuação se dá "*intra constitutionem*").

¹⁴ Algumas teorias tentam atualizar a *Statuslehre* de Jellinek, refundando-a e adequando-a à nova realidade (Brugger, 2002).

¹⁵ Como exemplo desta vinculação, o autor cita a questão da subvenção pública oferecida ao ensino privado, onde se verifica uma associação da liberdade de ensino (direito negativo) e do pluralismo pretendidos pela Lei Fundamental com a questão social representada pelo acesso à educação. O mesmo vale para o Brasil, onde, cada vez mais, sobretudo no âmbito do ensino superior, a universalização do acesso ao ensino universitário tem se dado sobretudo com base em instituições privadas – por meio de bolsas e de financiamentos, por exemplo – mais do que por meio do oferecimento de ensino público gratuito. Trata-se, pois, de um direito de liberdade interpretado socialmente, o que produz uma "virada" (*Umschlag*) em sua concepção clássica.

¹⁶ Registre-se neste sentido, por oportuno, que há diferentes níveis de participação nos direitos fundamentais, sendo que o cidadão pode figurar, ao mesmo tempo, em diferentes níveis.

sobretudo, a um direito de participação¹⁷ (*Teilhaberecht*) – participação *no* e *em face* do Estado-Providência, o que pode ser designado como *due process fundamental*.

Conclui-se, pois, que o direito de participação no Estado Social é tão essencial quanto a posição de “cidadão” (passivo) no Estado de Direito, aparecendo o aspecto procedimental como um importante elemento de fortificação do aspecto material e de concretização dos direitos fundamentais (Leal, 2007). Apenas por meio do *status activus* é que os direitos adquirem o seu significado, o que pressupõe, antes de mais nada, um cidadão informado e também engajado quando seus interesses estão em jogo, e que leva os seus direitos fundamentais a sério.

A Constituição e os direitos fundamentais funcionam, portanto, como uma verdadeira *res publica*, que serve de programa e que constitui substância para a realização de tarefas.¹⁸

Nesta perspectiva é que Häberle (1972, p. 44-131) retoma a noção de *status activus*, oriunda da teoria de Jellinek, porém de forma ampliada, concebendo a participação através de um procedimento aberto e plural na interpretação dos direitos fundamentais, correspondendo o *status activus processualis*, então, ao direito do indivíduo de participar “no” e “em face do” Estado, devendo, este, consequente, permitir e viabilizar essa participação.

O autor assevera que a concretização do *status activus processualis* se dá por instrumentos extrajudiciais que proporcionem um processo aberto, plural e democrático do Estado, integrando interesses públicos e privados.¹⁹

O que se observa é uma noção de procedimentos que venham fundamentados e concebidos em uma ordem democrática, plural e aberta, ou seja, através da participação cidadã, mas também, e de mesma importância, na ideia de que esses mecanismos sejam regrados pela publicidade das ações estatais, com acesso à informação e transparência dessas informações, de forma qualificada e

¹⁷ Aqui, o direito de voto instituído constitucionalmente é apenas um desdobramento daquele, sendo necessário o desenvolvimento de outras formas de participação; além disso, o direito de participação a que se refere o *status activus* pode ser tanto político como social (ele possui um espectro amplo).

¹⁸ Die Verfassung wird damit noch nicht zum “juristischen Weltenei”, aus dem alles hervorgeht, sondern wirklichkeitsbezogener Rahmen und Sozialprogramm einer “res publica semper reformanda”, Substanz von Aufgaben (Häberle, 1972, p. 99).

¹⁹ Häberle (1972) não refere de forma clara, todavia, quais seriam tais procedimentos; o exemplo que alcança sustenta que, no processo referente à Administração Pública, em situações que envolvem interesses privados e públicos, esses devem ser ponderados conjuntamente quando da decisão.

transparente, o que compreende não somente a disponibilização de dados verdadeiros, mas também "claros" e "decodificados".

O acesso à informação e a participação social são, pois, elementos que se propulsionam, visto que, sem acesso à informação e à transparência, não se viabiliza a participação, ao mesmo tempo em que, sem participação e sem compromisso social, não há acesso à informação e transparência. Tem-se, pois, uma via de mão dupla, onde um elemento impulsiona a concretização do outro.

Não restam dúvidas, por sua vez, de que, em um "mundo digital", esse acesso à informação e a participação são potencializados (*status activus digitalis*), abrindo-se, assim, espaço para novas possibilidades, mas, igualmente, para novos riscos aos direitos e à democracia.

CONCLUSÃO

Em sua obra "*System der subjektiven öffentlichen Rechten*", datada de 1892, Georg Jellinek desenvolve a ideia de que o indivíduo possui diferentes *status* em sua relação com o Estado.

Nessa relação com o Estado, o indivíduo encontra-se em diferentes "status" ou posições: a) *status subjectionis* (status passivo, no qual o indivíduo está submetido ao poder do Estado); b) *status negativus* (vinculado aos direitos de defesa, permitindo ao indivíduo uma esfera de liberdade em face do Estado); c) *status positivus* (associado aos direitos prestacionais, àquilo que corresponde ao cidadão através do Estado); d) *status activus* (vinculado aos "direitos de participação").

Em que pese a adequação desses conceitos ainda nos dias atuais, algumas atualizações dessa teoria foram propostas ao longo dos anos, buscando incorporar a ela a complexidade e os avanços percebidos em um cenário caracterizado por transformações na conformação do Estado e de suas relações, aí incluídos os avanços tecnológicos.

Atualmente, em face da "revolução digital", vislumbra-se a necessidade de desenvolvimento de uma nova categoria, identificada com o *status digitalis*, estreitamente conectada à noção de *status activus processualis* pensada por Peter Häberle, voltada para explicar a condição dos indivíduos e seus direitos no contexto

de um mundo altamente conectado, em que o espaço da vida se transfere do real para o virtual.

Isto porque opera-se uma transformação na natureza da realização dos direitos fundamentais, onde o elemento central da noção de cidadania está associado a uma dimensão marcadamente ativa, procedimental, de participação. Estas novas exigências demandam, por sua vez, uma reestruturação e uma abertura dos meios procedimentais à sua realização – aqui pautadas pelo uso dos meios digitais – pois há necessidade de que se construam e se potencializem, dentre outros aspectos democráticos, uma publicidade em sentido amplo e também uma efetiva incorporação dos interessados e atingidos pelas decisões.

Não restam dúvidas, por sua vez, de que, em um “mundo digital”, esse acesso à informação e a participação são potencializados (*status activus digitalis*), abrindo-se, assim, espaço para novas possibilidades, mas, igualmente, para novos riscos aos direitos e à democracia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994.

BRUGGER, Winfried. **Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze**. In: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 119. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1994.

BRUGGER, Winfried. **Demokratie, Freiheit, Gleichheit: Studien zur Legitimation des Grundgesetzes**. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: uma abordagem comparativa entre o constitucionalismo alemão e brasileiro a partir da teoria dos status de Jellinek. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 28, p. 7-27, 2007.

BRUGGER, Winfried. Georg Jellineks Statuslehre: national und international. Eine Würdigung und Aktualisierung anlässlich seines 100. Todestages im Jahr 2011. In: Integration, Kommunikation und Konfrontation in Recht und Staat. Gesammelte Aufsätze. Hrsg. v. **Stephan Kirste u. Helen Brugger**. Berlin: Duncker & Humblot. p. 237-273, 2013.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

HÄBERLE, Peter. **Grundrechte im Leistungsstaat**. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDStRL), Heft 30. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971. Berlin: Walter Gruyter, 1972.

HÄBERLE, Peter. Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode. **Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates**. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

HÄBERLE, Peter. **Verfassungslehre als Kulturwissenschaft**. Auflage. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. 2. Auflage. Tübingen: Lizenzausgabe mit freundlicher Genehmigung des Verlags J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1919.

JESTAED, Matthias. **Selbstand und Offenheit der Verfassung gegenüber nationalem, supranationalem und internationalem Recht**. In: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Hrsg. v. J. Isensee u. P. Kirchhof. Band XII. Heidelberg. p. 327-382. 2014.

KIRSTE, Stephan. Individualism and collectivism in the foundation of group rights. In: HIMMAH, Kenneth Einar; SPAIC, Bojan (Eds.). **Fundamental rights: justification and interpretation**. Amsterdam: Eleven International Publishing, 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WAHL, Rainer. Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit: Schutz vor verfassungswidrigen Recht und Beseitigung von Unsicherheit über den Inhalt des Verfassungsrechts. In: GRIMM, Dieter (Hrsg.). **Einführung in das öffentliche Recht: Verfassung und Verwaltung**. Heidelberg: C.F. Müller, 1985. pp. 210-243.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado moderno**. Tradução de Antonio Manoel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

6. A INFLUÊNCIA DA OPINIÃO CONSULTIVA N° 23/17 DA CIDH PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA NATUREZA. DO ANTROPOCENTRISMO AO ECOCENTRISMO NA AMÉRICA LATINA



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-06>

Gina Vidal Marcilio Pompeu¹

INTRODUÇÃO

Sabe-se que, apesar do escopo das Metas do Milênio (2000-2015) e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (2015-2030) divulgados pela ONU e pactuados por 193 países, o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2021/2022 (UNDP, 2021-2022) aponta para tempos incertos e para a necessidade de estudos e tomada de posições que assumam o desenvolvimento humano como a maior riqueza das nações. Por outro lado, para garantir harmonia e equilíbrio vital, vale acrescentar que essa visão antropocêntrica carece incluir um olhar ecocêntrico. São múltiplos os exemplos de iniciativas, sejam no âmbito das funções do legislativo, sejam na esfera do judiciário ou do executivo que apontam para uma transformação da visão jurídica na qual ficam incluídos os animais e a natureza como sujeito de direito.

Essa visão mostra-se fortemente arraigada na prática do constitucionalismo latino-americano, porém também atravessa os oceanos e encontra guarita em

¹ Estágio Pós-Doutoral em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, (2017), estágio pós-doutoral em direitos humanos, econômicos e a responsabilidade social das empresas pela Faculdade de Direito da Universidade do Havre (2012), Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004), Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (1994), graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1987). Advogada inscrita na OAB-CE sob o n. 6101. Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Coordenadora do Núcleo de Estratégias Internacionais - NEI e Coordenadora do Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional fora de sede. UNIFOR - CIESA. Coordenadora do grupo de pesquisas REPJAAL, Relações econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais da América Latina cadastrado no CNPQ, líder do CELA, Centro de Estudos Latino-Americano da Universidade de Fortaleza. Analista Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Vice-Presidente da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia <http://reddidd.com/>. Membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Consultivo Externo do Centro de Pesquisa JusGov - Pós-graduação em Direito - Universidade do Minho (2022). Áreas de pesquisa: Direito constitucional, econômico, social e ambiental. ginapompeu@unifor.br. <https://orcid.org/0000-0003-0446-7452>

múltiplas vertentes na Europa, vale desde já apontar para a elaboração de uma Carta da Natureza e para a garantia do Mar Menor na Espanha, que diante do projeto de iniciativa popular, conseguiu o status de possuir personalidade jurídica e ser sujeito de direitos.

Por meio dessa tesina, em homenagem aos estudos de Rachel Carson e diante da análise da Opinião Consultiva nº23/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a princípio, revisita-se o tríptico “O jardim das delícias terrenas” de Hieronymus Bosch (1504) e conclui-se com as noções de traição do Inferno da “Divina comédia” de Dante Alighieri (1304-1308). Nesse percurso, pretende-se analisar as noções de: Antropocentrismo e a busca pelo patamar civilizatório; Degradação ambiental e os limites do planeta; Governança multinível e o constitucionalismo ambiental; Opinião Consultiva nº23/2017 da CIDH, para no final apontar para a forte influência da prática do constitucionalismo da América Latina, em defesa dos direitos da natureza, como dirigente de modos de agir e de incluir a natureza e os animais como sujeitos de direito, na categoria de Direitos Humanos.

A conciliação entre os seres da terra é possível e necessária e deve ser albergada também por meio do direito positivo. Desde a década de 1980 aos são remarcáveis os avanços legislativos que se dão na seara ambiental e inerente aos direitos dos animais.

ANTROPOCENTRISMO E A BUSCA PELO PATAMAR CIVILIZATÓRIO

No início do século XVI, entre 1500 e 1505, Bosch pinta o tríptico “O jardim das delícias”², que em 2022 está no Museu do Prado em Madri. Os três painéis mostram uma sequência entre o Jardim do Éden, com a presença de Deus e da criação de Adão e Eva; o Jardim das Delícias Terrenas, que apresenta cores fortes e extravagantes e muitas figuras demonstrando o desencadear dos abusos dos seres humanos e da luxúria; por fim, no terceiro painel, o Inferno, como crime e castigo ou a Lei de Talião, em cores escuras, sem luz e sem vida.

² “A humanidade, surda às chamadas de Deus e irremediavelmente mergulhada no pecado, é castigada de forma horrível, segundo a Lei de Talião, com refinadas e sádicas torturas provocadas com instrumentos musicais sobre um fundo de fulgurantes clarões de uma cidade em chamas. A Lei de Talião consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena” (Martins, 2017).

Ao ingressar no universo simbólico dessa pintura, convida-se o leitor a enxergar a questão do confronto entre o antropocentrismo, que utiliza a natureza como se fora bem ilimitado ao uso, gozo e abuso humanos, e a constatar os limites planetários e as consequências resultantes de degradação ambiental. A tela evoca o alerta do dito evangélico: "quem tiver ouvidos para ouvir ouça". Persiste a esperança na Caixa de Pandora, segundo a qual a salvação dos seres humanos e a harmonia entre os seres da terra e os seres divinos são possíveis.

Cumpre lembrar que as expressões Dignidade Humana e Democracia se transformaram em mantras no Ocidente durante meados do século XX e início do século XXI. Nunca se defendeu tanto o alcance da dignidade humana como fim republicano, por meios democráticos, e foram e são tantas as traições impetradas. As previsões e defesas da dignidade humana são repetidas diuturnamente no constitucionalismo dirigente e suas interpretações. Vale, porém, repensar a origem da expressão dignidade humana e quem é, realmente, o sujeito de direito formal e material.

Francesca Ferrando (2019, p. 103)³ traça um paralelo entre os seres divinos e os seres terrestres, e aponta para a identificação dos seres originados do *humus*, palavra em latim que significa terra como um conjunto constituído por homens, mulheres, animais e natureza. Nesse contexto, *humanus* deriva de *homo*, que se relaciona com *humus* (terra). Nesse diapasão, verifica-se a noção do conjunto de seres da terra em oposição aos seres divinos. O prefácio da obra revela os excessos do antropocentrismo e ressalta a crítica a supremacia da espécie dita humana que impõe violentas regras de opressão aos demais seres do planeta. *In verbis*:

The debate on displacing anthropocentrism is of a different order and pertains to a different genealogical line from the critique of humanism, though it often intersects with it. The critique of species supremacy—the violent rule of *Anthropos* over this planet—opens another line of criticism of the parameters that define the human itself. "Man" is called to task as the representative of a hierarchical and violent species whose greed and rapacity are enhanced by a combination of scientific advances and global economic domination. As Ferrando's work clearly explains, neither "Man" as the universal

³ "The historical process of humanizing has emerged through, not only, the exclusions of the humans who were considered inferior, but also, a strict dichotomy with nonhuman animals and planet Earth".

humanistic measure of all things nor Anthropos as dominant species can claim the central position in the task of thinking. In the posthuman convergence that frames the contemporary world, the power of thinking is distributed across many species and often executed by technologically mediated knowledge production systems, run by networks and computational processes. Biogenetic and computational advances have challenged the separation of bios, as exclusively human life, from zoë, the life of animals and nonhuman entities. What comes to the fore instead is a human/nonhuman continuum, which is consolidated by pervasive technological mediation.⁴

Acontece, em outro sentido, diante da positivação dos direitos, a separação ou o divórcio entre o homem e os demais seres da terra. Materialmente, observa-se a efetivação de direitos para uma parcela dos seres humanos – majoritariamente homens. Já no século XX, nota-se, em face da legislação pós-guerra, a possibilidade de concretizar a microjustiça por meio do acesso ao judiciário para outros segmentos dos seres humanos: homens, mulheres e crianças. A macrojustiça permanece como quimera em razão da ausência de boa aplicação de recursos públicos nas áreas prioritárias que garantam a concretização dos direitos sociais. O Brasil não conseguiu, ainda no século XXI, superar as agruras da exclusão social e pobreza extrema, constata-se vexatória concentração de renda e supremacia do Poder Judiciário e da sua hipertrofia. No CONPEDI, em encontro nacional de pesquisa em Direito, foi possível apresentar crítica sobre o assunto (Pompeu, 2021):

No regime juristocrático, questões difíceis e impactantes, em que o Legislativo e o Executivo deveriam ser responsáveis, são resolvidas pelo Poder Judiciário. À primeira vista, essa delegação de poderes parece ser inconveniente para os representantes eleitos, em que estes reduzem suas influências dos assuntos políticos. Contudo, as elites políticas não se contrapõem a essa delegação de poder nem procuram criar divergências ou qualquer tipo de conflito, mas na verdade são favoráveis à expansão do Poder do Judiciário e, na maioria das vezes, tal ampliação beneficia seus próprios interesses. Os detentores do poder político, principalmente os que estão ameaçados eleitoralmente, podem se beneficiar de uma expansão do poder judiciário de várias maneiras.

⁴ Francesca Ferrando's book. *Il Postumanesimo filosofico e le sue alterità / Philosophical posthumanism*, preface by Rosi Braidotti. Bloomsbury. 2019.

Seguindo o pensamento de Ran Hirschl (2020), deve-se ficar atento ao processo de judicialização da política, quando se delega competências para elaboração de políticas públicas aos tribunais pode ser, da perspectiva da elite política, um meio eficaz para amenizar os custos associados à tomada de decisões e evitar assumir a responsabilidade por elas, o que reduz riscos para eles próprios e para o aparato institucional dentro do qual eles operam. Se a delegação de poderes pode aumentar a popularidade ou diminuir a responsabilidade imposta ao político como resultado da decisão política tomada pelo órgão delegatário, tal delegação pode ser benéfica ao político (Hirschl, 2020).

No processo da democracia participativa dos países periféricos, longo caminho permanece a percorrer entre a previsão legislativa e os fatores reais do poder. Quando se fala em direito dos animais, da natureza ou do planeta Terra, resta constatado alguns avanços, mas persiste a ausência legal ante a visão antropocêntrica, a qual, divorciada do contexto original, enxerga, nos outros seres, elementos à sua disposição no presente e no futuro.⁵

Mauro Pennasilico (2020, p. 4-8) analisa a dimensão jurídica positiva do direito ambiental e trata da necessidade de superar a visão da rigidez constitucional e legal que se mostra, no entendimento dessa tesina, como um simulacro aos novos direitos ambientais e dos animais. O autor escreve sobre *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico* e afirma que:

Emerge, così, la "biunivocità" del rapporto tra strumenti privatistici e tutela dell'ambiente, nel senso che se, da un lato, si può cogliere, nel tempo, un'apertura sempre più marcata degli istituti civilistici alla materia ambientale, dall'altro è proprio la crescente mole della legislazione e delle applicazioni giurisprudenziali finalizzate alla protezione dell'ambiente, unitamente alla forza normativa dei principi ambientali italo-europei, a incidere sugli istituti e le categorie tradizionali del diritto civile, al punto da imporre una profonda "riconcettualizzazione" alla luce della sostenibilità ambientale, compito che non può più sfuggire alle competenze e alla sensibilità del civilista.

⁵ Art. 225 da Constituição brasileira de 1988.

Mauro Pennasilico (2020, p. 4-8) preleciona sobre a pluridimensionalidade do conceito de sustentabilidade e da crescente noção de solidariedade que alberga a economia verde e o desenvolvimento inclusivo e circular e assim dispõe:

Nelle scienze ambientali, sociali ed economiche, "sostenibilità" indica, in prima approssimazione, la caratteristica di un processo di sviluppo, che può essere mantenuto a un certo livello in modo durevole o indefinito. Dal punto di vista più specifico delle conseguenze ambientali di tale processo, "sostenibilità" indica, altresì, la gestione «accorta e razionale» delle risorse naturali (art. 191, § 1, TFUE), utilizzate senza superare la soglia di riproducibilità delle stesse. Nella prospettiva dell'economia ecologica (ecological economics), la "sostenibilità" si riferisce a una evoluzione qualitativa e non quantitativa dei processi economici: sostenibile è lo sviluppo «senza una crescita che superi la capacità portante dell'ambiente, dove sviluppo significa miglioramento qualitativo e crescita significa incremento quantitativo». La sostenibilità, quindi, implica in sé la percezione di un "limite" alla crescita e apre, così, il varco a un'etica della responsabilità attenta a evitare sprechi e consumi eccessivi o non necessari, al fine di non superare – come avverte il Settimo Programma di Azione per l'Ambiente dell'Unione europea «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta oltre i quali si rischiano cambiamenti irreversibili, con conseguenze potenzialmente disastrose per l'uomo e la natura.

A Constituição brasileira de 1988, no próprio constitucionalismo originário garantiu proteção aos animais, porém o Código Civil brasileiro, ainda apresenta os animais como coisas à disposição dos homens e mulheres, como "móveis ou semoventes" desprovidos de direito individual. Diante da norma constitucional da proibição da crueldade, **os animais têm direito fundamental à existência digna e podem ir a juízo**, conforme o art. 2º, §3º do Decreto 24.645/1934, ou seja, podem defender um direito próprio no judiciário por meio de ação – uma das principais argumentações de que animais são sujeitos de direito (Moraes, 2022). A Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. No bojo do texto ficam assegurados os direitos dos animais, no Capítulo V, dos crimes contra o Meio Ambiente, Seção I. *Inverbis*:

Seção I

Dos crimes contra a Fauna

...

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: (Vide ADPF 640)

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. (Vide ADPF 640)

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no **caput** deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

No estado do Ceará, o Grupo de Estudos REPJAAL, do Programa de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza promoveu um debate em favor do Pacto Estadual em Defesa dos Animais (Tavares, 2023). As suas diretrizes apontavam à defesa dos animais e combate aos maus-tratos. Assinala Luciola Cabral, Procuradora do Município de Fortaleza e Presidente da Comissão sobre o Pacto Global da Agenda 2030, que:

O Pacto Estadual em Defesa dos Animais e Combate aos Maus-Tratos é uma iniciativa conjunta da Comissão de Defesa dos Direitos dos Animais e da Comissão Especial Brasil/ONU de Integração Jurídica e Diplomacia Cidadã para Implementação dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas da OAB Ceará com base na resolução da ONU de 2022, que destaca a importância da abordagem One Health. Ou seja, saúde única com base na proteção do meio ambiente, no bem-estar animal e na sustentabilidade, visando atender os objetivos do desenvolvimento sustentável e os princípios do Pacto Global (Unifor, 2023).

Desse debate, e diante da vontade popular, nota-se que já resultou um projeto de Lei de autoria da Deputada estadual Larissa Gaspar, que reconhece os animais como seres sencientes e assegura o bem-estar animal. O Projeto de Lei nº 728/23 tramita da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, de acordo com a

proposição, "os animais não humanos são considerados seres sencientes, ou seja, com sensibilidade para experimentar emoções".

O reconhecimento da senciência animal, da capacidade de sentir dos animais, de ter sensações e sentimentos de forma consciente, é tema de significativo debate em diversos países. Tem-se colocado os animais em condição diferenciada em relação às coisas e mais próxima dos seres humanos, no que se refere à tutela jurídica, e, conseqüentemente, nas possibilidades de tutela jurisdicional de seus direitos. (Paiva, 2023)

Em outra perspectiva, sabe-se que a renovação e luta em favor dos direitos humanos inclusivos é jornada diuturna, pois como já assevera Joseph Stiglitz, a frase de Lincoln do governo do povo, para o povo e pelo povo⁶ degenerou para governo de 1% da população, para 1% da população e por 1% da população⁷. Essa realidade do século XXI demarcada pelo antropoceno revela concentração de renda, extremas desigualdades humanas e degradação ambiental que excluem da seara dos direitos e da justiça a maior parte da população, da natureza e dos animais. No Brasil, o IBGE, em seu relatório de 2019, identifica 25% da população brasileira vivendo abaixo da linha da pobreza. As regiões Norte e Nordeste são as mais afetadas, mas a concentração de renda e a aporofobia são observadas em todas as regiões brasileiras. Já o planejamento urbano não apresenta metas claras de proteção ambiental.

O "*Triple bottom line (planet, people, economy)*" de Jonh Elkington (2012, p. 111-118), base dos objetivos de desenvolvimento sustentável, contém proposta insincera ao conferir as mesmas dimensão e relevância ao **planeta**, que é esteio e

⁶ "Cumpram-nos, antes, a nós os vivos, dedicarmos-nos hoje à obra inacabada até este ponto tão insignemente adiantada pelos que aqui combateram. Antes, cumpram-nos a nós os presentes, dedicarmos-nos à importante tarefa que temos pela frente – que estes mortos veneráveis nos inspirem maior devoção à causa pela qual deram a última medida transbordante de devoção – que todos nós aqui presentes solenemente admitamos que esses homens não morreram em vão, que esta Nação com a graça de Deus venha gerar uma nova Liberdade, e que o governo do povo, pelo povo e para o povo jamais desaparecerá da face da terra" (Arqnet, 2010, online).

⁷ "Em primeiro lugar, a desigualdade crescente é o reverso da moeda de um outro aspecto: declínio de oportunidades. Sempre que diminuimos a igualdade de oportunidades, deixamos de usar alguns dos nossos bens mais valiosos – nossa gente – da forma mais produtiva possível. Em segundo lugar, muitas das distorções que levam a desigualdade – como as associadas ao poder monopolista e ao tratamento fiscal preferencial para interesses especiais – comprometeram a eficiência da economia" (Stiglitz, 2016, p. 76).

fundamento, às **pessoas**, que precisam dos elementos da natureza para sobreviver, e ainda à terceira esfera, que é o **lucro**, resultante da acumulação dos negócios. O próprio Elkington já alertava para o fato de que o capitalismo sustentável necessita mais do que tecnologia e mercados que promovam a desmaterialização; requer redefinir igualdade social, ética empresarial e justiça ambiental. Para além do capital financeiro, estão em pauta os capitais humano, social e ambiental. Passados 60 anos, ainda se repete com Rachel Carson (2010, p. 83):

À medida que o ser humano avança rumo a seu objetivo proclamado de conquistar a natureza, ele vem escrevendo uma deprimente lista de destruições, dirigidas não só contra a Terra em que ele habita, como também contra os seres vivos que a compartilham com ele.

A visão antropocêntrica, pautada na razão capitalista, incentivou a abertura dos mercados e a globalização econômica, e propôs a geração de emprego e renda para libertar o ser humano das cadeias de escassez e ignorância, mas não foi capaz de superar a concentração de renda e revitalizar os direitos de fraternidade, difusos e transindividuais. Permanece em 2022, em razão dos anos vivenciados com a pandemia de Covid-19, a escravidão provocada pela ausência de condições inerentes ao patamar mínimo civilizatório, em que todos tenham direito à vida digna com alimentação, saúde, educação, moradia e capacitação para o trabalho. Dados da OCDE (2022)⁸ mostram que o Brasil necessitará de nove gerações, ou seja, 225 anos para encontrar o equilíbrio do acesso aos direitos sociais. Enrique Leff (2001, p. 39)⁹ argumenta que a concentração de renda e sua manutenção por intermédio do

⁸ "The speed of COVID-19 responses and the need to reallocate funds to meet the crisis have reinforced an existing trend towards the use of funds for humanitarian rather than development or peace responses, especially in extremely fragile contexts. Humanitarian action is itself a critical component in global resilience, preserving human life and dignity. But it is neither built nor designed to support, on its own, longer-term reductions in risk and sustainable increases in coping capacities. Currently, humanitarian needs are constantly rising, putting enormous pressure on humanitarian budgets and system capacity. Against this backdrop, the ever-more-frequent resort to a humanitarian assistance modality to meet people's needs is concerning, as this sacrifices investment in peace and development to emergency responses to human needs in crises that almost always extend over decades" (WFP, 2022, online).

⁹ "Estas dívidas são o legado de uma razão constitutiva da modernidade na qual estamos inseridos. É uma dívida com a razão que quis libertar o homem e os povos da ignorância mitificadora, das cadeias da escassez, e que acabou ocultando seus intuitos, impondo uma razão que escraviza, sujeitando a razão às normas da racionalidade econômico-tecnológica e aos efeitos da

poder político são responsáveis pela visão homogeneizante de poder, pela dívida social somada à dívida ecológica.

O economista e ambientalista mexicano, Enrique Leff, leciona para o mundo que:

A racionalidade ambiental desponta no horizonte da sustentabilidade como condição de vida: não apenas da biodiversidade, mas da vida humana, da cultura, do sentido da existência. É uma nova compreensão do mundo que habitamos. Nessa fronteira que marca a transição entre a modernidade e a pós-modernidade, se questiona a racionalidade que sustentou o mundo moderno e se vislumbra uma nova racionalidade (Leff, 2012, p. 129-132).

O futuro se constrói por meio do pensamento ambiental que abre novos significados, territórios capazes de superar o discurso colonizador de dominação e concretizar o esquecido princípio da fraternidade, onde as várias culturas possam coabitar com a natureza e com os animais. Não faça, não permita, denuncie maus-tratos contra os animais: abandono, espancamento, mutilação, envenenamento, manter preso, deixar de alimentar, submeter a tarefas exaustivas, não levar ao veterinário, manter desprotegido contra sol, chuva ou frio, deixar trancado em locais pequenos, manter em locais não arejados. O Direito animal encontra espaço na justiça latino-americana.

A Humanidade faz parte desse processo de evolução, parece andar um paço para frente e dois para trás. Diante da Guerra da Ucrânia que se arrasta por anos, da repetição de atos de Barbárie e da falta de resolutividade dos Estados democráticos, crescem as dúvidas sobre toda a legislação humanista que prosperou desde a Segunda Guerra Mundial. A Terra como nosso lar deve ser respeitada nos moldes do disposto na Carta da Terra¹⁰, com seus princípios basilares de respeitar a Terra e a

racionalização gerada pela razão do poder. Este movimento da razão certamente nos legou o conhecimento científico, o pensamento crítico, a liberdade e a democracia; mas também nos legou uma razão cegante do mundo (a mão invisível, as leis cegas do mercado) que nos aterram porque em sua invisibilidade burlam e eludem a razão".

¹⁰ Escrita em 1994, lançada em Haia em 2000, a *Carta da Terra* estabelece os principais fundamentos do desenvolvimento sustentável. O projeto foi iniciado sob a coordenação do governo da Holanda, em parceria com Maurice Strong, subsecretário da Organização das Nações Unidas (ONU) na época, e o então presidente da Rússia, Mikhail Gorbachev.

vida em toda sua diversidade; cuidar da comunidade da vida com compreensão, compaixão e amor; assegurar a generosidade e a beleza da Terra para as atuais e às futuras gerações. Leitura sempre atual:

Estamos diante de um momento crítico na história da Terra, numa época em que a humanidade deve escolher o seu futuro. À medida que o mundo torna-se cada vez mais interdependente e frágil, o futuro reserva, ao mesmo tempo, grande perigo e grande esperança. Para seguir adiante, devemos reconhecer que, no meio de uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre com um destino comum. Devemos nos juntar para gerar uma sociedade sustentável global fundada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz. Para chegar a este propósito, é imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade de vida e com as futuras gerações.

Papa Francisco (Beck, 2020), e a Igreja Católica, durante a celebração da 50ª Dia Mundial da Terra, também chamam a comunidade cristã a redescobrir o sentido de respeito sagrado pela terra, porque não é apenas a nossa casa, mas também a casa de Deus. Segundo a pregação do Papa Francisco, “por causa do egoísmo, a humanidade falha em sua responsabilidade como guardião e administradora da terra. Basta olhar a realidade com sinceridade para ver que há uma grande deterioração da Casa comum. “Nós a poluímos e depredamos, colocando em risco nossa própria vida. Por isso, vários movimentos internacionais e locais foram formados para despertar as consciências”. O Papa reiterou que ainda será que os mais jovens saiam às ruas para ensinar o que é óbvio, ou seja, que não há futuro se todos destruírem o ambiente que os sustenta (Beck, 2020). Independente da fé processada somos parte de um todo chamado humanidade que por razões de fé ou racionalidade, deve-se entender os limites planetários e evitar, combater e regenerar o ambiente degradado.

DEGRADAÇÃO AMBIENTAL E OS LIMITES DO PLANETA

Desde a década de 1960, primeiro com a publicação dos livros de Rachel Carson, depois com a foto da Terra vista do espaço, em sua grandeza e simplicidade,

a Organização das Nações Unidas pauta a defesa da proteção ambiental. Em 1972, a ONU convocou a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo, e aos poucos as visões desenvolvimentistas e antropocêntricas foram substituídas por outra maneira de tratar o planeta e de incluir o desenvolvimento humano. Em 1987, a ONU apresentou o Relatório Brundtland, ou "Nosso futuro comum", fruto da pesquisa de quatro anos coordenada pela médica e ex-Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland.

Esse relatório trouxe para o discurso público conceitos inerentes ao desenvolvimento sustentável; na sequência, em 1992, a ONU promoveu mais um encontro, conhecido como a Cúpula da Terra ou Rio-92. No Rio de Janeiro, os governos assumiram uma pauta de ações para evitar o crescimento econômico degradador da natureza. Nessa Agenda 21, a ordem era proteger a atmosfera, combater o desmatamento, a perda de solo e a desertificação, prevenir a poluição da água e do ar, deter a destruição dos peixes e promover a gestão segura dos resíduos tóxicos.

Na Rio-92, o crescimento econômico e o excesso de produção e de consumo, que repercutem em degradação ambiental, foram severamente criticados. Vale salientar que a ONU é criticada por expressar defesa do crescimento econômico e, pela ausência de efetivo poder de sanção e coação, em outro viés, realiza, por meio de suas conferências e pautas, a tarefa de educar a respeito de matéria ambiental.¹¹ Nesse diapasão, Enrique Leff (2004, p. 39) assevera que:

A dívida financeira poderá ser perdoada; a dívida ecológica, valorizada segundo os parâmetros do mercado, os códigos do capital ou a expressão das forças políticas no mercado ou nos tribunais de justiça. Porém, uma vez saldadas as contas, satisfeitas as demandas e reivindicações, restam seus devedores sujeitos à mesma razão, atados às mesmas causas, no jogo da repartição dos custos e benefícios deixados por uma ordem homogeneizante, unipolar, que dita as normas do comércio, do intercâmbio, da justiça e da equidade.

¹¹ Os tratados e pactos assinados pelos membros da ONU encontram-se disponíveis em: <https://sustainabledevelopment.un.org/conferences>.

A ignorância, a indiferença e a ausência de informações têm provocado danos irreparáveis ao meio ambiente. O Brasil foi cenário de um dos maiores desastres ambientais observados até a atualidade, diante do rompimento das Barragens do Fundão em Mariana e do Córrego do Feijão em Brumadinho, no estado de Minas Gerais. Esses desastres causaram danos ambientais até o estado do Espírito Santo. Segundo Leonardo Rocha, a empresa Vale, responsável pelo desastre, sofreu desgaste de sua imagem, mas conseguiu se reinventar e amenizar o impacto financeiro. Restam o prejuízo imensurável para a população e a degradação para o meio ambiente (Rocha, 2021).

Sabe-se que o princípio do direito à informação e o princípio da participação popular estão entre as bases do Direito Ambiental, nesse sentido foi firmado o Acordo de Scazu (Costa Rica) em março de 2018 (CEPAL, 2018). Esse acordo versa sobre o acesso à informação e à participação pública diante do acesso à justiça em assuntos ambientais na esfera da América Latina e do Caribe. É um instrumento que pode ser utilizado para prevenir conflitos e divulgar informações que melhoram a prestação de contas e indicam boa governança.

Ressaltam-se o art. 5º e o art. 7º do Acordo de Scazu, *in verbis*, os quais asseveram o seguinte: "Acessibilidade da informação ambiental. 1. Cada Parte deverá garantir o direito do público de acessar a informação ambiental que esteja em seu poder, sob seu controle ou custódia, de acordo com o princípio de máxima publicidade". O artigo segue com o item 2, e suas múltiplas alíneas, até desembocar na denegação do acesso à informação ambiental e seus motivos. Determina o prazo de 30 dias para que as autoridades competentes respondam a um pedido de informação.

Já o art. 7º versa sobre a participação pública nos processos de tomada de decisões ambientais: "1. Cada Parte deverá assegurar o direito de participação do público; para isso, se compromete a implementar uma participação aberta e inclusiva nos processos de tomada de decisões ambientais, com base nos marcos normativos interno e internacional". O acordo foi assinado, até setembro de 2022, por 24 países da América Latina e Caribe, e ratificado por 12 deles. Peru, Guatemala, Brasil e Colômbia assinaram, mas não ratificaram, sob o argumento de persistirem

preocupações relativas à soberania, incerteza jurídica e interesses comerciais. Chile, El Salvador e Honduras não assinaram o pacto.

O confronto entre o crescimento econômico e o acesso à informação, à defesa dos direitos de desenvolvimento humano e à proteção dos direitos da natureza é relatado pela associação Global Witness¹². A associação revela a perseguição e morte de mais de 220 defensores das comunidades tradicionais. Notícias revelam confronto entre comunidades ribeirinhas e indígenas e garimpeiros ilegais, madeireiros e empresários ligados ao agronegócio, os quais juntos compõem o cenário de devastação da Floresta Amazônica (Bijos, 2022).

Na mesma corrente de pensamento, Ailton Krenak (2019, p. 24) alerta para a responsabilidade individual e coletiva tendo em vista a manutenção da harmonia entre seres terrestres. Diante da degradação do Rio Doce, causada pelos desastres ambientais provocados pela empresa Vale, Krenak (2019, p. 49-50) fala do divórcio entre os humanos e a natureza e da orfandade dele resultante:

Quando despersonalizamos o rio, a montanha, quando tiramos deles os seus sentidos, considerando que isso é atributo exclusivo dos humanos, nós liberamos esses lugares para que se tornem resíduos da atividade industrial e extrativista, do nosso divórcio das integrações e interações com a nossa mãe, a Terra, resulta que ela está nos deixando órfãos, não só aos que em diferente graduação são chamados de índios, indígenas ou povos indígenas, mas a todos.

Percebe-se a violência física do flagelo humano oriunda da miséria que habita as cidades e que salta aos olhos diante dos excessos do luxo, que se contrapõem à carência de dignidade humana daqueles que não alcançam o acesso aos direitos sociais. Noutro viés, as mudanças climáticas, a extinção da biodiversidade, as doenças zoonóticas, a poluição e a degradação do meio ambiente são partes da violência estrutural, invisíveis à maior parte da população. Juntas, mudanças

¹² "Land and environmental defenders play a crucial role in protecting their land – and our climate – against destructive business practices. Yet more defenders than ever are being killed, while others are threatened, criminalized and attacked. Businesses, financiers and governments must protect defenders and bring those who harm them to justice" (Global Witness, 2022, online).

planetárias do ecossistema e crises de segurança humana constituem os desequilíbrios planetários, no contexto do antropoceno.¹³

"Novas ameaças à segurança humana no antropoceno" (PNUD, 2022) é o nome do relatório apresentado pelo Programa das Nações Unidas em 2022, diante do paradoxo do desenvolvimento, o qual, apesar de constatar a longevidade e os avanços no acesso à saúde, verificou também o acréscimo da sensação de insegurança e mal-estar. As incertezas foram agravadas pela pandemia de Covid-19 durante os anos de 2020 e 2021. O relatório alerta para o fato de, quando os desequilíbrios planetários interagem com desigualdades horizontais que se cruzam, podem reforçar padrões históricos de desempoderamento diretamente ligados a desigualdades de reconhecimento, procedimentais e distributivas.

A situação descrita e analisada no relatório especial do Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento requer mais do que solidariedade, demanda racionalidade e razoabilidade nos padrões de John Rawls. A justiça como equidade requer a análise de três fatores: 1) classe social de origem e acesso aos bens primários; 2) talentos e capacidades naturais e possibilidades de desenvolvê-los; 3) boa ou má sorte ao longo da vida (doenças, acidentes e crises econômicas regionais). (Rawls, 2003, p. 78-79).

A partir do final do século XVIII, com a Revolução Francesa, resta clara a opção pela retração do Estado, haja vista a evidência da frustração das funções públicas e do escopo do Estado que não incluía entre seus sujeitos de direito a própria população. Prevalece até o século XXI os questionamentos sobre o poder constituinte de Siéyès: quem somos nós? Tudo; o que tem sido feito até hoje? Nada. O que queremos? Queremos alguma coisa.

A partir de artigo apresentado junto à Revista Sequência da Universidade Federal de Santa Catarina, intitulado Economia solidária sob a ótica das capacidades humanas de Martha Nussbaum (Pompeu; Santos, 2021), questionou-se como a

¹³ "Embora a mudança climática seja um ponto focal, a discussão sugere não apenas a importância intrínseca desse desafio específico, mas também as implicações mais amplas do contexto do Antropoceno para a segurança humana. Além disso, a mudança climática interage com a perda de biodiversidade, riscos naturais e poluição, todos com efeitos agravantes na segurança humana" (PNUD, 2022, p. 50).

história demonstra o percurso liberal, social, neoliberal, neossocial e suas marcas de exclusão e de corrupção como as inimigas das repúblicas democráticas.

A opção do constitucionalismo dirigente ocidental aponta para a permanência de um Estado Regular, que tem como fundamento fazer prosperar a dignidade humana, por intermédio do desenvolvimento das oportunidades e das capacidades que preparam o cidadão para ingressar no mercado de trabalho e ter acesso ao emprego e à renda. Vale salientar os fundamentos que perpassam a Constituição brasileira de 1988, no que concernem aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em regime econômico capitalista.

Já os objetivos, da mesma constituição, que determinam o dever de redução da desigualdade social e de efetivação de direitos sociais continuam como simples normas programáticas diante de estatísticas do IBGE de 2019 que apontam para 50 milhões de brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza.

Nesse diapasão, o debate prospera entre soluções que intercalam a defesa de mais Estado ou do fortalecimento das Instituições. Para autores como John Rawls, Amartya Sen, Francis Fukuyama e Martha Nussbaum, a construção de Estados não requer que sejam extensos, mas revela o dever de primar, sobremaneira, pelo desenvolvimento de oportunidades e de instituições fortes e capazes de alcançar auto-nomia e emancipação.

A questão que aponta para tratar iguais de forma igual e tratar desiguais de forma desigual complementa o debate, pois as capacidades humanas são distintas e algumas pessoas e situações requerem maior presença de políticas públicas e de destinação orçamentária para usufruírem do patamar mínimo civilizatório. Nesse contexto, a economia solidária se posiciona em um ambiente de insuficiência do Estado, como mecanismo de realização de práticas e econômicas inclusivas. Este quadro propicia o surgimento de construções que articulam a atividade econômica às finalidades sociais.

A economia solidária nasce oriunda da necessidade de os trabalhadores produzirem e auferirem renda. Essa imprescindibilidade de inclusão econômica, por partes das pessoas excluídas do sistema econômico formal, foi a força motriz para buscar alternativas a garantir a própria sobrevivência. A economia solidária apresenta-se como um paradigma inclusivo, com o objetivo de criar possibilidades econômicas e sociais e

ao mesmo tempo atenuar os efeitos de décadas de exclusão social e econômica. A busca por compartilhar a existência humana digna motiva a construção da economia solidária, assim constitui alternativa capaz de criar possibilidades e soluções ao desemprego e à precarização do trabalho. A construção de uma sociedade inclusiva, por meio da economia solidária, tem influências em sociedades de cooperação e auxílio mútuo. A busca de incluir os outsiders da economia formal, desencadeia o desenvolvimento de recursos para reagir aos efeitos negativos da economia de mercado e diligenciar soluções para a valorização do trabalho e redução ou eliminação da exclusão social. Diante desse contexto, o artigo tem como objetivo analisar a relevância da economia solidária, como agente de promoção do desenvolvimento econômico e humano. À economia solidária baseia-se na cooperação e na solidariedade, e busca propiciar a realização humana.

Destarte, a efetiva realização da justiça social pressupõe que as pessoas possuam capacidades que viabilizem sua emancipação por meio do acesso à renda, e que assim alcancem o gozo do padrão mínimo civilizatório. A economia solidária oferece à população vulnerável instrumentos que permitem à concessão de empréstimos de pequeno porte, e à construção de redes de cooperação social. Situação já efetivada pelo Banco de Muhammad Yunus. A filósofa Martha Nussbaum adota o enfoque das capacidades (*capabilities approach*). Parte da perspectiva, segundo a qual a dignidade humana depende da ação e funcionamento das capacidades, inclusive da capacidade de interação social. Com base no enfoque das capacidades, Martha Nussbaum (2013, p. 90-91) apresenta a lista de dez itens, como exigências centrais para uma vida com dignidade.

A autora afirma que a lista é aberta e certamente sofrerá modificações, ao longo do tempo. De forma resumida, a versão corrente das capacidades humanas centrais inclui:

a) A vida. Não morrer prematuramente; b) Saúde física. Que abrange saúde reprodutiva e alimentação adequada; c) Integridade física. Ser capaz de se movimentar de um lugar para outro, bem como estar protegido de agressões domésticas e sexuais; d) Sentidos, imaginação e pensamentos. Poder usar o pensamento e o raciocínio, de um modo verdadeiramente humano, promovido por uma educação apropriada; e) Emoções. Trata-se da capacidade de manter relações afetivas com coisas e pessoas; f) Razão prática. Ter potencial de formar uma

concepção de bem e de ocupar-se com um raciocínio sobre o planejamento da sua vida; g) Afiliação. Ser capaz de viver com outros, interagindo socialmente, e ter bases sociais de autorrespeito e não humilhação; h) Outras espécies. Conseguir viver de forma respeitosa com a natureza; i) Lazer. Gozar de atividades recreativas; J) Controle sobre o próprio ambiente político e material.

No que concerne à teoria da justiça que envolva a natureza e os animais, interessante constatar que esse tema também povoa o pensamento de Rawls, para quem a metafísica deveria elaborar uma visão de mundo capaz de identificar e sistematizar as relações com os animais e a natureza, haja vista que os animais têm capacidade de sentir prazer e dor, e nesse diapasão impõem deveres de compaixão. “Não há dúvida de que é errado ser cruel com os animais, e a destruição de espécies inteiras pode ser um grande malefício” (Rawls, 2003, p. 632).

Kate Raworth (2019, p. 17), por meio da figura de uma rosquinha *donut*, desenha cinco espaços ocupados pela humanidade. O espaço interno e vazio do *donut* é ocupado pelas privações críticas da humana; a borda interna da rosca é composta pelo alicerce social; a própria rosca é o espaço seguro e justo para a humanidade; a borda exterior do *donut* é o teto ecológico. Tudo aquilo que ultrapassa essa barreira significa degradação planetária crítica. Nessa perspectiva, a humanidade deve regular suas necessidades básicas no espaço ocupado pela massa da rosca. As bordas são os limites ecológicos, são barreiras que não podem ser transpostas sem que ocorra ruptura do equilíbrio no planeta. Elas mantêm viável a vida para a humanidade. Nesse contexto, o paradigma do crescimento exponencial deve ser abandonado por outro mais equilibrado.

O alicerce social é constituído por elementos como a água, o alimento, a saúde, a energia, a educação, a renda e o trabalho, a paz e a justiça, a participação política, a igualdade social, a igualdade de gênero, a moradia, a vida em sociedade. Esses elementos garantem espaço seguro e justo para a humanidade. O excesso de produção e consumo finda por romper o teto ecológico e causa as mudanças climáticas, a acidificação dos oceanos, a destruição da camada de ozônio, a poluição do ar, a perda da diversidade, a conversão de terras, as retiradas de água doce, a carga de nitrogênio e fósforo, a poluição química. Sobre o desequilíbrio entre

crescimento econômico e ausência de desenvolvimento humano, Kate Raworth (2019, p107) assevera que:

Em vez de aceitar o crescimento da desigualdade como uma lei do desenvolvimento econômico, algo inevitável que precisa ser suportado, os economistas do século XXI irão encará-lo como um erro de concepção econômica, e tentarão criar economias muito mais distributivas do valor que geram. Em vez de focalizar basicamente a redistribuição da renda, seu objetivo será redistribuir também riqueza – sobretudo a riqueza que provém do controle de terras, da criação de moedas, do empreendimento, da tecnologia e do conhecimento. E, em vez de focalizar apenas o mercado e soluções estatais, aproveitarão também a força dos bens comuns. É uma mudança de perspectiva fundamental, e já está sendo implementada (Raworth, 2019, p. 107).

Os limites planetários são objeto de estudo do Centro de Resiliência da Universidade de Estocolmo.¹⁴ Foi apresentado o mapeamento dos *tipping points*, ou seja, pontos críticos que já ultrapassaram os limites de devastação do planeta. A análise entre o bem-estar humano *versus* as catedrais do consumo, a formação de um capital social positivo em substituição ao individualismo e o delineamento de metas para manter um planeta estável e prevenir ações que levam à instabilidade do planeta são algumas das escolhas a serem traçadas.

A urgência do agir requer posicionamento programático para evitar desequilíbrios e corrigir o modelo socioeconômico que promete sustentabilidade, mas que só alcança concentração de renda, ausência de desenvolvimento humano e provoca degradação ambiental. A formação da responsabilidade socioambiental individual e coletiva se faz por meio de educação e consciência ambiental. Não se trata de teoria organicista que desemboca em ditaduras, mas, ao contrário, trata-se da formação de uma cidadania ecológica que escolhe governantes e desenvolve capacidade empresarial de promover políticas públicas e corporações responsáveis socioambientalmente.

¹⁴ "In January 2022, 14 scientists concluded in the scientific journal Environmental Science and Technology that humanity has exceeded a planetary boundary related to environmental pollutants and other "novel entities" including plastics" (Stockholm Resilience Centre, 2022).

A finitude dos recursos naturais do planeta indica um retorno à ideia do desenvolvimento local; aponta para a teoria do decrescimento econômico e para a implementação do círculo virtuoso dos “8 Rs” de Serge Latouche (2009, p. 42):

1. Reavaliar o consumo ilimitado; 2. Reconceituar valores sobre acumulação; 3. Reestruturar o modelo de produção; 4. Redistribuir melhor a riqueza e acesso ao patrimônio natural; 5. Relocalizar, produzir localmente e não mais globalmente; 6. Reduzir o impacto sobre a biosfera; 7. Reutilizar, combater o descarte e desperdício; 8. Reciclar os resíduos.

Na mesma linha de pensamento, Andrei Cechin (2010, p. 102) traça um paralelo entre as razões políticas, econômicas e sociais ao afirmar que:

A solução para o problema da distribuição de recursos naturais entre as gerações se encontra no campo da ética, e não no da economia. Isso quer dizer que depende da postura ética das atuais gerações em relação às que ainda estão por vir. Por isso, na hora de prescrever uma política para a economia de recursos, as recomendações devem minimizar futuros arrependimentos, e não maximizar as utilidades. Tal política deve considerar que uma sociedade é uma entidade virtualmente imortal, e por essa razão não pode ser aplicado o mesmo raciocínio econômico que se aplica ao indivíduo.

Certamente, o regime capitalista transnacional, extrativista, deve ser repensado não mais através de visão homogeneizante de sistema potencializador do crescimento econômico e do progresso; deve ser estudado com cautela e devem ser observados os efeitos colaterais de uso e de destruição da natureza. Essas discussões sobre crescimento econômico, com ausência de desenvolvimento humano e consequente degradação ambiental, devem se fazer presentes nas diversas maneiras na realidade do sistema capitalista. O objetivo maior, conforme Alberto Acosta e Ulrich Brand (2018, p. 180-181), reside em encontrar o equilíbrio entre os seres humanos e a natureza, de acordo com uma vida centrada na autossuficiência e na autogestão das comunidades, conforme asseveram a seguir:

O modelo de desenvolvimento devastador, que tem o crescimento econômico insustentável como paradigma da modernidade, não pode continuar dominando a vida.

A ideia de progresso – compreendida como uma acumulação permanente de bens materiais – precisa ser derrotada.

Munta Ito¹⁵ e Michele Carducci¹⁶ encabeçam a lista dos ambientalistas que propõem outra maneira de entender a noção do *triple bottom line* de John Elkington e agora nomeiam de modelo dos direitos da natureza. Nessa versão, a natureza e seus direitos são superiores e representam o círculo de maior dimensão, dentro do qual se encontra, em menor escala, o círculo contendo as pessoas e os direitos humanos; dentro desse segundo espaço, há outro menor ainda, o terceiro círculo, que representa a economia, as empresas e os direitos de propriedade. Esses autores fizeram uma proposta da Carta dos Direitos da Natureza para a Comunidade Europeia (EESC, 2020). Dentre os organismos e Instituições de Ensino que fizeram parte dessa elaboração, destacam-se a Universidade de Salento, a Universidade de Siena e o Instituto Nature's right. Na introdução do texto delineiam o seu escopo:

The present moment offers the potential, born of crisis, to transform the way humans inhabit Earth.

We are Nature - part of the interdependent web of life. When Nature thrives, we thrive. When Nature dies, we die. Humanity is facing an existential emergency of our own making - unprecedented environmental and climate emergency. We have little time. Never before has it been clearer that if we are to survive and have future generations that thrive that we need a new way forward - not based on separation and greed - but instead on a regenerative cycle founded on mutual respect and an understanding of our connectedness and interdependence with all of life. In the face of the Covid 19 pandemic where the only long term solution for humanity is a strong immune system, we can see that human health and the health of the biosphere are not separate - they are interdependent. This study proposes that this fundamental understanding is encoded in law. This will drive unified, co-ordinated action - before it is too late (European Economic And Social Committee, 2019).

A Carta Europeia dos direitos da Natureza baseada nos elementos centrais do mandato ecológico divide-se em 5 pilares de regras fundamentais que são: 1. Regra

¹⁵ Coordenadora da Associação Nature's Rights (UK).

¹⁶ Professor catedrático da Universidade de Salento e Diretor do Centro di Ricerca Euro Americano sulle Politiche Costituzionali – CEDEUAM.

da não regressão; 2. Regra de resiliência; 3. Regra do *"in dubio pro natura et clima"*. 4. Regra de métodos democráticos sustentáveis. 5. Regra das cinco responsabilidades para com a Natureza, com inversão do ônus da prova.

Tem-se como benefícios para os Estados membros da União Europeia a constante melhoria da proteção da natureza; a prevenção dos desvios da legislação ambiental por cada país; a formação de conteúdo capaz de orientar os julgados dos tribunais nacionais; promover a harmonização da legislação dos Estados membros; prevenir conflitos interpretativos entre diversos juízes, promover diálogo com a Corte Europeia de Direitos Humanos e assim fortalecer as interpretações e defesa dos direitos da natureza.

Michel Prieur (2012) defende que o constitucionalismo do século XX avançou, mas que se faz necessário evitar a todo custo o retrocesso ambiental e os efeitos *backlash*.¹⁷ Na época em que o Direito Ambiental toma assento no constitucionalismo de muitos países como direito humano, deve-se evitar a regressão ou redução do direito, pois constitui um retrocesso prejudicial aos seres humanos e à natureza, agora reconhecidos como interdependentes. Michel Prieur (2012, p. 17) lançou o princípio ambiental da cláusula de vedação ao retrocesso ambiental:

Destarte, a não regressão faz parte do debate público e do debate político. A aplicação do não retrocesso foi consagrada democraticamente por um referendo na Califórnia em 2 de novembro de 2010, quando a maioria dos eleitores recusou a suspensão de uma lei sobre a mudança climática e a redução na emissão de gases do efeito estufa demandada por uma companhia de petroleira. A título de preparação da Rio+20 de junho de 2012, o Parlamento europeu, numa Resolução de 29 de setembro de 2011 (p. 97), que conectou não retrocesso aos direitos fundamentais, solicita que o princípio do não retrocesso seja reconhecido no contexto da proteção do meio ambiente e de seus direitos fundamentais. Os governos são convidados, portanto, tanto no plano internacional como nacional e

¹⁷ Com a ascensão do constitucionalismo, é cada vez mais comum presenciar decisões judiciais em questões polêmicas gerarem descontentamento popular, levando a uma reação política contrária ao que foi decidido. Embora nem sempre seja possível prever os desdobramentos desse fenômeno, o certo é que a jurisdição constitucional, mesmo quando assume uma postura ideológica progressista, pode provocar, indiretamente, um crescimento da força política conservadora, que poderá, no limite, levar a um retrocesso social em questões politicamente sensíveis (Marmelstein, 2016).

sobre qualquer forma jurídica que seja, a inserir no futuro o não retrocesso do direito ambiental como uma garantia de efetividade do direito do homem ao meio ambiente.

O momento é de seguir adiante e educar em matéria de meio ambiente, como fonte material do Direito Ambiental, para em seguida implementar os direitos da natureza sob o esteio do constitucionalismo multinível. Espera-se, por fim, que os direitos da natureza tenham guarida nas Constituições, ordenamentos jurídicos, ciência, ensino jurídico e movimentos populares, como fontes formais e materiais do Direito Ambiental.

3 GOVERNANÇA MULTINÍVEL E O CONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL

As Constituições do final do século XX, dentre elas a Constituição brasileira, albergaram a ideia de tentar conciliar o crescimento econômico com o desenvolvimento humano e a sustentabilidade. A conexão entre ordens nacionais e internacionais identificou um fenômeno conhecido como constitucionalismo multinível, que tem como prioridade garantir que os direitos humanos usufruam status de proteção e de consolidação normativa, com o intuito de evitar ou mitigar o sofrimento e a ausência de dignidade humana. Exemplo desse constitucionalismo multinível se dá quando os Estados aceitam no âmbito de aplicação interna a abertura material de direitos fundamentais oriundos de tratados e acordos internacionais. A questão desse tópico consiste em investigar se, no seio do constitucionalismo multinível, está presente a proteção aos direitos da natureza.

No constitucionalismo dos países lusófonos, pode-se observar a corrente da sustentabilidade e da proteção ao meio ambiente, que se intensifica desde 1972, com o Relatório Brundtland (Brundtland, 1991). Conhecido também como “Nosso futuro comum”, o Relatório aponta para a incongruência entre os padrões de produção e consumo exacerbados e a sustentabilidade de uma relação entre o meio ambiente e o ser humano. Por meio da Declaração Constitutiva da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, em 1996, os países membros adotaram, dentre seus objetivos, o incentivo à cooperação bilateral e multilateral para a proteção e preservação do meio ambiente, com vistas à promoção do desenvolvimento sustentável (CPLP, 2022).

Em 1997, Lisboa acolheu a I Reunião de Ministros de Meio Ambiente da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, os quais selaram na Declaração de Lisboa os principais aspectos de cooperação na CPLP, a partir da gestão de resíduos e implementação dos Acordos Ambientais Multilaterais. A VIII Reunião ocorre em novembro de 2022, em formato virtual, sob a presidência de Cabo Verde. Verifica-se que em junho de 2022 a Comunidade CPLP participou da Conferência dos Oceanos¹⁸, sediada em Lisboa, assim como os países lusófonos, como Portugal, Brasil, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Cabo Verde, Angola, Moçambique, comprometeram-se a reduzir gases de efeito estufa, na COP 26, em novembro de 2021. A transição para veículos elétricos e desenvolvimento de energias renováveis são algumas metas até 2030 ou 2060.¹⁹

No Brasil, resta fácil verificar a amplitude da defesa do Direito Ambiental e Animal e a da corrente do princípio da sustentabilidade, em face do disposto em diversos artigos da Constituição Federal brasileira de 1988 e da vasta legislação infraconstitucional. Podem ser destacados os seguintes artigos: caput do art. 5º (Dos direitos e garantias fundamentais), art. 170, II, III, VI; art. 174, §1º, §3º, art. 176, §1º, (Da ordem econômica e financeira); art. 186, II (Da política agrícola e fundiária e da reforma agrária); e sobremaneira o art. 225 (Do meio ambiente).

No que concerne à legislação, a Constituição de 1988 recepcionou a Lei nº 6.938/81, na qual se verifica a presença da Política Nacional do Meio Ambiente e de seus objetivos e princípios, do sistema e órgãos federais, estaduais, municipais de fiscalização e controle. O campo da legislação ambiental no Brasil desde as décadas

¹⁸ "Os oceanos cobrem 70% da superfície da Terra e são o lar de cerca de 80% de toda a vida terrestre, fazendo-os a maior biosfera do planeta. Geram 50% do oxigênio que necessitamos, absorvem 25% de todas as emissões de dióxido de carbono e capturam 90% do calor adicional gerado por essas emissões. Não são apenas os 'pulmões do planeta', são também o maior filtro de carbono, um amortecedor vital contra os impactos das alterações climáticas" (ONU, 2022).

¹⁹ "63. Glasgow Climate Pact. Recognizes the importance of the best available science for effective climate action and policymaking; Reiterates the urgency of scaling up action and support, as appropriate, including finance, technology transfer and capacity-building, for implementing approaches for averting, minimizing and addressing loss and damage associated with the adverse effects of climate change in developing country Parties that are particularly vulnerable to these effects" (UNFCCC, 2021, online).

de 1980 a 2020 é frutífero²⁰. O Ministro Herman Benjamin²¹ assevera que no Brasil o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente por meio de ativismo judicial. A proteção é oriunda da Constituição e do ordenamento jurídico; se existem lacunas, são de efetivação dos direitos, cuja responsabilidade é administrativa ou judicial por deficiência ou ausência de implementação.

Diante da cláusula de abertura material de direitos fundamentais, os tratados internacionais de direitos humanos – dentre esses direitos, aqueles de proteção à natureza – são recebidos no ordenamento jurídico nacional como emenda constitucional, uma vez aprovados pelo Congresso Nacional, nos moldes determinados no §3º do art. 5º da CF.²² Em que pese o direito positivo e seus intérpretes, constata-se que ainda não foram capazes de controlar aspectos da degradação ambiental oriundos do crescimento econômico e da urbanização acelerada. Desmatamento e desastres ambientais marcam o cenário do século XXI.²³

Em face do diálogo multinível dos sistemas normativos ambientais, cumpre relembrar a Opinião Consultiva nº 23/17, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 15 de novembro de 2017, quando solicitada pela República da Colômbia, para se manifestar sobre quais são as obrigações dos Estados, diante do Pacto de São José da Costa Rica, quando existe o risco de que a construção de uma obra de infraestrutura afete com gravidade o meio ambiente marinho e humano na região do Grande Caribe. O resultado da consulta **foi um marco na proteção dos direitos da natureza**. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017, p. 97) delibera que:

6. Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal frente a posibles daños graves

²⁰ Vale ressaltar as seguintes leis: Lei nº 9.433/97 (Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos); Lei nº 7.802/1989 (dentre outros assuntos, controle e fiscalização de agrotóxicos); Lei nº 9.605/1998 (dispõe sobre sanções penais e administrativas contra atividades lesivas ao meio ambiente); Lei nº 9.795/99 (dispõe sobre a educação ambiental e a política nacional de educação ambiental); Lei nº 9.985/2000 (Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza); Lei nº 12.651/2012 e 12.727/2012 (lei de proteção da vegetação nativa); Lei nº 14.026/2020 (Marco legal do saneamento básico e criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico).

²¹ STJ, Resp. 650.728/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.10.2007.

²² Art. 5º, §2º e § 3º da Constituição brasileira de 1988.

²³ Os dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações indicam que: "Até 2020, temos desmatados no Bioma Amazônia 729.781,76 km², e na Amazônia Legal 813.063,44 km²" (Brasil, 2022).

o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica, de conformidad con el párrafo 180 de esta Opinión. Con el propósito de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños transfronterizos significativos al medio ambiente.²⁴

A CIDH reafirma nessa resposta que os Estados têm o dever de garantir o direito de acesso à informação relacionado a possíveis danos ambientais, bem como devem garantir o direito à participação pública e o acesso à justiça, para restaurar a situação de proteção ambiental. A sigla DESC (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) resta acrescida da letra A (Ambientais): DESCA (Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais).

A preocupação com o mundo natural e com a garantia de justiça e igualdade entre as espécies tem estado presente nas decisões judiciais na América Latina e no constitucionalismo latino-americano. A Constituição do Equador, aprovada mediante referendo popular, em vigor desde 20 de outubro de 2008, assevera em seu preâmbulo que a natureza, ou Pacha Mama, é vital para a existência humana e invoca a sabedoria de todas as culturas que enriquecem a sociedade como tal.

Outro aspecto da Constituição Equatoriana consiste na inclusão do bem viver, ou *sumak kawsay*, do quéchua, como aspiração de convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza. Conforme seu preâmbulo, reconhece, no artigo 14, o direito de todos a viver em ambiente sadio e ecologicamente equilibrado,

²⁴ "TERCERO. Declarar la existencia de una grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, imputable a las entidades del Estado colombiano accionadas (Presidencia de la República, Ministerio de Interior, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Agricultura, Departamento para la Prosperidad Social, Departamento Nacional de Planeación, Agencia Nacional de Minería, Agencia Nacional de Licencias Ambientales, Instituto Nacional de Salud, Departamentos de Chocó y Antioquia, Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó -Codechocó-, Corporación para el Desarrollo Sostenible del Urabá -Corpourabá-, Policía Nacional – Unidad contra la Minería Ilegal, y los municipios de Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto -Chocó-, y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo -Antioquia-), **por su conducta omisiva** al no proveer una respuesta institucional idónea, articulada, coordinada y efectiva para enfrentar los múltiples problemas históricos, socioculturales, ambientales y humanitarios que aquejan a la región y que en los últimos años se han visto agravados por la realización de actividades intensivas de minería ilegal".

garantindo a sustentabilidade e o próprio *sumak kawsay*, expressão de uma forma ancestral de ser e de estar no mundo.

Embora a Constituição da Bolívia não trate especificamente a natureza como sujeito de direitos, a natureza é abordada em textos infraconstitucionais por meio da Lei nº 71, de 2010 (*Ley de Derechos de la Madre Tierra*), e da Lei nº 300, de 2012 (*Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*). A Lei nº 300, aprovada em 15 de outubro de 2012 pelo então Presidente da Bolívia Evo Morales, concede direitos à Mãe Terra na condição de um ser digno de gozar de direitos. No documento sancionado por Morales, é mencionado o conceito de “justiça climática”, garantindo-se o direito de reivindicar o desenvolvimento integral às pessoas afetadas pelas mudanças climáticas.

Vale apontar, nessa tesina, quatro decisões emblemáticas da governança ambiental sul-americana: uma trata sobre a degradação do Rio Atrato, suas bacias e afluentes na Colômbia, outra sobre o desmatamento da Floresta Amazônica colombiana e a terceira no Brasil, em Rondônia, a Câmara Municipal de Guajará-Mirim, aprovou o projeto de Lei nº 007/2023, de autoria do vereador Francisco Oro Waran, que dispõe sobre o reconhecimento dos direitos do Rio Laje-Komi-Memen. A primeira consiste na decisão oriunda da Sentença T-622/16 da Corte Constitucional colombiana, que reconheceu o Rio Atrato como sujeito de direito (Colômbia, 2016a). O problema jurídico consistia em verificar como a exploração mineradora ilegal, no Rio Atrato e seus afluentes, poderia representar vulneração dos direitos fundamentais à vida, à saúde, à água, à segurança alimentar, ao meio ambiente sadio, à cultura e ao território das comunidades étnicas que viviam às suas margens. A decisão partiu do pressuposto de proteção do pedido, na esfera supraconstitucional em tratados e acordos internacionais, bem como no âmbito constitucional, em razão de a Constituição Política de 1991 albergar os direitos da natureza e da biodiversidade da água, do ar, da terra e da fauna, da flora e do ecossistema.

Assim, concluiu-se pela condenação do Estado colombiano e de suas instituições, com o dever de promover uma defesa cada vez mais rigorosa e progressiva da natureza e de seu entorno diante dos prejuízos causados pela exploração econômica da mineração ilegal. Para que se possa festejar justiça, em companhia do pensamento de Rachel Carson, a Corte colombiana inovou:

CUARTO. Reconocer al río Atrato, su cuenca y afluentes **como una entidad sujeto de derechos** a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32.

En consecuencia, la Corte ordenará al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río. Con este propósito, el Gobierno, en cabeza del Presidente de la República, deberá realizar la designación de su representante dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia. En ese mismo período de tiempo las comunidades accionantes deberán escoger a su representante (Colombia, 2016a) [grifo nosso].

Fez-se necessário alcançar um exercício adequado, racional e responsável da biodiversidade em obediência aos princípios da prevenção e da precaução, com a delimitação de deveres de todos os *stakeholders* envolvidos na fiscalização e o controle da preservação ambiental do caso em epígrafe.

O segundo caso a ser mencionado como restabelecimento dos direitos da natureza concerne a uma denúncia de aumento da temperatura climática e riscos de diminuição das condições de saúde e de expectativa de vida, na Amazônia colombiana, em razão do desmatamento, que causa degradação na terra, nos rios e no ar. A sentença ordenou à Presidência da República, ao Ministério do Meio Ambiente e aos membros da Carteira de Agricultura e Desenvolvimento Rural que no prazo de quatro meses apresentassem um plano de ação de curto, médio e longo prazo capaz de combater e se contrapor ao desmatamento, promover o plantio e evitar os efeitos climáticos. Chamou ao feito os prefeitos municipais das áreas afetadas e determinou o prazo de cinco meses para apresentar os planos de ordenamento territorial. Além disso, elevou a Floresta da Amazônia colombiana à condição de sujeito de direito (Colombia, 2016b).

O terceiro caso deu-se em Rondônia/Brasil, quando de acordo com o do Projeto de lei nº 007/2023, foi aprovado que:

artigo 3º O Rio Laje e os seres inter-relacionados devem ser protegidos e manifestarem seus requerimentos e vozes por guardiões legais, que servirão como sua representação pública, atuando como conselheiros do Poder Público e da comunidade no exercício destes direitos.

Argo 4º - O Poder Executivo regulamentará esta lei para criar o Comitê de tutela dos interesses do Rio Laje Comitê Guardiã, que atuará como guardião dos direitos estabelecidos nesta lei, participando de todos os processos decisórios públicos. Parágrafo primeiro O Comitê Guardiã deverá ser eleito a partir de indicação comprovada dos membros de sua comunidade, sendo obrigatória a participação das seguintes representações: I um membro da comunidade indígena Igarapé Laje; II um membro da comunidade de pescadores; III um representante da organização Oro wari; IV uma representante das mulheres artesãs indígenas; V um representante da Universidade Federal de Rondônia

...

O quarto caso, a que se dá destaque, concerne a um julgado na Argentina. Na mesma trilha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), ao julgar o caso *Nuestra Tierra (Lhaka Honhat) vs. Argentina*, reconheceu a 132 comunidades indígenas da Província de Salta o direito autônomo ao meio ambiente saudável. Obteve também, o reconhecimento da interconexão com os direitos à alimentação adequada, à água e à identidade cultural. O entendimento manifestado na Opinião Consultiva 23/2017 fundamentou o provimento, que determinou à República da Argentina a obrigação de transferir para outro local a população não indígena presente na área.

Já o Chile reconheceu na Convenção Constituinte os direitos da natureza e estabeleceu no art. 9º que os indivíduos e os povos são interdependentes com a natureza e formam um todo inseparável. A natureza tem direitos, e o Estado e a sociedade devem respeitá-los e protegê-los. A proposta do novo texto constitucional foi rejeitada por 61,9% dos votantes em plebiscito realizado no dia 4 de outubro de 2022. Prevaleceu o temor da possibilidade de perder direitos e liberdades individuais, em favor de um Estado autoritário, interventor.

Cumprе resumir que a Opinião Consultiva nº23/2017 pautou questões que versam sobre: Proteção do meio ambiente e direitos humanos, Direito ao meio ambiente saudável e outros direitos violados pela degradação do meio ambiente,

Alcance do termo jurisdição sob a Convenção Americana de Direitos Humanos, Obrigações ambientais específicas, derivadas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Já no que diz respeito ao caráter vinculante da Opinião consultiva nº23/2017, pode-se afirmar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que a proteção e a garantia dos direitos humanos implicam na obrigação de realizar um controle de convencionalidade, entendido como uma análise de compatibilidade do direito interno com os parâmetros derivados da CADH, outros tratados do SIDH e pronunciamentos de seus órgãos. Além das sentenças da CIDH sobre casos contenciosos, esse exercício deve tomar em consideração igualmente os pareceres consultivos do referido órgão.

Nesse sentido, os pareceres consultivos representam parâmetro obrigatório que instruem o controle de convencionalidade e fomentem o constitucionalismo multinível. Eles orientam, também, as Cortes Nacionais na composição dos seus julgados e formação de jurisprudência interna para balizar a tomada de decisões judiciais na esfera local.

No âmbito europeu a Espanha assume a vanguarda, pois, além da proposta da Carta Europeia dos Direitos da Natureza, registra-se a concretização desse direito naquele Estado, por meio de um instrumento da democracia direta que é o projeto de lei de iniciativa popular. Nesse diapasão, em 2022, o Parlamento Espanhol aprova a Iniciativa Popular de garantir ao Mar Menor, a situação de sujeito de direito. Na visão de Giménez e Ortuño (Giménez; Ortuño, 2022, p. 1-38), a Iniciativa Popular em prol do reconhecimento de personalidade jurídica ao Mar Menor e sua Bacia é descrita como resultado do movimento social e vontade popular em defesa dos Direitos da Natureza que, ao aglutinar significativo número 640.000 assinaturas, alcançou reverberar a ideia junto ao Poder Legislativo e Cortes espanholas, que erigiu à categoria dos sujeitos de direito o ecossistema lacunar do Mar Menor que passou a ser dotado de personalidade jurídica.

A resposta à questão deste tópico – se no seio do constitucionalismo multinível está presente a proteção aos direitos da natureza – é positiva. A proteção à natureza como sujeito de direitos é realidade, seja nos textos constitucionais, nos tratados e acordos internacionais, na governança judicial, na consciência humana

que inclui a todos como seres humanos terrestres distintos dos seres divinos. Saber cuidar do nosso presente e futuro comum é questão de racionalidade e de sensibilidade que não aceita retrocessos, mas exige avanços do dever de evitar, proteger e reparar danos ambientais como missão de primeira grandeza.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa teve início com a interpretação do tríptico “O jardim das delícias”, de Bosch (1504), que identificava três etapas da (des)construção humana. A primeira mostrava o Jardim do Éden, onde Deus, homem, mulher e natureza conviviam de maneira harmônica; na segunda tela, no Jardim das Delícias Terrenas, observam-se desordem, degradação humana e excessos; por fim, na terceira tela, já com cores escuras e tristes, o Inferno revela os pecados, a punição e a degradação. Esse tríptico também desperta o sentido de traição dos homens e das mulheres, para quem foi dado o arbítrio, os quais, por meio de suas decisões e egoísmo, romperam e traíram os demais seres terrestres comuns, oriundos do barro, *humus*, como eles próprios.

A traição também é lembrada por Dante Alighieri na “Divina comédia” dois séculos antes, entre 1304 e 1308, quando escreveu sobre o Inferno – “*Vós que entraís, abandonai toda a esperança*” (portal do Inferno). Nesse diapasão, Dante Alighieri reserva ao Inferno nove círculos, que perpassam o limbo, a luxúria, a gula, a ganância, a raiva, a heresia, a violência, a fraude e o mais terrível deles: a traição. Assevera o autor que a sensação de atravessar o inferno é tão terrível que a simples lembrança traz de volta o medo.

É este o sentimento que se tem ao constatar as mazelas que o antropocentrismo tem causado aos outros seres da natureza: traição. Ao achar que é superior, não cuida, maltrata, destrói e, assim, trai sua essência de ser humano. Não há perspectivas, apenas o caos, diante de escolhas insensatas, por vezes pautadas, demagogicamente, em direitos humanos, quando na verdade se trata de onipotência da vontade do governo de teses, que exclui os outros seres e degrada a Natureza.

Urge promover o debate crítico sobre os aspectos da globalização e do capitalismo transnacional, que provocou o aumento da produção material e do consumo, sem implementar o desenvolvimento humano nem tampouco acabar com a sede e a fome, bens comuns de primeira necessidade.

O retorno ao desenvolvimento local deve ser o primeiro passo de combate à colonialidade excludente, que resulta apenas em concentração de renda. A economia exige uma racionalidade capaz de manter a visão sistêmica moldada na proteção da natureza, no respeito às oportunidades e capacidades dos homens e mulheres, em harmonia com o meio ambiente.

Em 2022, ano em que se relembrou os 60 anos de “Primavera silenciosa”, de Rachel Carson (2010), restou, assim como Dante Alighieri, seguir o caminho em busca do Paraíso, guiado pela luz crescente de Beatriz. No Paraíso, a reconciliação entre os seres da terra e os seres divinos se faz possível, e assim os pássaros cantarão. Nesse percurso, este artigo tem como resultados esperados apontar instrumentos de conciliação entre o antropocentrismo e o ecocentrismo, para que se encontrem a justiça biocêntrica e a justiça ecocêntrica – paradigmas de um planeta justo de fato e de direito, composto pela primazia dos direitos da natureza.

Ações pautadas sob a égide do governo multinível, dos tratados internacionais, do transconstitucionalismo e do constitucionalismo ecológico respeitarão os limites planetário, seus *tipping points*. A consciência coletiva e individual, educada por meio da razoabilidade e da racionalidade ambiental, seguramente levará ao exercício da cidadania integral e complementar, em que as visões do Paraíso conciliador de Dante Alighieri estarão presentes.

A Esperança da Caixa de Pândora repercute quando a partir da multicitada Opinião Consultiva nº 23/2017 (OC-23/17 – CIDH) tem-se pela primeira vez o destaque para a construção do direito humano inclusivo que abraça o meio ambiente saudável. Ao lado da Convenção Americana de Direitos Humanos e com o Protocolo de São Salvador a antiga sigla DESC passa a ser composta por significativa categoria Ambiental e doravante escreve-se e defende-se os DESCAs, direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. No continente europeu, além da elaboração da Carta dos Direitos da Natureza, no final de 2022, a Espanha inaugura trajetória ascendente em defesa da garantia de efetivação dos direitos da Natureza para parte de terreno

lacustre espanhol. Por meio de projeto de iniciativa popular, que agregou 64.000 assinaturas, logrou êxito a elevação do Mar Menor a condição de possuir direitos de personalidade e ser sujeito de direito para proibir e corrigir o elevado grau de poluição, do qual era vitimado.

Nesse contexto o grupo de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, REPJAAL, (relações econômicas, políticas, jurídicas e ambientais da América Latina) garante a sua atuação em defesa da concretização da sustentabilidade ambiental e defesa dos animais. Nesse diapasão, os membros do REPJAAL buscam conciliar teoria e prática, na construção da teia e arcabouço jurídico legitimado por iniciativas populares. Nesse contexto, razão da realização da 16 Semana do Meio Ambiente na Universidade de Fortaleza, além de ciclo de palestras e debates com ícones do Direito Ambiental, como o Professor Julien Prieur, o REPJAAL realizou a defesa do Pacto Estadual em Defesa dos Animais e Combate aos maus-Tratos.

Fizeram parte da construção do Pacto a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, a Comissão dos Direitos dos Animais da OAB, do Ministério Público do Estado do Ceará, a Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente do Ceará e do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Ceará. O ato solene de adesão e assinatura do Pacto vai firmar o compromisso com o dever de promover, na esfera de ação de cada entidade, a educação em matéria de direitos dos animais mediante políticas públicas, ajustes legislativos, audiências públicas, termos de ajustamento de conduta, fiscalização, controle e punição às infrações legais (G1, 2023).

As ações em favor da consciência ambiental e dos direitos dos animais multiplicam-se, e a vontade popular existe seja na América Latina, Europa, ou em outros continentes. Educar em matéria Ambiental é ordem de primeira necessidade, garantir individual ou coletivamente que os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS- Agenda 2030) não sejam verdades insinceras, trata-se de racionalidade que viabilizará a vida terrena. A Deusa Thémis, como símbolo da Justiça, filha de Gaia e de Urano, espírito e matéria, não deve manter-se com olhos vendados, mediante imparcialidade que permite concentração de renda, ausência de desenvolvimento humano, exclusão dos direitos da natureza e dos animais. Já não é possível permanecer na inércia que resta ao lado da ausência de Justiça.

Um novo Direito Constitucional Ambiental está em construção. Que a RED-IDD seja parte dele!

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Pós-extrativismo e decrescimento**: saídas do labirinto capitalista. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, 2018.

ARQNET. **O discurso de Gettysburg, por Abraham Lincoln**. 2010. Disponível em: <https://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro01.html>. Acesso em: 21 jul. 2022.

BECK, Julia. Papa no Dia Mundial da Terra: Cuidar da Casa comum e dos mais frágeis. **Canção Nova**, 2020. Disponível em: <https://noticias.cancaonova.com/especiais/pontificado/francisco/papa-no-dia-mundial-da-terra-cuidar-da-casa-comum-e-dos-mais-frageis/>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BIJOS, Leila. Amazônia brasileira: trajetórias e resistências. **Brasília em Foco**, 2022. Disponível em: <https://brasiliainfoco.com/artigo-amazonia-brasileira-trajetorias-e-resistencias-por-leila-bijos/>. Acesso em: 3 out. 2022.

BRASIL. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE. **Perguntas frequentes**. 2022. Disponível em: <http://www.inpe.br/faq/index.php?pai=6>. Acesso em: 3 out. 2022.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso futuro comum**: Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. Tradução de Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Gaia, 2010.

CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia**: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Senac São Paulo/Edusp, 2010.

CEPAL. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. **Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe**. 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf. Acesso em: 23 set. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-622/2016**. 2016a. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>. Acesso em: 17 set. 2022.

COLOMBIA. Suprema Corte. **Sentencia T-4360/2016**. 2016b. Disponível em: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>. Acesso em: 19 set. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de Noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

CPLP. Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. **Ambiente**. 2022. Disponível em: <https://www.cplp.org/id-3855.aspx>. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/2q8q7e8k/YGY4bTZ8vKi8G4bK.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2023.

EARTH CHARTER INTERNACIONAL. **Carta da Terra**, São Paulo: Gaia, 1994.

EESC. European Economic and Social Committee. **Towards an EU Charter of the fundamental rights of nature**. 2020. Disponível em: <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature>. Acesso em: 23 set. 2022.

ELKINGTON, John. **Canibais com garfo e faca**. São Paulo: M. Books, 2012.

EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. **Towards an EU charter of the fundamental rights of nature: study**, 2019. Disponível em: <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-03-20-586-en-n.pdf>. Acesso em 30/07/2023

FERRANDO, Francesca. **Philosophical posthumanism**. London, New York, Oxford, New Delhi, Sidney: Bloomsbury, 2019.

GIMÉNEZ, Teresa Vicente; ORTUÑO, Eduardo Salazar. La iniciativa legislativa popular para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca. **Revista Catalana de Dret Ambiental**. Vol. XIII Núm. 1 (2022).

GLOBAL WITNESS. **Land and environmental defenders**. 2022. Disponível em: <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/>. Acesso em: 23 set. 2022.

HIRSCHL, R. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Campinas/SP: EDA – Educação Direito e Alta Cultura, 2020.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEFF, Enrique. **As aventuras da epistemologia ambiental**: da articulação das ciências ao diálogo de saberes. Tradução de Silvana Cobucci leite. São Paulo, Cortez: 2012

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lucia Mathilde Endilich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Efeito *backlash* da jurisdição constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. 2016. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 1º out. 2022.

MARTINS, Simone. **O jardim das delícias, Hieronymus Bosch**. 7 jun. 2017. Disponível em: <https://www.historiadasartes.com/sala-dos-professores/o-jardim-das-delicias-hieronymus-bosch/> Acesso em: 23 set. 2022.

MORAES, Eloíze. Animais na legislação brasileira: objetos ou sujeitos de direito? As argumentações que animais podem ser autores de ações processuais na área do direito civil cresce na academia e no judiciário. **Revista Arco**: UFSM, 2022. Disponível em: <https://www.ufsm.br/midias/arco/animais-sujeitos-de-direito-legislacao-brasileira>. Acesso em: 30 jul. 2023

NUSSBAUM, Martha C. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **States of Fragility 2022**. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/c7fedf5e-en>. Acesso em: 22 set. 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Conferência dos Oceanos**. Lisboa, 27 de junho a 1º de julho 2022. Disponível em: <https://www.un.org/pt/conferences/ocean2022>. Acesso em: 4 out. 2022.

PAIVA, Yasmin. Deputada apresenta PL que reconhece os animais como seres 'sencientes'; entenda o que é. Ceará: **Opinião CE**, 2023. Disponível em: <https://www.opinioaoce.com.br/deputada-apresenta-pl-que-reconhece-os-animais-como-seres-sencientes-entenda-o-que-e/>. Acesso em: 30 jul. 2023

PENNASILICO, Mauro. La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico". **Rivista Quadrimestrale Di Diritto Dell'ambiente**. n. 3. Giappichelli editore, 2020.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Novas ameaças à segurança humana no antropoceno exigem maior solidariedade. **Relatório Especial 2022**. Disponível em: <https://hdr.undp.org/system/files/documents//srhs2022overviewespdf.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

POMPEU, Gina e Menezes, Guilherme. Juristocracia: origens e impactos no contexto democrático brasileiro. In: LARA, Caio Augusto Souza; SILVA, Jose Everton da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Constituição, teoria constitucional e democracia**. Florianópolis: CONPEDI, 2021.

POMPEU, Gina; HOLANDA Mauricio; SANTOS, Ivanna Pequeno dos. Economia solidária sob a ótica das capacidades humanas de Martha Nussbaum. **Seqüência estudos Jurídicos Políticos**, v. 42, n. 88, p. 1–32. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2021.e75942> 2021. Acesso em: 30 jul. 2023

PRIEUR, Michel. Princípio da “não regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 1, p. 6-17, jan-abr. 2012. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/3634/2177>. Acesso em: 1º out. 2022.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**. Uma reformulação. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWORTH, Kate. **Economia donut**. Uma alternativa ao crescimento a qualquer custo. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

REPJAAL. **Grupo de estudos cadastrado junto ao Conselho Nacional de Pesquisa**. Disponível em <https://repjaal.com.br/>. Acesso em 30/07/2023.

ROCHA, Leonardo Cristian. As tragédias de Mariana e Brumadinho: é prejuízo? Para quem? **Caderno de Geografia**, v. 31, 2021. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/geografia/article/view/25541/17777>. Acesso em: 23 jul. 2022.

STIGLITZ, Joseph. **O grande abismo**: sociedades desiguais e o que podemos fazer sobre isso. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

STOCKHOLM RESILIENCE CENTRE. **Planetary boundaries**. 2022. Disponível em: <https://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries.html>. Acesso em: 23 set. 2022.

TAVARES, Wanessa. **Pacto Estadual em Defesa dos Animais em pauta no Questão de Ordem**. ALECE – Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2023. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/noticias/pacto-estadual-em-defesa-dos-animais-em-pauta-no-questao-de-ordem>. Acesso em: 30 jul. 2023.

UNDP. United Nations Development Programme. **Human Development Report 2021/2022**. Uncertain times, unsettled lives; shaping our future in a transforming world. Disponível em: <https://hdr.undp.org/content/human-development-report-2021-22?>. Acesso em: 22 set. 2022.

UNFCCC. United Nations Framework Convention on Climate Change. **Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement**. Third session. Glasgow, 31 October to 12 November 2021. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021_L16_adv.pdf. Acesso em: 3 out. 2022.

UNIFOR lança pacto estadual em defesa dos animais e combate aos maus-tratos. **G1**, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/especial-publicitario/unifor/guia-de-profissoes/noticia/2023/06/05/unifor-lanca-pacto-estadual-em-defesa-dos-animais-e-combate-aos-maus-tratos.ghtml>. Acesso em: 30 jul. 2023.

UNIFOR sedia debate para criação de pacto em defesa dos animais. **Unifor**, 2023. Disponível em <https://www.unifor.br/-/unifor-sedia-debate-para-criacao-de-pacto-em-defesa-dos-animais>. Acesso em: 30 jul. 2023

WFP. World Food Programme. **Global Report on Food Crises – 2022**. Disponível em: <https://www.wfp.org/publications/global-report-food-crises-2022>. Acesso em: 12 set. 2022.

7. LA DEMOCRACIA MATERIAL COMO INTERÉS ESENCIAL PROTEGIDO POR LOS DELITOS ELECTORALES¹

MATERIAL DEMOCRACY AS AN ESSENTIAL INTEREST PROTECTED BY ELECTORAL CRIMES



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-07>

Gonzalo Aguilar Cavallo²

INTRODUCCIÓN

La democracia ha sido definida de múltiples maneras. Las diversas disciplinas que la abordan usan un criterio y ponen ciertos énfasis propios de esa disciplina en su tratamiento. Desde la perspectiva de los derechos humanos, la democracia puede ser delineada de una manera más o menos clara en base a las fuentes de los derechos humanos. En este sentido, es posible introducir una clasificación entre democracia formal y democracia material o sustancial.

Este estudio propone una aproximación desde los derechos humanos a la democracia y su proyección a los ilícitos electorales en general. Este trabajo no es un estudio desde el sistema electoral, ni desde la ciencia política ni desde el derecho penal. La pregunta que nos hacemos es si esta clasificación, entre democracia formal y democracia material, propia de un enfoque de derechos, es tomada en cuenta al definir los ilícitos electorales. Nuestra hipótesis es que la democracia como derecho humano no es tomada en cuenta al momento de conceptualizar y definir el

¹ Optou-se por manter a formatação original do artigo, em respeito ao estilo adotado pelo autor, considerando-se as especificidades culturais e acadêmicas de seu país de origem. Tal escolha busca preservar a integridade da obra e proporcionar ao leitor uma experiência fiel à concepção original do autor

² Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). Correo electrónico: gaguilar@utalca.cl. Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación Fondecyt Regular N° 1210396, titulado "Dogmática elemental de los delitos electorales", del cual el autor es co-investigador.

sentido y alcance de los ilícitos electorales. De hecho, si se analizara desde una sola perspectiva, los actos que vulneran la democracia como derechos humanos son de extrema gravedad, ética y jurídica, y, en consecuencia, la reacción de la sociedad, la sanción ante tales actos debiera ser correspondiente a dicha gravedad. Nuestra visión es que el ordenamiento jurídico nacional evade tratar ilícitos electorales como violaciones a los derechos humanos. El ordenamiento jurídico sólo tiene una aproximación formal a la democracia que se ve quebrantada con el ilícito electoral. Tal vez, podríamos aquí encontrar, en parte, una explicación de la forma de regulación por parte del ordenamiento jurídico nacional de los ilícitos electorales.

Este trabajo se divide en dos grandes partes. Una primera parte, examina la relación entre ilícitos electorales y el respeto a la democracia y los derechos humanos. En la segunda parte, se aborda el concepto de democracia y la clasificación entre democracia formal y democracia material.

1. LOS PROCESOS ELECTORALES Y LA DESVIACIÓN DE LA VOLUNTAD SOBERANA

Los actos atentatorios contra la democracia pueden producirse antes y durante un proceso electoral o de toma de decisiones públicas o bien, como asimismo, después del proceso eleccionario, una vez que se ha asumido el cargo de elección popular. Los ilícitos electorales (antes y durante) podrías ejemplificarlos con los que menciona la ley N°18.700. Los actos de corrupción también atentan contra la democracia, pero es una categoría más amplia, una de cuyas aristas podría ser la corrupción en los procesos de generación de autoridades, pero también hay una vertiente de ilícitos de corrupción después del proceso electoral, esto es, en el ejercicio mismo de la función pública (una de cuyas posibilidades es respecto de autoridades electas). Nuestra hipótesis es que la corrupción en los procesos de generación de autoridades se aborda exclusivamente desde la perspectiva de la democracia formal o procedimental o bien, entendida como mecanismo de toma de decisiones.

1.1. DEMOCRACIA Y CORRUPCIÓN

¿Para estos efectos, cómo podría definirse la corrupción? Para abordar esta pregunta, podríamos comenzar apoyándonos en el derecho internacional. En efecto, desde este punto de vista, cabe mencionar que la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) señala en su preámbulo que los actos de corrupción atacan contra el desarrollo de los pueblos y su combate fortalece las instituciones democráticas:

Convencidos de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

Considerando que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

Persuadidos de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social.³

En el mismo sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), explicita en su Preámbulo que la corrupción socava las instituciones y valores democráticos, la ética, la justicia y el desarrollo sostenible:

Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, [...]

Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella.⁴

³ Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996). Esta Convención ha sido ratificada por Chile el 7 de octubre de 1998.

⁴ Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003). Esta Convención ha sido ratificada por Chile el 13 de septiembre de 2006.

Si se toman las ideas principales vertidas en estos instrumentos internacionales, las ideas que subyacen al combate de la corrupción son el fortalecimiento de las instituciones democráticas, el desarrollo integral de los pueblos y la protección de la democracia en su forma representativa. Se echa de menos referencias explícitas a los derechos humanos y su protección. En consecuencia, se podría decir que el abordaje de la corrupción por parte de estos instrumentos es formal o procedimental. En efecto, la corrupción en procesos electorales es, normalmente y casi exclusivamente, abordada desde la perspectiva de la democracia formal o democracia procedimental.

Por su parte la doctrina, en términos generales, identifica la corrupción con actos u omisiones de detentores del poder público realizados con el fin de beneficiar un interés privado, ya sea por recompensa o por presión indebida. En efecto, Jaramillo define la corrupción “como una acción o relación que beneficia inapropiadamente a algunos actores mediante la amenaza de la realización de lo público socavando el funcionamiento del Estado”⁵. Según este autor, existe una relación de causalidad entre la corrupción y la democracia, la cual se puede expresar de la siguiente manera: mientras existan mayores mecanismos que promuevan la democracia, baja la percepción de corrupción en los Estados.⁶ De la misma manera lo describe Queralt, quien entiende por corrupción la “intencionada desnaturalización de las finalidades objeto de las instituciones públicas en beneficio patrimonial o simplemente de poder de un sujeto o grupo de sujetos.”⁷

Por su parte, Bobbio y Matteucci explicitan que la corrupción es un “fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar en modo distinto de los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa”⁸. En el mismo sentido, Montoya afirma que un “acto de corrupción constituye una grave muestra de deslealtad frente a las reglas que debieran regir un comportamiento social honesto, pues supone el aprovechamiento

⁵ Jaramillo (2011), p. 252.

⁶ Jaramillo (2011), p. 252.

⁷ Queralt (2016), p.6, citado por Cruz Blanca (2018), p. 3.

⁸ Chávez (2022), p.31, citando a Bobbio y Matteucci (1982), p.438.

inmoral de lo público para un beneficio privado, acción que es aún más nociva cuando la ejecutan personas que detentan cargos públicos"⁹.

Tal como hemos mencionado, en este artículo, nosotros nos concentraremos en los actos atentatorios contra la democracia que puedan producirse antes y durante un proceso electoral o de toma de decisiones públicas y su relación con la democracia como derecho humano.

1.2. ILÍCITOS ELECTORALES Y DEMOCRACIA

Los procedimientos electorales constituyen el núcleo en la formación de la voluntad democrática y las irregularidades que pueden ocurrir en su seno trascienden la obvia deslegitimación de tales procesos. En definitiva, anulan la democracia. En efecto, Dalla señala que "no hay derechos fundamentales sin procedimientos democráticos, y por muy compleja que sea la definición de la democracia, es patente que, sin elecciones libres ni transparentes procedimientos electorales, la democracia no existe."¹⁰ En el mismo sentido, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, con sede en Viena, ha señalado, en 2004, que la "corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de Derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana."¹¹

Los ilícitos electorales, entonces, agrupan un "conjunto de tipos penales que, referidos al ámbito de la actividad electoral, presentan una serie de características que les aglutinan entre sí y distancian del resto de ilícitos punibles (...) tales como la identidad del ámbito en el que su comisión se sitúa, la proximidad de bienes jurídicos protegidos o el lugar que ocupan dentro del inventario general de los textos legales."¹²

⁹ Chávez (2022), p.32, citando a Montoya (2012), p.11.

¹⁰ Dalla (2012), p.31.

¹¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Nueva York: Naciones Unidas, 2004, p. iii.

¹² Maza Martín (2019), p.19, citado por Cruz Blanca (2018), p.5.

Por su parte, la ilicitud electoral –que podría insertarse dentro del fenómeno de la corrupción- engloba todas aquellas conductas ilícitas que contravienen los procesos electorales y modifican los resultados legítimos, en beneficio propio del actor. Cruz indica que es “aquel grupo de conductas ilícitas activas u omisivas que, contraviniendo las normas que rigen el correcto funcionamiento de la actividad pública electoral, tienen por finalidad alterar los legítimos resultados que debían haberse proclamado tras la celebración de un proceso electoral pudiendo ser ejecutadas tanto por particular como por funcionario público, en beneficio patrimonial o simplemente buscando cuotas de poder, lo que podrá derivar en eventuales responsabilidades de carácter administrativo, penal y/o político.”¹³

Muñoz señala que las sociedades castigan muy modestamente la corrupción en términos electorales, lo que podría observarse como que, en cierta medida, la perdonan. Entre las razones de este “perdón” se encuentran los intercambios explícitos como el clientelismo: “[...] las rentas de la actividad corrupta son ampliamente distribuidas como mecanismos de mantenimiento del apoyo necesario, para seguir, en el futuro, extrayendo más rentas”¹⁴. Igualmente, lo que se puede denominar los intercambios implícitos (roba, pero hace cosas): “[...] el votante no tiene que recibir directamente recursos públicos a cambio de su apoyo, sino que simplemente decide mantener su apoyo al político corrupto en la medida en que percibe que se trata de un buen gestor en otros ámbitos, capaz de proveer de bienes públicos y/o atraer recursos en su territorio”¹⁵.

En este sentido, Muñoz sostiene que la solución consiste en incrementar el precio de la corrupción, como un mecanismo de prevención. Así Muñoz explica que si “los responsables políticos tienen expectativas de un severo castigo, los ilícitos vinculados al ejercicio de sus responsabilidades públicas pasarían a resultar menos atractivos de entrada. Se ha dicho a menudo que reforzar la legislación y/o la vigilancia será estructuralmente insuficiente para atajar la corrupción, por lo que parece razonable apostar también por medidas preventivas.”¹⁶ En consecuencia, un tipo de medidas preventivas de la corrupción, que, aparentemente, podrían ser

¹³ Cruz Blanca (2018), p.5.

¹⁴ Muñoz (2013), p.25.

¹⁵ Muñoz (2013), p.25.

¹⁶ Muñoz (2013), p.28.

efectivas, sería el aumento del rigor de la sanción derivada de actos de corrupción electoral.¹⁷ Se produciría, en este caso, una especie de efecto disuasivo o efecto chilling.¹⁸

Maldonado señala, en la misma línea, que no existe un real interés en perseguir los delitos electorales, ni tampoco sancionarlos, siendo el mismo sistema político y social quien evita esta atribución de responsabilidades. En efecto, Maldonado afirma que "pareciera más bien que es escaso el interés en su persecución y sanción y que es el propio sistema político y social el que tiende a evitar la atribución de responsabilidades a través de un proceso y la respectiva condena por razones de diversa índole, que en su amplia mayoría exceden el plano jurídico (incluyendo referencias a necesidades de estabilidad relativas al *momento político*). También contribuye el hecho de que el castigo público que el votante expresa sobre este tipo de actos de corrupción suele ser relativo, pues se encuentra ampliamente documentado que muchos de ellos materializan prácticas que reciben elevados niveles de tolerancia."¹⁹

Por su parte, Jaramillo propone que "una alta participación ciudadana y una competencia real, ambas continuadas e interesadas en prevenir los abusos por parte de los políticos y los funcionarios administrativos, se observan como buenos mecanismos de control."²⁰ Sin perjuicio de ello, hace presente que ciertos estudios han concluido que la percepción de las personas acerca de la corrupción no se relaciona con el nivel de democracia de los países, sino que con el respaldo y oposición a los gobiernos²¹.

Desde un punto de vista práctico positivo, ¿cuáles serían algunos ejemplos de delitos electorales más frecuente? En nuestro ordenamiento jurídico los delitos electorales se encuentran, en su mayoría, en la Ley N°18.700 Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, a partir del artículo 136 y siguientes.

¹⁷ Muñoz (2013), p.28

¹⁸ Queralt respecto de los delitos que engloba el fenómeno de la corrupción señala que para hacerles frente es necesario dar importancia a 4 aspectos claves: " (una) correcta definición de los tipos penales, penas adecuadas, ejecución efectiva que robustezca tanto la prevención general como la especial y un sistema procesal que, sin merma de las garantías, no suponga una fuente de impunidad o de algo tan detestable: una fuente de castigos, de hecho, aleatorios." Queralt (2012), p.20.

¹⁹ Maldonado (2018), p.700.

²⁰ Jaramillo (2011), p.242, citando a Bohara *et al* (2004), pp.484-485, 490 y 497.

²¹ Jaramillo (2011), p.243, citando el estudio comparado realizado por Anderson y Tverdova (2003)

Características comunes a las conductas tipificadas son su casuismo y heterogeneidad.²² Algunos ejemplos de delitos electorales en nuestro país son los siguientes: “votar en una misma elección más de una vez; suplantar a un elector o llevar su nombre para sustituirlo en el acto de votación; confeccionar actas de escrutinio de una mesa que no funcionó; apropiarse de urna con votos no escrutados; tener cédulas electorales sin facultad legal; falsificar, sustraer, ocultar o destruir el padrón de una mesa, el acta de escrutinio o la cédula electoral; impedir a otro sufragar por medio de violencia, amenaza, privación de cédula de identidad o equivalente; presionar a un elector discapacitado o a quien lo asiste; impedir ejercer funciones a un miembro de la Junta Electoral o de una mesa receptora de sufragios o de un colegio escrutador o de un delegado ante el colegio escrutador; usar certificados falsos para acreditar impedimentos para ser vocal de mesa o, en general, para cumplir cualquier función prevista en la Ley de Votaciones Populares y Escrutinios; perturbar el orden en lugar en que funcione una junta electoral, mesa receptora o colegio escrutador con el fin de impedir su funcionamiento; solicitar votos por paga, dádiva o promesa y el “cohechar de cualquier forma” a un elector [...]”²³, entre otros.

En América Latina, los delitos electorales que se encuentran comúnmente en la legislación de cada país son las coacciones, votar más de una vez, falsificación de documentos electorales, negarse indebidamente a admitir el voto, la propaganda ilegal y el abandono de funciones.²⁴

¿Estos ejemplos, se encuentran vinculados a la idea de democracia formal o de la democracia material? Estos delitos pueden parecer inofensivos y son castigados como infracciones menores, esencialmente multas, lo que muestra su inspiración en la idea formal de democracia.²⁵ Sin embargo, parece claro que afectan, aunque sea indirectamente, contra el derecho a la democracia y por ende a su fase material, constituida por un conjunto de derechos inviolables y libertades que la hacen posible.²⁶

²² Maldonado (2018), p.704.

²³ Maldonado (2018), p.704-705.

²⁴ Reformas Políticas en América Latina (2021), p.1.

²⁵ Cavada (2022), p.2.

²⁶ Carpizo (2007), p.355.

Incluso más, desde la interpretación conforme de los ilícitos electorales, estos deben ser interpretados a la luz del derecho humanos a la democracia. En efecto, esto no es más que la aplicación de la interpretación conforme del derecho penal electoral con derecho internacional de los derechos humanos. ¿Si los ilícitos electorales están sancionados penalmente, cuál debiera ser la interpretación de estos ilícitos, todos los que -directa o indirectamente- apuntan a proteger el mismo bien público protegido?

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido en su Opinión Consultiva N° 28/21 de 7 de junio de 2021, que “el principio democrático inspira, irradia y guía la aplicación de la Convención Americana de forma transversal. Constituye tanto un principio rector como una pauta interpretativa. Como principio rector, articula la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los valores que el sistema quiere promover y proteger, entre los cuales se encuentra la plena vigencia de los derechos humanos. Como pauta interpretativa, brinda una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas de los Estados parte en el marco del Estado de Derecho”²⁷. De modo que, si las autoridades del Estado, incluido los jueces, realizaran efectivamente un control de convencionalidad, al regular, aplicar e interpretar los ilícitos electorales, deberían usar la democracia – como principio constitucional material o sustancial- como pauta interpretativa.

Consecuentemente, una vía posible de acción para hacer frente al fenómeno de la corrupción en los procesos electorales, abordada tanto desde la perspectiva de la afectación grave al ejercicio del derecho a sufragio, por tanto, de la democracia procedimental, como de la democracia entendida como un derecho humano, por tanto, de la democracia política o material, sería incrementar el precio de la

²⁷ Corte IDH: *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28, par. 56.

corrupción, pero no sólo el precio de la misma tipo sanción penal tradicional, sino el precio entendido esto como una sanción con consecuencias en la posibilidad de participación popular futura en la conducción de los asuntos públicos.²⁸ En efecto, una toma en consideración más seria y de fondo de la ilicitud electoral debería implicar no sólo sanciones penales pecuniarias o privativas de libertad, si no sobre todo, una respuesta comprendiendo que se trata de actos u omisiones constitutivos de vulneraciones a los derechos humanos. Por tanto, la respuesta de la sociedad debiera ser correspondiente a este tipo de violación. Así, la inhabilitación temporal para la participación e intervención en la función pública, sean o no de elección popular, y su inclusión en un registro permanente de antecedentes, podrían ser algunas de las respuestas reparatorias y con garantías de no repetición adecuadas para la envergadura de la ilicitud.

En resumen, al menos desde un punto de vista de la legislación chilena, la regulación del ilícito electoral es muy feble, dispersa, inorgánica, heterogénea y casuística. Pensamos que esta debilidad se debe, al menos en parte, a que la regulación de este tipo de ilícitos se ha hecho teniendo en mente la visión formal de la democracia, y dejado de lado la consideración de la visión de la democracia material o sustancial. De esta manera, si el legislador tuviera en mente el principio de la democracia material, esto es, la democracia como derecho humano, la regulación y sanción de estos ilícitos electorales –incluyendo la corrupción– sería correspondiente a la envergadura de una vulneración de derechos humanos y las medidas de respuesta podrían también contemplar acciones de reparación y garantías de no repetición propias de toda violación de derechos humanos y acordes a una violación de derechos humanos. Veamos los fundamentos de esto.

2. LA DEMOCRACIA: FORMAL Y MATERIAL

En este apartado, nos proponemos analizar una clasificación específica de la democracia, que se puede expresar en democracia formal, la cual será analizada en

²⁸ Muñoz (2013), p.28.

la primera sección, y la democracia material, la que será abordada en la segunda sección.

En términos muy generales, ¿Cuál es o son las posibles definiciones de democracia? Una aproximación clarificadora desde el punto de vista sociológico es la de Touraine, quien define la democracia como un "(...) régimen que reconoce a los individuos y a las colectividades como sujetos, es decir, que los protege y los anima en su voluntad de vivir su vida, de dar una unidad y un sentido a su experiencia de vivir"²⁹.

A partir de esta definición general y con enfoque sociológico, cabe tener presente que la democracia es abordada tanto desde el derecho constitucional como desde el derecho internacional, aunque tradicionalmente, el análisis se queda en la esfera constitucional.

Análisis que son típicamente de derecho interno o con referencia en el Estado son los de Kelsen, Schumpeter, Bobbio, etc. Así, desde una perspectiva de la filosofía política, Kelsen indica que la democracia implica la identificación de "(...) dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo."³⁰ Carpizo aclara que en la definición de Kelsen se distinguen dos partes indisolubles: aquella procedimental, a través de la cual los dirigidos eligen a sus dirigentes; y una parte más material o de contenido, que constituye esencialmente los derechos del pueblo.³¹ En esta misma línea, más bien procedimental o instrumental de la democracia, Schumpeter la define como una "(...) ordenación institucional establecida para llegar a la adopción de decisiones políticas por la cual algunos individuos adquieren el poder de decidir a través de una lucha competitiva por el voto del pueblo."³²

Desde la perspectiva de quiénes detentan el poder, Bobbio define la democracia como una forma de gobierno en la cual el poder se encuentra en manos de todos o de la mayor parte, contraponiéndola a aquellas formas autocráticas, tales como la monarquía o la oligarquía.³³ Este autor distingue dos maneras de entender

²⁹ Touraine (1994), p.262, citado por García (2006), p.65.

³⁰ Carpizo (2007), p.354, citando a Kelsen (1980), p.30 y ss.

³¹ Carpizo (2007), p.354, citando a Kelsen (1980), p.30 y ss.

³² Schumpeter, p.269, citado por Carpizo (2007), p.355.

³³ Bobbio (1989), p.7.

la democracia, dependiendo de la importancia que se le va a otorgar dentro de un sistema a las reglas del juego para la distribución efectiva del poder entre los ciudadanos o al ideal que subyace en su inspiración, es decir, la igualdad.³⁴ Así, Bobbio distingue la democracia formal de la sustantiva.³⁵ De acuerdo con esta concepción, la democracia formal correspondería a las reglas del juego para la distribución efectiva del poder y la democracia sustantiva al goce de derechos que apuntarían al logro de la igualdad entre los individuos.

Por otro lado, desde el derecho internacional, la democracia sería un concepto que se identifica a partir de 3 aspectos claves. De acuerdo con García, estos aspectos serían “la legitimidad de los gobernantes (legitimacy), la intangibilidad de los derechos humanos de los gobernados (the intangibility of human rights) y el principio de rendición de cuentas (accountability)”³⁶. En esta misma línea internacional, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha determinado que la democracia excede las reglas de procedimiento para acceder al poder y engloba, también, al resultado de tales procesos. En efecto, el PNUD ha indicado que la “democracia se ha convertido en un sinónimo de libertad y justicia. Es, a la vez, un fin y un instrumento. Contiene, básicamente, una serie de procedimientos para el acceso y el ejercicio del poder, pero es, para los hombres y las mujeres, también el resultado de esos procedimientos. En esta perspectiva, la democracia excede a un método para elegir a quienes gobiernan, es también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas de poder.”³⁷ En este sentido, la democracia como concepto sería predicable y exigible no solo de organizaciones socio-políticas con asiento territorial como el Estado sino también, por ejemplo, de organizaciones extra-estatales, internacionales y supranacionales³⁸.

³⁴Bobbio (1989), p.39-40.

³⁵Bobbio (1989), p.40.

³⁶ García (2006), p.76.

³⁷PNUD (2015), p.33.

³⁸Micossi, Stefano: “Democracy in the European Union”, in CEPS (Centre for European Policy Studies) Working Document No. 286/February 2008. Disponible en: <<http://aei.pitt.edu/7586/1/Wd286.pdf>> [Consultado el 10/11/23]

2.1. LA DEMOCRACIA FORMAL

En esta parte, pretendemos discutir acerca de la forma tradicional o clásica de abordar la noción de la democracia, la cual nosotros denominaremos, para comenzar, como democracia formal. ¿Cuál es la definición de democracia formal? La democracia formal puede entenderse como la democracia procedimiento o democracia procedimental.³⁹

En este sentido, Sartori establece que la democracia es el "procedimiento y/o el mecanismo que: a) genera una poliarquía abierta cuya competencia en el mercado electoral; b) atribuye poder al pueblo, y c) específicamente impone la responsabilidad de los elegidos frente a los electores."⁴⁰

En esta misma línea, Ferrajoli indica que para un sector dominante de la doctrina, la democracia solo consistiría en métodos y reglas de atribución de poder para la toma de decisiones colectivas. Esta sería la definición procedimental de la democracia. En efecto, de acuerdo con Ferrajoli, la democracia procedimental "identifica a la democracia únicamente sobre la base de las formas y de los procedimientos idóneos para garantizar la voluntad popular: en otras palabras, sobre la base del "quién" (el pueblo o sus representantes) y del "cómo" (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, cualesquiera que ellos sean. Incluso un sistema en el cual se decidiese por mayoría la supresión de una minoría sería, a la luz de este criterio, "democrático".⁴¹ Justamente por ello, García considera que la democracia es una condición para la promoción y garantía de los derechos humanos, aunque no suficiente. Por esta razón, se le han atribuido a la democracia diversos calificativos, en orden a disminuir tal carencia, tales como "democracia absoluta por oposición a democracia relativa y democracia material frente a la democracia formal."⁴²

Bovero parecería confirmar esta afirmación de Ferrajoli en cuanto señala que la democracia es una forma de gobierno, donde lo procedimental es esencial. Así, Bovero afirma que en "la perspectiva de la teoría política, la democracia se coloca

³⁹ Sartori (1987), p.156.

⁴⁰ Sartori (1987), p.156.

⁴¹ Bovero y Ferrajoli (2020), p.13, en el mismo sentido Bobbio (2002), p.449.

⁴² García (2006), p.66.

naturalmente en el contexto de las formas de gobierno: el problema, en este ámbito, es el de la decisión colectiva y de sus posibles figuras y especies alternativas, una de las cuales es la forma democrática –una especie política, que comprende algunas subespecies–. De esta manera, la que Ferrajoli llama “democracia política” para mí es la democracia, sin más.”⁴³

Dicho de otro modo, Ferrajoli propone un modelo pluridimensional de democracia, en función del cual “el carácter representativo de un sistema político, asegurado por el sufragio universal y por el principio de la mayoría, es sólo un rasgo de la democracia. Este designa la dimensión política o formal de la democracia.”⁴⁴ Se necesitaría, además, de otras reglas y principios que confieran validez sustancial a las decisiones, tales como los derechos fundamentales y el principio de igualdad. Estas reglas y principios constituyen la dimensión sustancial de la democracia ya que equivalen a límites de contenido a los poderes de la mayoría.⁴⁵

En definitiva, la democracia material o sustancial incluye la democracia formal o procedimental. En otras palabras, la validez fundamental de los contenidos incorpora y supone la validez y cumplimiento de las reglas formales de los mecanismos de toma de decisiones públicas. Estas reglas formales serían las formas de ejercicio del derecho a sufragio y el principio de las mayorías. Sin embargo, una vez más, tal como lo ha sostenido Ferrajoli y lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocido caso Gelman (2011), esto no basta. En efecto, en el caso Gelman, los jueces interamericanos han sostenido lo siguiente:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus

⁴³ Bovero y Ferrajoli (2020), p.41.

⁴⁴ Bovero y Ferrajoli (2020), p.19.

⁴⁵ Bovero y Ferrajoli (2020), p.20.

características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.⁴⁶

La democracia material o sustancial se compondría de dos grandes partes. Una primera parte equivaldría a la participación sustancial en los procesos de toma de decisiones públicas, no únicamente mediante el ejercicio del derecho a sufragio, sino a lo largo de todo el *iter* democrático, esto es, en forma permanente y continuada, a lo largo de todo proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos y en todos los niveles de gobierno. Una segunda parte, se relaciona con los contenidos de lo decidido, es decir, implica que producto del contenido de la decisión emana la legitimidad de la misma. Dicho de otro modo, para la validez y legitimidad de las decisiones públicas, cualquiera que estas sean y cualquiera sea el nivel de gobierno de que se trate, estas deben respetar los derechos humanos, el principio de igualdad y de justicia. Cualquier decisión sobre los asuntos públicos que se aparte de esta exigencia de valor superior atenta contra el derecho humano a la democracia y la concepción más profunda de la democracia material o sustancial.

Por ello, casos como el de la ley de Pesca (Ley Longueira) en Chile entran dentro de ilícitos de corrupción política que implican un desvío del mandato popular y constituyen un fraude democrático que debería ser fuertemente sancionado⁴⁷.

⁴⁶ Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, par. 239.

⁴⁷ Ayala Córdova, Jorge: "Leyes de Pesca, captura del Estado y el testimonio de Longueira en el caso CORPESCA", en Ciper Chile, 30 de septiembre de 2020. Disponible en: <<https://www.ciperchile.cl/2020/09/30/leyes-de-pesca-captura-del-estado-y-el-testimonio-de-longueira-en-el-caso-corpesca/>> [Consultado el 27/11/2023]; Seguel, Alfredo: "Corrupción, cohecho y fraude: El historial de la llamada 'Ley Longueira'", en El Ciudadano, 2022. Disponible en: <<https://www.elciudadano.com/actualidad/corruccion-cohecho-y-fraude-el-historial-de-la-llamada-ley-longueira/08/09/>> [Consultado el 27/11/2023]; Espina, Raúl: "Tramitación para derogar Ley Longueira por corrupción remueve las aguas del Rechazo a semanas del plebiscito", en El Mostrador, 18 de agosto 2022. Disponible en: <<https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2022/08/18/tramitacion-para-derogar-ley-longueira-por-corruccion-remueve-las-aguas-del-rechazo-a-semanas-del-plebiscito/>> [Consultado el 27/11/2023]

Sin lugar a dudas, la transparencia en la gestión pública es una de las grandes claves. Así, Chávez establece que es una obligación de los Estados crear y velar por mejores mecanismos de transparencia en la gestión pública. En efecto, Chávez afirma que la “existencia de mecanismos que contribuyan a verificar el cumplimiento de determinados estándares de transparencia en la gestión pública es una responsabilidad de los Estados parte al asumir compromisos frente a la comunidad internacional y a nivel interno, realizando los ajustes necesarios e incorporando la normatividad necesaria para el cumplimiento de dicho fin.”⁴⁸

No cabe duda que resulta necesario reforzar la normativa interna en materia de corrupción electoral, que desvirtúa la real manifestación de la voluntad del pueblo, pero con un enfoque ampliado o *lato sensu*, incorporando tanto la defensa de la democracia formal como de la democracia material: la delincuencia electoral pervierte los cimientos de la democracia y refuerza una cultura de desprecio de sus valores y reglas.⁴⁹

2.2. LA DEMOCRACIA MATERIAL: LA DEMOCRACIA COMO DERECHO HUMANO

En esta parte, intentaremos incorporar a la defensa de la democracia contra los ilícitos electorales –incluyendo la corrupción electoral–, la visión de la democracia material, esto es, la democracia como derecho humano. ¿Cuál es la definición de democracia material? La democracia material o sustancial incorpora dentro de su núcleo el contenido de la democracia como derecho humano, con todas las características de estos últimos.⁵⁰ En efecto, se trata de un derecho inmanente e inherente al individuo, de ejercicio continuado y permanente, que no tiene solución de continuidad, y cuyo ejercicio, evidentemente, no lo agota ni lo hace desaparecer.⁵¹ Los individuos siempre tienen en el derecho a la democracia o a participar en el proceso de construcción de las decisiones relativas a los asuntos públicos, se haya o no ejercido el derecho a sufragio tanto activo como pasivo.⁵²

⁴⁸ Chávez (2022), p.39.

⁴⁹ Cruz Blanca (2018), pp.6-7.

⁵⁰ Ferrajoli (2001), citado por Grijalva (2012), p.229.

⁵¹ Rodríguez (2014), p.215.

⁵² Rodríguez (2014), p.216.

En efecto, el enfoque tradicional del derecho a la democracia se traduce en el ejercicio periódico del derecho a voto.⁵³ Ese derecho se ejerce cada ciertos años – según lo establezca el orden jurídico interno para cada proceso electoral- y con la elección del representante, este derecho, ya no va a volver a ser puesto en práctica, sino años después, cuando llegue el nuevo período electoral. Es como si el ejercicio del derecho a la democracia quedara en pausa para ese individuo y los representantes electos se subrogaran en la persona del elector en el ejercicio de este derecho.⁵⁴

Nuestra visión implica que el ejercicio del derecho a la democracia, por la vía de la participación en el proceso electoral a través del derecho a voto, no agota ni precluye el derecho humano del individuo a participar en la dirección de los asuntos públicos. En consecuencia, el individuo siempre conserva, de manera inmanente, su derecho a participar activa y directamente en los procesos de toma de decisiones públicas.⁵⁵ En el caso de las autoridades electas, este derecho a la democracia se manifiesta también en el derecho a controlar y hacer responsable por sus actos –de corrupción, entre otros- permanentemente, en todo momento, en toda situación, por parte de cualquier individuo que forme parte del pueblo.⁵⁶ El derecho a la democracia es un derecho humano, por lo que, pueden ejercer este control y exigir responsabilidades, todos los individuos, no solo electores o aquellos que tengan reconocido el derecho a voto.⁵⁷ El derecho a la democracia como derecho humano implica, en consecuencia, el derecho al acceso a la información más amplia posible, el derecho al acceso a la participación más amplia posible y el derecho al acceso a la justicia más amplia posible.⁵⁸

Desde la arista interpretativa, el derecho a la democracia como derecho humano debe ser interpretado mínimamente en virtud del principio de interpretación

⁵³ Rodríguez (2014), p.216.

⁵⁴ Seleme cuestiona la existencia del derecho humano a la democracia en la medida que sus titulares sea la humanidad entera, más bien establece la existencia de un derecho a la democracia internacional, cuyos titulares son los Estados. Seleme (2012), p.323.

⁵⁵ Warren (2005), p.123.

⁵⁶ Warren (2005), p.112.

⁵⁷ Warren (2005), p.122.

⁵⁸ Caldera (2018), p.588.

pro homine o favor persona y el principio de interpretación conforme a la constitución y a los derechos humanos.⁵⁹

En cuanto a las fuentes del derecho humano a la democracia, cabe mencionar, en primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual, en su artículo 21.1. afirma que “[t]oda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”. Y, a continuación, en el artículo 21.3. realiza una aseveración contundente, al señalar que “[l]a voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

Desde la perspectiva de los instrumentos vinculantes, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 efectúa en su artículo 25, la misma afirmación contenida en el artículo 21.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con la precisión de que en esta disposición se establece el derecho de todas las personas a “participar en la dirección de los asuntos públicos”. Asimismo, el artículo 25.b) del PIDCP subraya la necesidad de que las elecciones sean auténticas y que garanticen la libre expresión de la voluntad de los electores. Y, en el caso interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969 señala en su artículo 23, exactamente lo mismo que en el artículo 25 del PIDCP.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional de derechos humanos, la Corte IDH ha establecido en su Opinión Consultiva N° 28/21 de 7 de junio de 2021, que “la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales”.⁶⁰ Este constituye una reiteración de su criterio establecido en la sentencia *Gelman vs. Uruguay*, de 2011⁶¹. Adicionalmente, los jueces interamericanos afirmado que la “participación política

⁵⁹ Pinto (1997), p.163.

⁶⁰ Corte IDH: *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28, par. 44.

⁶¹ Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, par. 239.

puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan de forma individual u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa"⁶².

Además, en su voto concurrente en la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Juez Alirio Abreu citando a Cançado Trindade señala que la democracia no abarca solo los procedimientos formales, sino que también la democracia de desarrollo, donde los derechos humanos son vehículos para alcanzar la igualdad de condición:

La democracia participativa, y en último análisis, el propio desarrollo humano, sólo son posibles en el marco de los derechos humanos... El concepto de democracia abarca hoy tanto la democracia política (con énfasis en los procesos democráticos formales) como "la democracia de desarrollo: en esta última 'los derechos civiles y políticos se consideran vehículos para hacer avanzar la igualdad de condición, no simplemente las oportunidades'. [...] La interrelación de los derechos humanos con la democracia en nuestros días encuentra expresión en las disposiciones de los propios instrumentos generales de derechos humanos en los planos global y regional."⁶³

Para Ferrajoli la dimensión formal de la democracia es un aspecto necesario pero no suficiente, ya que las decisiones en una sociedad democrática deben considerar las normas sustanciales, los derechos fundamentales:

De esta manera, el conjunto de estas normas sustanciales circunscribe aquella que tantas veces he denominado "esfera de lo indecible": la esfera de lo "indecidible que", determinada por el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo "indecidible que no", determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos. Sólo

⁶² Corte IDH: *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28, par. 60.

⁶³ Voto concurrente del Juez Alirio Abreu en la OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p.4.

aquello que está fuera de esta esfera es la “esfera de lo decidible” en cuyo interior es legítimo el ejercicio de los derechos de autonomía: de la autonomía política, mediada por la representación, en la producción de las decisiones públicas; de la autonomía privada, según las reglas del mercado, en la producción de las decisiones privadas. Principio de mayoría y libertad de emprender, discrecionalidad pública y disponibilidad privada, autodeterminación política y autodeterminación privada son, en suma, las reglas que presiden la esfera de lo decidible. Pero encuentran límites y vínculos insuperables en la esfera de lo indecidible.⁶⁴

¿Cuál es el rol en el concepto material de democracia de los derechos humanos? En el concepto material de democracia los derechos humanos constituyen su finalidad, ya que en ella se ejecutan un conjunto de valores y principios entre los que se encuentra la plena realización y garantía de los derechos fundamentales. En este sentido, García, citando a Garibaldi, señala que “la democracia no es un simple procedimiento formal de designación de gobernantes (democracia formal que supone la celebración de elecciones periódicas y el pluralismo político)”. Supone, además, ser considerada en un sentido material, es decir, como un continuo que no se agota con la celebración de elecciones sino que supone la realización de una serie de principios sustantivos dentro de los cuales estarían los derechos humanos.”⁶⁵ Esta consideración de la democracia desde la perspectiva de los derechos humanos o bien democracia en sentido material fue abordada, en una de sus primeras ocasiones, por Franck, quien postuló en 1992, el derecho emergente a la gobernanza democrática⁶⁶.

¿Cómo podría definirse el derecho humano a la democracia? ¿Sería un derecho individual o un derecho colectivo? ¿Podría decirse que el concepto de democracia material entiende la democracia como un derecho individual y colectivo a la vez, con una dimensión individual y social a la vez, que se encuentra indivisiblemente unido a todos los otros derechos humanos?

⁶⁴ Bovero y Ferrajoli (2020), p.22.

⁶⁵ García (2006), p.72, citando a Garibaldi (1984), pp.44 y ss.

⁶⁶ Franck, Thomas M.: “The Emerging Right to Democratic Governance”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 86, núm. 1, 1992, pp. 46-91; Marks, Susan: “What has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?”, in *The European Journal of International Law*, núm. 2, Vol. 22, 2011, pp. 507-524; Fox, Gregory H. and Roth, Brad R.: “The dual lives of “the emerging right to democratic governance””, in *Ajil Unbound*, Vol. 112, 2018, pp. 67-72.

La Resolución A/Res/60/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2005) contiene el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, que corresponde a la Reunión Plenaria de Alto Nivel del 60° periodo de sesiones de la Asamblea General. En ella se señala que la democracia es un valor universal que se desprende de la autodeterminación de los pueblos:

Reafirmamos que la democracia es un valor universal basado en la voluntad libremente expresada de los pueblos de determinar su propio sistema político, económico, social y cultural y su participación plena en todos los aspectos de su vida. Reafirmamos también que, si bien las democracias comparten características comunes, no existe un modelo único de democracia, y que éste no pertenece a ningún país o región, y reafirmamos la necesidad de respetar debidamente la soberanía y el derecho a la libre determinación. Destacamos que la democracia, el desarrollo y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son interdependientes y se refuerzan mutuamente.⁶⁷

El derecho humano a la democracia se encuentra explícitamente consagrado en la Carta Democrática Interamericana (2001) en su artículo 1°: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.”⁶⁸

El derecho humano a la democracia (HRD por su sigla en inglés) implica que las personas tienen el derecho a vivir en un Estado democrático de derecho, y es exigible respecto de la estructura institucional básica de las sociedades, como de los agentes estatales que ocupan posiciones de poder e influencia en esta estructura:

HRD submits that all human individuals have a positive moral claim to, firstly, live in a state that maintains the rule of law and, secondly, that this state is a democratic one. Those who are in the position to violate this universal human right are, on the one hand, fellow citizens (when they, for example, coercively prevent others from voting) and, more importantly, the state officials who have it in their hands to either actively promote reforms toward democracy or at least remove obstacles that lie in the path of such reforms. These requirements result in the positive claim that citizens have with respect

⁶⁷ A/Res/61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2005), par. 135.

⁶⁸ Carta Democrática Interamericana (2001).

to their society's basic institutional structure and with respect to those individual and collective agents who occupy those positions to influence its design.⁶⁹

Según Hanisch el derecho humano a la democracia es un derecho universal e individual que toda persona posee en cualquier momento y lugar:

HRD is a universal individual (not a collective) right that every (adult) human person actually has, everywhere and at all times. It is a moral right that consists in the claim, against those who are in the relevant positions of institutional power, to promote (or at least not to resist) the establishing and maintenance of a legal order that passes a minimum threshold of democratic standards. Citizens who live in a political society that honors HRD are regularly given the legally established and protected opportunity to decide, in free and fair elections, whether those in power should be replaced by others or not.⁷⁰

Christiano entiende que el derecho humano a la democracia se desprende del principio de igualdad. En efecto, en el ámbito nacional la democracia es el único espacio donde se realiza el derecho de las personas a ser tratadas como iguales en las decisiones comunes, mientras que a nivel internacional este derecho se manifiesta en 5 evidencias:

1) es un hecho que hay interdependencia internacional de los intereses de las personas, 2) que las personas tienen un interés político fundamental en disponer del poder para influir en las leyes e instituciones que regulan el entorno internacional, 3) que las personas aspiran a participar como iguales en la modelación del ambiente global, 4) que la organización de una democracia global no es actualmente una opción viable, por lo que sólo si los estados que participan en las decisiones internacionales son democráticos "puede decirse que el proceso legislativo internacional respeta el derecho de las personas a participar como iguales en la toma de decisiones", y 5) que sólo si los Estados participantes son democráticos se cumple el principio de trato igualitario en la producción de legislación internacional.⁷¹

⁶⁹Hanisch (2016), p.235.

⁷⁰Hanisch (2016), p.237-238.

⁷¹Valdés (2020), p.67, citando a Christiano (2013), pp. 308-316

¿Se visualiza algún choque entre el concepto de democracia material y democracia representativa? ¿Podría clasificarse la democracia representativa como una democracia puramente formal?

En la Carta Democrática Interamericana (2001) al consagrar el derecho a la democracia se refiere explícitamente a la democracia representativa. En su artículo 2 se establece que el ejercicio de la democracia representativa es la base del estado de derecho, mientras que en el artículo 3 se indican sus elementos esenciales:

Artículo 2

El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

Artículo 3

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.⁷²

Sin perjuicio de ello, Ferrajoli indica que lo representativo es netamente formal y, por ende, no suficiente, se debe estar también al contenido o sustancia de las decisiones para otorgarles legitimidad. Esta sustancia es constituida por los derechos fundamentales, "la esfera de lo indecible"⁷³:

Me limitaré a proponer una redefinición jurídica de "democracia", en función de la cual el carácter representativo de un sistema político, asegurado por el sufragio universal y por el principio de la mayoría, es sólo un rasgo de la democracia. Éste designa la dimensión política o formal de la democracia, determinada precisamente por las reglas que disciplinan las formas de las decisiones y que, por lo tanto, bien podemos llamar normas

⁷² Carta Democrática Interamericana (2001).

⁷³ Bovero y Ferrajoli (2020), p.21.

formales sobre la producción. Con base en estas reglas, la legitimidad democrática de cada decisión se funda, directa o indirectamente, en procedimientos idóneos para garantizar su conformidad a la voluntad de la mayoría de los ciudadanos.⁷⁴

Acuña considera que la dimensión formal es parte intrínseca de la democracia, pero no es suficiente, y debe ser completada por su dimensión sustancial, que se refiere a la promoción, respeto y garantía de los derechos fundamentales. En efecto, Acuña sostiene que la "dimensión formal es condición necesaria de la democracia mas no suficiente, pues debe ser completada con la dimensión sustancial, conformada por los derechos fundamentales y que plasman al interior del modelo la idea de límites o vínculos sustantivos para las decisiones democráticas. Los derechos fundamentales determinan la esfera de lo indecible que sí y de lo indecible que no; determinan aquello que las decisiones democráticas no pueden decidir y lo que no pueden dejar de decidir."⁷⁵

CONCLUSIONES

Los ilícitos electorales sin duda constituyen una grave desviación del poder público, alteran en forma significativa la voluntad popular, afectando el normal funcionamiento de la democracia. En estos casos el Estado de derecho se ve puesto en tela de juicio. Sin embargo, la aproximación del ordenamiento jurídico a los ilícitos electorales es más bien feble, tímida y clemente. Este sería el caso, al menos, del ordenamiento jurídico chileno.

Una de las razones posibles para explicar aquello es que el legislador y el resto de los órganos del Estado, al momento de tener que regular, aplicar, e interpretar las acciones u omisiones constitutivas de este tipo de ilícitos penales tiene como razón de fondo la visión de una democracia procedimental o entendida como mecanismos de toma de decisiones. Y se deja de lado, una visión mucho más profunda y grave del

⁷⁴ Bovero y Ferrajoli (2020), p.19.

⁷⁵ Acuña (2014), p. 6; Rentería, Adrian: "Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli", en Isonomía núm. 19, 2003, pp. 227 - 240; Alterio, Ana Micaela: "La "esfera de lo indecible" en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: Un análisis crítico", en Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, núm. 13, 2011, pp. 3-36.

bien jurídico afectado. Entendemos que se afecta la democracia, pero no como procedimiento, sino más bien como un verdadero derecho humano: el derecho humano a la democracia. Esta segunda aproximación a la democracia es lo que denominamos democracia material y que también se califica como democracia sustancial. Cabe hacer presente a este respecto que, en virtud del principio de indivisibilidad e interrelación, la vulneración del derecho humano a la democracia implica la violación de otros derechos humanos y produce un impacto en el goce y ejercicio efectivo de otros derechos humanos.

En consecuencia, si se abordara el tratamiento de los ilícitos electorales como lo que realmente son, en sustancia, una violación del derecho humano a la democracia y de otros derechos por aplicación de la indivisibilidad, la respuesta del Estado sería mucho más fuerte, con carácter global y decidida. Se abarcaría la respuesta no sólo desde la perspectiva de por sí limitada de la sanción penal tradicional, sino que podría conglobarse con medidas punitivas adecuadas, esto es, que estén al nivel de la gravedad de la ilicitud del hecho, constitutivo de una violación grave a los derechos humanos. Por ello, se podrían incluir dentro de estas medidas de reacción y respuesta al ilícito electoral, conceptos claves que enriquecerían la sanción, como por ejemplo, la reparación y la garantía de no repetición. Resta por ver si legisladores y órganos del Estado asumen esta visión de la necesidad de proteger la democracia material o sustancial.

REFERENCIAS

ACUÑA, Juan Manuel. Democracia y Derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. n. 30, p. 3-23, 2014.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de política**. Siglo XXI, 13° edición, v.1, 2002.

BOVERO, Michelangelo; FERRAJOLI, Luigi. **Teoría de la democracia**: dos perspectivas comparadas. Conferencias Magistrales, Instituto Nacional Electoral, México, 2020.

CHÁVEZ, Tatiana. Corrupción, democracia y derechos humanos. **Ius Inkarrí Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**, v.11, n. 12, p. 29-68, 2022.

GARCÍA, Daniel. El concepto de democracia en derecho internacional. **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, n.14, p. 66-86, 2006.

HANISCH, Christoph. A human right to democracy: for and against. **Saint Louis University Public Law Review**, v. XXXV, p.233-256, 2016.

JARAMILLO, Nicolás. ¿Existe alguna relación entre la corrupción política y la democracia? Breve reflexión teórica dirigida a establecer sus posibles articulaciones. **Revista OPERA - Observatorio de Políticas, Ejecución y Resultados de la Administración Pública**, n.11, p. 241-257, 2011.

MALDONADO, Francisco. Delitos cometidos en torno al desarrollo de los procesos electorales: consideraciones sobre sus fundamentos y sistematización. **Revista Ius et Praxis**, año 24, n.3, 2018.

MÁRQUEZ- REGALADO, Socorro; RAMÍREZ-TARANGO, Rodrigo; MEDRÁN, Román. Aproximación a un concepto material de democracia, a partir de los elementos fundamentales destacados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista CONfines**, año 17, n.33, p.11-34, 2021.

MUÑOZ, Jordi. El precio electoral de la corrupción: ¿Por qué los votantes la castigan tan poco. **Revista Pasajes**, n.42, p.22-31, 2013.

SARTORI, Giovanni. Democracia. **Revista de Ciencia Política**, v.13, p.117-151, 1991.

SARTORI, Giovanni. **The theory of democracy revisited**. Chatham. 1987.

VALDÉZ, Francisco. Derechos humanos, democracia y Estado en la tercera ola de la autocracia. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales Nueva Época**, año LXV, n. 239, p.61-84, 2020.

CONVENIOS/PACTOS/OTROS

A/Res/61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2005)

Carta Democrática Interamericana (2001)

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)

Convención Interamericana contra la Corrupción (1996)

Voto concurrente del Juez Alirio Abreu en la OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

8. DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL SUSTENTÁVEL



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-08>

Carlos Luiz Strapazzon¹

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tenho tido a honra de escrever artigos de opinião para a coluna "Transição Sustentável" do Portal Paraná, onde abordo questões cruciais relacionadas à transição sustentável, um dos maiores desafios da agenda 2030. A transição sustentável envolve uma série de mudanças econômicas, sociais, políticas e ambientais necessárias para garantir um futuro mais equilibrado e justo para todos. Agora, alguns desses artigos serão publicados na forma de um capítulo para o livro da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (RED-IDD), uma iniciativa que visa promover o debate e a reflexão sobre direitos fundamentais e democracia na América Latina. Neste capítulo, apresento uma série de artigos que exploram diferentes aspectos da transição sustentável, destacando a importância de uma abordagem integrada e bem planejada para enfrentar os desafios globais. Os temas abordados incluem:

1. O custo brutal de uma transição mal feita: neste tópico discuto as consequências econômicas e sociais de uma transição sustentável mal planejada, enfatizando a necessidade de políticas bem estruturadas para evitar impactos negativos.

2. Início do fim: a política global do clima para os próximos anos: aqui analiso a COP28 das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, de 2023, em Dubai, nos

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Estágio de Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor de Direito Constitucional, Direito da Segurança Social e Direito das Finanças Públicas na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Professor de Direito Constitucional, Direito do Desenvolvimento, Políticas Públicas e de Finanças Sustentáveis na Universidade Positivo (UP). Professor convidado do Programa de Doutorado em Direito da Universidad de Talca, Chile (2018, 2023, 2024), do Programa de Master da Università di Roma "La Sapienza", Itália (2024), do Programa de Doutorado da Universidade de Granada, Espanha (2022 e 2023). Email: strapazzon.carlos.luiz@gmail.com.

Emirados Árabes Unidos das políticas climáticas globais emergentes e suas implicações para o futuro, destacando as ações necessárias para mitigar as mudanças climáticas.

3. Por que o Banco Central está preocupado com mudanças climáticas?: exploro as razões pelas quais instituições financeiras, como o Banco Central, estão cada vez mais preocupadas com os riscos associados às mudanças climáticas e como isso afeta a economia global.

4. A reforma tributária da transição sustentável: este tópico discute a reforma tributária promovida pela EC 132, de 2023 e seu apoio inédito à transição sustentável, promovendo incentivos para práticas ecológicas e penalizando atividades prejudiciais ao meio ambiente.

5. Transição energética: o momento e as tendências: Analisa o estado atual da transição energética, as tendências emergentes e as oportunidades para acelerar a adoção de fontes de energia renováveis.

6. Cidades sustentáveis e pessoas em situação de rua: Aborda a questão das pessoas em situação de rua no Brasil no contexto das cidades sustentáveis, propondo soluções inclusivas que garantam o bem-estar de todos os cidadãos.

7. Eleições na cidade mais inteligente do mundo: Examina o impacto das eleições em cidades inteligentes, com especial atenção ao caso das eleições municipais de 2024 em Curitiba, explorando especialmente questões de gênero na estrutura partidária e nas candidaturas.

Cada uma dessas colunas oferece uma perspectiva especial sobre os desafios e oportunidades da transição sustentável, contribuindo para um debate mais amplo sobre como podemos construir um futuro mais sustentável e equitativo. Espero que o texto inspire reflexões e ações concretas no campo dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais já vigentes.

1 A TRANSIÇÃO SUSTENTÁVEL

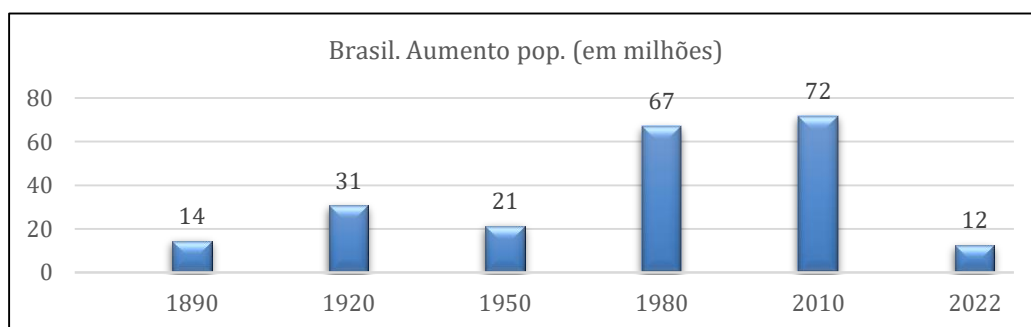
Cada pessoa possui habilidades e oportunidades únicas para mudar e se desenvolver. As mudanças, no entanto, são processos difíceis. E a direção que

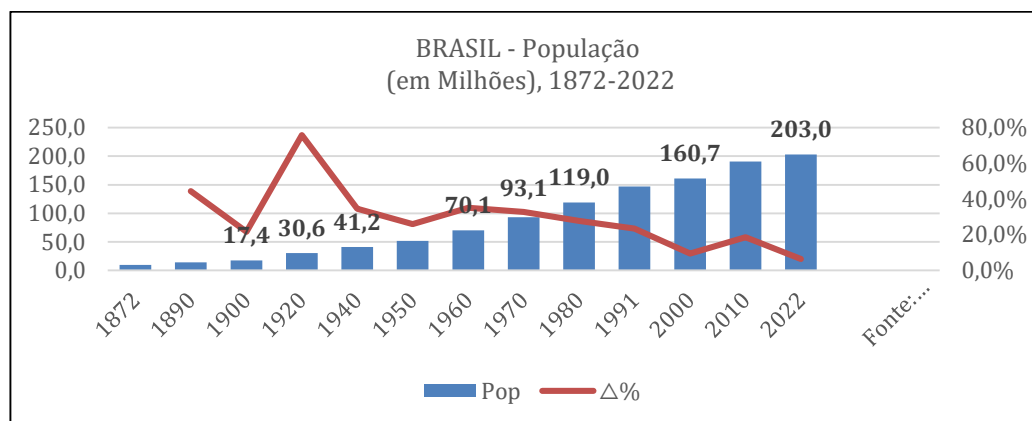
tomam depende das experiências acumuladas, das influências do ambiente e de desejos muito pessoais.

No entanto, essa visão individualizada das mudanças nem sempre explica as transformações que afetam sociedades inteiras. Frequentemente, as sociedades passam por mudanças motivadas por razões completamente alheias às experiências, ambiente e desejos individuais. Muitas das mudanças mais significativas ocorrem sem aviso prévio, instalando-se silenciosamente, pegando a maioria das pessoas despreparada para lidar com as novidades.

O descompasso entre a mudança que chega e o nível de expectativas, de preparação e de desejos pessoais pode ser catastrófico em muitos casos. Exemplo disso é o caso da pandemia da Covid. Mas o caso das migrações coletivas por causa de oportunidades noutras regiões também ensinam.

Basta ver a grande transição da zona rural para a urbana, ocorrida no Brasil entre os anos 50 a 70 do século passado. Esta migração em busca de uma vida melhor nas capitais e em cidades maiores resultou no inchaço e na favelização das regiões metropolitanas do país, acumulando problemas socioeconômicos que persistem até hoje sem solução. Outra transição que nos surpreendeu foi a demográfica. A partir de 1950, o aumento populacional no Brasil foi impactante, trazendo desafios inesperados para o país.





Contudo, outros eventos podem desencadear mudanças profundas: catástrofes ambientais, crises econômicas, transformações tecnológicas e mudanças climáticas são grandes candidatos.

Na verdade, o mundo já tem um encontro marcado com a grande transição motivada pelas mudanças climáticas. Três datas já foram agendadas: 2030, 2050 e 2100. O trem partiu da estação em 2015 e, desde então, novas leis, políticas públicas, avaliações de riscos por empresas, mobilização de recursos financeiros por bancos e investidores, além de estatísticas especializadas por organismos internacionais, governos, bolsas de valores, agências de risco e mídia especializada têm surgido. Uma explosão de inovações está transformando nosso mundo. A viagem começou. Estamos a caminho.

Para facilitar a transição sustentável no Brasil, precisaremos contextualizar a educação escolar e também garantir que informações confiáveis circulem fora do ambiente acadêmico. A interpretação adequada de informações desempenha um papel fundamental na tomada de decisões, por isso é crucial desenvolver habilidades que permitam que mais pessoas tenham meios de reunir e interpretar informações confiáveis.

Além disso, promover o aprendizado informal e comunitário sobre práticas sustentáveis é fundamental. Isso inclui incentivar a troca de conhecimentos entre cidadãos em projetos sustentáveis práticos, abrangendo desde a partilha de práticas de consumo e reciclagem, de conservação de energia até a adoção de técnicas de produção sustentável de bens e serviços, bem de como práticas agrícolas e de uso

do solo. Essa abordagem deve envolver famílias, empresas, municípios, estados e países.

Para acompanhar o progresso na adoção dessas práticas, também é necessário aprimorar os sistemas de avaliação contínua, de forma a auxiliar pessoas, empresas e governos a monitorar os avanços e riscos. E precisaremos de paciência, e de muita persistência. Mas isso tudo reunido tem o poder de criar ciclos contínuos de aprendizado que devem guiar nossas ações futuras, melhorando nossa jornada durante essa transição.

Longe de teorias complicadas, todos precisamos compreender melhor como aprender com mudanças em situações da vida real. E precisamos aprimorar a circulação de informação útil sobre essa grande transição baseada nas mudanças climáticas. E que não vem só, pois estamos imersos numa colossal mudança tecnológica que está se espalhando por todos os lados. Precisamos aprimorar nosso modo de ver isso tudo com informações relevantes para o nosso cotidiano.

2 O CUSTO BRUTAL DE UMA TRANSIÇÃO MAL FEITA

Neste ano, foram 86 dias com temperaturas superiores a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais. Não apenas setembro/23 foi o mês mais quente de todos, mas as temperaturas médias globais atingiram 1,8°C acima dos níveis pré-industriais (Unep, 2023). Esses recordes foram acompanhados por eventos climáticos devastadores, que o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) vem alertando. E isso parece ser, apenas, um começo modesto diante da força e dos custos brutais que a transição mal feita implicará.

O Relatório Mundial de Investimento da UNCTAD (2023), publicado em 21.11.2023, revela o atraso e a falta de investimentos em todos os setores econômicos. Em 2015 faltavam de USD 2,5 trilhões, a.a. e agora faltam USD 4 trilhões a.a. para chegarmos em 2030 com uma sociedade mundial sustentável. Os setores onde mais faltam investimentos são energia, água e infraestrutura de transporte.

Outro relatório importante deste ano é o *State of Climate Action* (2023), publicado em 14.11.23. Nele também se lê que os esforços globais para limitar o aquecimento a 1,5°C estão falhando em todos os setores, exceto nas vendas de

carros elétricos de passeio. Os dois relatórios de investimentos mostram que a mobilização de recursos está ficando abaixo do ritmo e da escala necessários para enfrentar a crise climática e a elevação de temperatura.

No Brasil, o estudo mais sólido e recente sobre o tema da transição foi publicado em fevereiro de 2023 (Bello *et al.*, 2023). Confirma o que já era sabido: que o perfil de emissões de Gases com Efeito Estufa (GEE) do Brasil é completamente diferente dos países desenvolvidos. No Brasil, só 31% das emissões de GEE tem origem no uso de energia (nos países desenvolvidos é 76%). Por outro lado, temos 62% das emissões vindas do uso irracional da terra (queimadas e desmatamento ilegal). Isso significa que aqui, a transição para a sociedade sustentável precisa conciliar interesses da agropecuária, do setor energético e de biodiversidade.

No Brasil, precisamos de ações que equilibrem o aumento na demanda por energia (até 2030 vai dobrar em relação a hoje) com o fim do desmatamento ilegal, além de atualização da legislação.

O Relatório sobre o Brasil indica que até 2050 as fontes renováveis superarão a participação de 70% de demanda de energia primária. A biomassa será a fonte que ganhará maior participação na matriz energética, seguida por eólica e solar. E o óleo e gás será a fonte que mais reduzirá sua participação.

Contudo, no caso do Brasil não há solução tecnicamente viável e realista para atingir a neutralidade de carbono até 2050, sem a eliminação do desmatamento ilegal até 2030. Mesmo que adotemos todas as tecnologias possíveis até 2050, não seria possível compensar, de forma realista, as altas emissões que vêm do desmatamento ilegal e de queimadas.

A interrupção do desmatamento ilegal é uma medida essencial, pois evitará a emissão de 21 gigatoneladas de dióxido de carbono (CO₂) até 2050. No entanto, caso o desmatamento ilegal persista, teremos de comprar créditos de carbono e isso pode custar entre USD 680 bilhões a até USD 3,4 trilhões.

Essa é quantia que seria necessária para o Brasil cumprir os compromissos assumidos internacionalmente. E não faz o menor sentido. O fim do desmatamento ilegal é uma condição crucial para nosso país evitar custos colossais e gerar oportunidades inovadoras de negócios.

A 8ª edição do Fórum Mundial de Investimentos (WIF) da UNCTAD ocorreu em Abu Dhabi entre 16 a 20 de outubro de 2023. O encontro reuniu 8.000 participantes, incluindo autoridades governamentais, organizações internacionais, formuladores de políticas, 700 CEOs e investidores, fundos soberanos, bolsas de valores sustentáveis e principais atores dos mercados de capitais.

Foi divulgado que desde a adoção do Acordo de Paris, em 2015, os investimentos internacionais em energias renováveis quase triplicaram em países desenvolvidos. E que, em todo o mundo, dois terços dos países adotaram políticas de energia renovável. Além disso, que as economias desenvolvidas e emergentes já adotam mecanismos de promoção de investimentos privados em mais de 70% das políticas de energia renovável.

Para uma transição bem-feita, o que o mundo desenvolvido precisa fazer nos próximos 7 anos?

- 1 investimentos expressivos em energia renovável,
- 2 abandonar gradualmente os combustíveis fósseis
- 3 adotar fontes de energia mais limpas.
- 4 investir em países em desenvolvimento, para que possam crescer e, ao mesmo tempo, realizar as metas globais da transição sustentável.

E o Brasil, o que precisa fazer nos próximos 7 anos?

- 1 Assegurar que a transição seja justa, ou seja, que os custos de desmatamento ilegal e de queimadas não sejam transferidos para toda a sociedade;
- 2 Criar infraestrutura para lidar com riscos climáticos que devem afetar nossa agricultura, nossa infraestrutura urbana e o sistema financeiro que empresta dinheiro a negócios expostos a mudanças climáticas;
- 3 Zerar o desmatamento ilegal até 2028 e recuperar áreas degradadas;
- 4 Adotar uma nova agenda energética segura e limpa;
- 5 Criar mercados de crédito de descarbonização;
- 6 Promover pesquisas, tecnologias e modelos de negócios com foco na redução de emissões e remoção de carbono de emissões de gases de efeito estufa.
- 7 Disseminar informações sobre o potencial econômico de todos os setores e de todos os municípios, estados e regiões do Brasil.

8 Promover pesquisas, tecnologias e modelos de negócios geradores de resiliência climática.

3 INÍCIO DO FIM: A POLÍTICA GLOBAL DO CLIMA PARA OS PRÓXIMOS ANOS

A COP28 das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas terminou em 13.12.2023, em Dubai, nos Emirados Árabes Unidos.

Estiveram presentes 154 chefes de Estado. Minha avaliação é que o diálogo com a sociedade melhorou muito neste encontro. Cerca de 85 mil participantes estiveram na COP28 para compartilhar ideias, soluções e construir parcerias e coalizões.

Estava em jogo um plano coordenado para intensificar a ação climática antes do final desta década. O objetivo geral era avançar nos acordos sobre produção e consumo para reduzir o nível atual de danos ao planeta e manter o aumento da temperatura global em níveis toleráveis. Sabemos que nosso planeta aqueceu mais de 1 grau Celsius desde a era pré-industrial, como resultado de queima de combustíveis fósseis, desmatamento e uso insustentável de recursos. Agora temos um acordo global que aponta para o "início do fim" dos combustíveis fósseis.

O coordenador chefe da equipe que monitora as tendências das mudanças climáticas (IPCC), Jim Skea (2023), falou na abertura da COP28 que o relatório de lacunas, divulgado há poucos dias pela ONU, mostra que se continuarmos com as políticas atuais estamos caminhando para o aumento médio de 3° C da temperatura de todo o planeta até o fim do século. Uma enorme catástrofe. Reforçando essa linha de raciocínio, a Conferência de Dubai reconheceu que os países estão fora do caminho. Não tem volta: as emissões globais de gases de efeito estufa precisam ser reduzidas em 43% até 2030, em comparação com os níveis de 2019.

A EMBRAPA, do Brasil, explica que num cenário moderado o aumento da temperatura terrestre, até o fim do século, estaria entre 1,4°C e 3,1°C, e a elevação do nível do mar ficaria entre 33 cm e 63 cm. E um cenário pessimista o aumento da temperatura terrestre estaria entre 3,2°C e 5,4°C, e a elevação do nível do mar ficaria maior.

Nesta Conferência de Dubai foi prioridade o Objetivo Global de Adaptação (GGA) definido pelo artigo 7 do Acordo de Paris em 2015. Uma proposta do novo GGA é que todos os países desenvolvam planos de adaptação e avaliações de impacto, riscos e vulnerabilidades, integrando sistemas de monitoramento e avaliação. Metas temáticas, abrangendo recursos hídricos, segurança alimentar, saúde, cidades, infraestrutura, ecossistemas, entre outros, também foram estabelecidas.

O governo brasileiro, por meio do Min. da Ciência e Tecnologia, destaca a consonância entre essa agenda internacional e o Plano Clima – Adaptação no Brasil, que delineia uma estratégia geral e planos setoriais para o período de 2024 a 2035 no Brasil. “O compromisso que acabamos de assumir redireciona nossas ambições, mas também nossas responsabilidades. O nosso comprometimento em todas as suas dimensões: mitigação, adaptação e meios de implementação, alinhados a 1,5°C, são agora incontornáveis”, discursou a ministra Marina Silva (Brasil, 2023) na plenária final da cúpula.

A COP28 lançou o Mapa do Caminho para a Missão 1,5°C, para reforçar a cooperação internacional e o incentivo para que os países apresentem metas climáticas mais ambiciosas na COP30.

São metas para serem atingidas até 2030:

- 1 Adotar uma abordagem justa, ordenada e equitativa.
- 2 Liderança dos Países Desenvolvidos no movimento de transição
- 3 Triplicar o uso de energias renováveis.
- 4 Duplicar a melhoria da eficiência energética.
- 5 Reduzir o uso da energia a carvão
- 6 Eliminar gradualmente os subsídios a combustíveis fósseis.
- 7 Criar medidas para impulsionar a transição dos combustíveis fósseis.

Quanto custa? Quem paga?

Nesta Conferência de Dubai foi decidido que países desenvolvidos devem alocar US\$ 700 milhões para o fundo de perdas e danos. O que é bom e ruim, ao mesmo tempo, pois significa que estamos de acordo que teremos de pagar por estragos imensos que poderiam ter sido evitados com medidas preventivas. São

recursos para a assistência técnica a países em desenvolvimento que são particularmente vulneráveis aos efeitos adversos das alterações climáticas

Ficou decidido também que o Fundo Verde para o Clima (GCF) receberá US\$ 12,8 bilhões com aportes de 31 países. É a melhor promessa já feita num evento desse tipo.

Apesar de serem iniciativas bem-vindas, o Balanço Global redigido no evento observa que essas promessas estão bem abaixo do necessário. Faltam muitos zeros nessa conta.

O FMI divulgou, em novembro de 2023², que o caminho para a neutralidade de emissões de carbono até 2050 exige que os investimentos de baixo carbono aumentem de US\$ 900 bilhões atuais para US\$ 5 trilhões anuais até 2030. Desse número, os países emergentes e em desenvolvimento precisam de US\$ 2 trilhões anuais, um aumento de cinco vezes em relação a que temos hoje. Mesmo que as economias avançadas superem sua promessa de fornecer US\$ 100 bilhões por ano, a maior parte desse financiamento adicional precisará vir do setor privado. As análises mostram que a participação do setor privado no financiamento climático precisa aumentar de 40 % para 90% do total em países em desenvolvimento, até 2030.

Isso significa que temos pela frente a necessidade de uma ampla combinação de políticas para superar barreiras como o câmbio e os riscos políticos, mercados de capitais subdesenvolvidos e poucos projetos investidos.

Neste momento (dezembro de 2023) está claro que o planejamento “desse início do fim” iniciado em 2023 precisa acelerar até 2025.

Os próximos dois anos serão críticos. Na COP29, os governos devem estabelecer uma nova meta de financiamento climático que reflita a escala e a urgência da crise climática em que nos metemos. E na COP30, do Brasil, todos devem vir preparados com novas metas nacionais, que cubram redução de emissão de todos os gases de efeito estufa e estejam totalmente alinhadas com o limite de temperatura de 1,5°C.

² Mundo precisa de mais ambição política, fundos privados e inovação para cumprir as metas climáticas (imf.org)

4 POR QUE O BANCO CENTRAL ESTÁ PREOCUPADO COM MUDANÇAS CLIMÁTICAS?

Há poucos dias o Fórum Econômico Mundial divulgou o Relatório de Riscos Globais, edição 2024. No curto prazo (2 anos), o maior risco identificado para a humanidade são a manipulação de informações e a falta de informação e os maiores riscos não são ambientais. Entretanto, num prazo mais longo (10 anos) as principais ameaças estão diretamente relacionadas com o clima e perda da biodiversidade.

Outro relatório recente, agora de uma das maiores seguradoras do mundo (a Munich RE), mostra que em 2023, em todo o mundo, os desastres naturais resultaram em perdas de cerca de USD 250 bilhões, mais de 74.000 mortes e perdas seguradas de apenas USD 95 bilhões. O relatório aponta que as tempestades na América do Norte e na Europa foram mais destrutivas do que nunca, com perdas globais de USD 76 bilhões e perdas seguradas de USD 58 bilhões. Além disso, vimos que 2023 foi o ano mais quente de todos os tempos, com muitos recordes regionais quebrados.

Os bancos centrais de todo o mundo entenderam o recado. Estão olhando seriamente para o cenário de mudança climática e de perda de biodiversidade. E estão se mobilizando de modo coordenado.

Quem prestar atenção no nosso BACEN vai notar que várias estratégias estão sendo adotadas para integrar a natureza à política monetária e ao dia a dia das instituições financeiras. No Brasil, esse tema veio com força a partir de 2020. Desde lá, o BACEN está assumindo a liderança na promoção da sustentabilidade do sistema financeiro brasileiro.

Não é novidade que o Banco Central do Brasil tem a missão de controlar a inflação e de garantir a estabilidade e a liquidez de todo o sistema financeiro. Mas por que o BC está agora preocupado com mudanças climáticas e o meio ambiente? Vai ver que é porque está mais claro que as mudanças climáticas podem pressionar a inflação, a estabilidade e a liquidez de todo o sistema financeiro. Vai ver que é por causa dos efeitos econômicos dessa onda. Isso é até meio óbvio, não?

A nova política de sustentabilidade do BACEN tem objetivos para o próprio BACEN e vários objetivos para todas as instituições financeiras. Vai exigir incorporação de cenários de riscos climáticos no planejamento, metodologia de testes de estresse climático para avaliar riscos financeiros diretos e indiretos das

mudanças climáticas. Além disso, o BC tem o objetivo de criar e aprimorar a linha financeira de liquidez sustentável para instituições bancárias e uma nova agenda para o Agro, que inclui a criação de um bureau verde do crédito rural, que substituirá o Sistema de Operações do Crédito Rural e do Proagro (Sicor), num formato de open banking. Essas ações do BACEN estão aí para promover as finanças sustentáveis no Brasil. Isso significa que todo o sistema financeiro vai aprender a gerenciar riscos socioambientais e climáticos e integrar esses temas nas suas decisões diárias.

A publicação, pelo BACEN, dos Relatórios de Riscos e Oportunidades Sociais, Ambientais e Climáticos, o RIS, tem dado melhor compreensão de todo o trabalho que vem sendo feito. A edição do RIS2023, mostra as seguintes ações já realizadas para cumprir esses objetivos da Agenda Sustentável do BC.

Veja só a síntese:

1 O BACEN ampliou a orientação de divulgação de informações por parte das instituições financeiras, seguindo diretrizes da Força-Tarefa Internacional de divulgação de relatórios financeiros relacionados com mudanças climáticas (TCFD);

2 O BACEN aprimorou o monitoramento das operações de crédito rural, com avanços no Projeto FiBraS (Finanças Brasileiras Sustentáveis)

3 Recentemente, o BACEN abriu o Sistema de Consulta e Autorização de Acesso às Operações de Crédito Rural (CACR);

4 Promoveu ajustes no registro contábil de investimentos em créditos de carbono e demais ativos de sustentabilidade;

5 O BC também elaborou nova Instrução Normativa com orientações para a comercialização do ouro com efeitos indiretos no desmatamento e à mineração ilegal;

6 Aperfeiçoou a avaliação dos Riscos Sociais, Ambientais e Climáticos (RSAC) no Sistema de Avaliação de Riscos e Controles (SRC);

7 Realizou testes de estresse climático para analisar efeitos de chuvas intensas e secas extremas sobre as IF (chamado de risco climático) e para saber como a transição para uma sociedade sustentável vai afetar a carteira de crédito do SFN (chamado de risco de transição)

A meu ver, essa liderança do BACEN na promoção da sustentabilidade no contexto do sistema financeiro brasileiro é muito bem-vinda. Ademais, é silenciosa, técnica, útil, de baixo custo e muito relevante. Está alinhando o Brasil com as melhores práticas internacionais em finanças sustentáveis. Está olhando para um sério problema global e fazendo o que lhe cabe, no contexto nacional.

5 A REFORMA TRIBUTÁRIA DA TRANSIÇÃO SUSTENTÁVEL

A Reforma Tributária aprovada em dezembro de 2023 é a primeira preocupada com a transição sustentável. Essa Reforma introduzida pela Emenda Constitucional n. 132/2023 incluiu 322 mudanças no texto da Constituição da República, sendo 164 dispositivos alterados no texto permanente e 158 alterações no ADCT. Além disso, adicionou mais 164 dispositivos autônomos na EC 132, ou seja, dispositivos que não alteram o texto permanente ou transitório da Constituição, mas regulam aspectos transitórios da reforma tributária.

Assim, de um ponto de vista quantitativo, a reforma promovida pela EC 132/2023 introduziu 486 novas regras tributárias com *status* constitucional.

É uma reforma grande e desafiadora.

Desafiadora porque precisa lidar com muitas complexidades:

- 1 Introdução de um IVA dual: de um lado, o aspecto da autonomia federativa, de outro, a real capacidade de travar a carga tributária em 26,5%.
- 2 Coexistência de Sistemas Tributários durante a transição.
- 3 Manutenção da Carga Tributária.
- 4 Regulamentação: de alíquotas, regimes especiais e definições específicas.
- 5 Impacto nas regiões menos desenvolvidas.
- 6 Resistência de setores específicos que atualmente se beneficiam de carga tributária reduzida.
- 7 Adaptação das Empresas.
- 8 Migração de Investimentos: A mudança na destinação da arrecadação pode levar à migração de investimentos para áreas com maior concentração populacional.

Um desafio excepcional, como veremos, é o inédito alinhamento da política tributária brasileira com a agenda da transição sustentável.

Sabemos que artigo 225 da Constituição da República é um marco nessa articulação do direito constitucional com a agenda do desenvolvimento nacional com sustentabilidade ambiental.

Em 1988, o direito constitucional brasileiro incorporou o direito de todos a um ambiente ecologicamente equilibrado e impôs o dever ao Poder Público e à coletividade de protegê-lo.

O meio ambiente será ecologicamente equilibrado se a intervenção humana na biodiversidade for equilibrada, isto é, se não alterar o equilíbrio das funções ecológicas da fauna, flora, terra, água, ar e clima.

O direito constitucional estabelecido no Art. 225 da CR protege esse objetivo da sociedade brasileira. Desrespeitá-lo (por omissão ou por ação) é uma forma de afrontar-nos como sociedade e deve ter reação enérgica das instituições democráticas e republicanas.

Com a Reforma Tributária de 2023, o Art. 225 foi alterado. Agora foi acrescido nele um novo inciso (VIII) que articula o programa ambiental do Estado brasileiro com a política tributária: para realizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Brasil deve criar regras tributárias que favoreçam a produção e o consumo de biocombustíveis e hidrogênio de baixa emissão de carbono.

Essa mudança é significativa, porque orienta toda a política tributária na direção da agenda global da mudança climática e para uma transição energética que visa criar uma economia movida por energia com baixa emissão de gases com efeito estufa (GEE). Ou seja, é uma nova e vigorosa articulação entre desenvolvimento econômico e ambiental sendo desenhada por regras tributárias.

Sabemos que a União Federal pode promover políticas de desenvolvimento regionalizado com tarifas especiais, seguros, preços de serviços públicos, juros favorecidos para o crédito bancário. A União também pode isentar determinadas atividades, reduzir alíquotas, prorrogar o pagamento de tributos federais.

A partir de 2023, todos os incentivos tributários da União para o desenvolvimento regional devem considerar critérios de sustentabilidade ambiental e redução das emissões de carbono.

Um reforço a essa temática do desenvolvimento regional veio com a criação do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional (FNDR). Esse fundo está na Constituição e será mantido pela União que destinará recursos a Estados e Distrito Federal para estudos, projetos e obras de infraestrutura; para fomentar atividades produtivas com potencial de geração de emprego e renda em setores estratégicos para o crescimento e inclusão social e para promover desenvolvimento científico, tecnológico e inovação.

Contudo, a reforma estabeleceu que a partir de agora os Estados e o Distrito Federal devem usar os recursos desse Fundo priorizando projetos que incorporem ações de sustentabilidade ambiental e de redução das emissões de carbono.

TRIBUTAÇÃO REPRESSIVA: PROTEÇÃO DA SAÚDE E MEIO AMBIENTE

Outra novidade é a possibilidade de a União tributar atividades prejudiciais a saúde e ao meio ambiente. A EC 132/2023 deu autoridade para a União Federal criar imposto específico com essa finalidade (Art. 153. VIII).

Surpreende ler na Constituição que esse futuro imposto pode até incidir sobre o mesmo fato gerador e a mesma base de cálculo de outros tributos já existentes (Art. 153, §6º., V). A reforma estabeleceu um novo imposto seletivo que onera a produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais ao meio ambiente e à saúde.

PACTO FEDERATIVO SUSTENTÁVEL: o novo IPVA e partilha sustentável de receitas do futuro IBS

A EC 132 ampliou a possibilidade de os Estados utilizarem o IPVA para incentivar a produção de veículos motorizados com baixo impacto ambiental e desincentivar o oposto.

Importante também é a nova regra de partilha de receitas do novo IBS - o Imposto sobre bens e serviços, de Estados, Distrito Federal e Municípios. É assim: do total do IBS distribuído aos Estados, 25% pertencem aos municípios.

A distribuição desses 25% será feita com base em 4 critérios:

1 Igualdade: 5% vai em partes iguais para todos os municípios de cada Estado:

- 2 População: 80% vai segundo o tamanho da população dos municípios;
- 3 Educação básica: 10% vai ser partilhado de acordo com os avanços na qualidade e equidade da educação básica de cada município;
- 4 Preservação ambiental: 5% vai ser partilhado de acordo com os indicadores de preservação ambiental de cada município (Art. 158§2º).

Há outra regra idêntica a essa do IBS no novo regime de distribuição do IPI: na parte que a Constituição trata da partilha dos recursos arrecadados pela União com o IPI sobre exportações, há uma previsão de que outra fatia de 5% também será distribuída proporcionalmente aos municípios segundo os melhores indicadores de preservação ambiental.

Ou, seja, a EC 132 adotou o princípio da partilha sustentável de receitas do novo IBS e do atual IPI. Os Municípios que mais se dedicarem ao desenvolvimento socioambiental (educação e preservação ambiental) receberão uma parcela maior dos recursos do novo IBS.

Olhando agora para os temas de sustentabilidade socioeconômica, a Reforma Tributária de 2023 estabeleceu um novo objetivo para a política tributária do Brasil: a nova regra do Art. 145 § 4º, estabelece que o sistema tributário atual é injusto e determina que a prioridade de alterações futuras devem se orientar para diminuir os efeitos regressivos do modelo atual. Um sistema tributário é regressivo se a carga tributária incide de maneira desproporcional sobre quem tem menor renda. É o caso do Brasil.

A inovação é bem-vinda porque está perfeitamente alinhada com objetivo de reduzir desigualdades sociais e distribuir melhor o peso dos impostos para todos.

A Reforma Tributária também trouxe regras para reforçar o apoio ao cooperativismo e outras formas de associativismo. A Emenda Constitucional 132/2023 estabeleceu um regime específico de tributação para as cooperativas, garantindo um tratamento adequado ao ato cooperativo. Isso inclui a não incidência de tributos sobre operações realizadas entre a cooperativa e seus associados, promovendo a neutralidade tributária em relação ao ato cooperativo. A reforma também assegura que as cooperativas possam optar pelo regime específico do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e da Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), com alíquotas reduzidas a zero em determinadas situações.

Além disso, instituiu regras para estimular doações para instituições sem fins lucrativos com finalidade de relevância pública e social. Além disso, a União, Estados e municípios continuam tendo a obrigação constitucional de assegurar recursos mínimos para a política nacional de saúde, a partir de uma fração de suas receitas tributárias.

A Constituição da República tem agora normas tributárias que:

- 1 Encarecem atividades prejudiciais ao meio ambiente e à saúde,
- 2 Que reduzem o custo da produção de veículos menos poluentes,
- 3 Que incentivam desenvolvimento municipal e regional sustentável, e
- 4 Que induzem a redução de emissões de CO₂.

Também há diretrizes que:

- 5 Aprimoram a proteção ao cooperativismo,
- 6 Que estimulam doações a entidades sem fins lucrativos com objetivos alinhados ao desenvolvimento socioambiental;

7 Que determinam que as próximas alterações na legislação tributária devem priorizar a redução de efeitos injustos e desproporcionais da carga tributária.

Ainda é cedo para dizer algo sobre a implementação efetiva dessas regras. Mas a inclusão de objetivos e regras no sistema tributário que respondem às necessidades da transição sustentável são muito bem-vindas e parecem harmônicas com os princípios fundamentais, com os direitos fundamentais, com os princípios constitucionais sensíveis e com as cláusulas pétreas.

6 TRANSIÇÃO ENERGÉTICA: O MOMENTO E AS TENDÊNCIAS

Nesta coluna vamos abordar o consumo de energia. Podemos iniciar analisando o mais recente relatório da AIE - Agência Internacional de Energia, publicado neste mês de julho de 2024, sobre a demanda global por eletricidade. A demanda global vem crescendo num ritmo maior do que o do PIB mundial, impulsionada por 3 fatores: a) crescimento econômico, b) ondas de calor intenso e c) adoção de tecnologias elétricas em veículos e outros equipamentos. Ao mesmo tempo, as energias renováveis também estão avançando, com a energia solar fotovoltaica prestes a estabelecer novos recordes.

O relatório da AIE com o balanço do 1º semestre deste ano, informa que a demanda global por eletricidade cresceu 2.2% em 2023 e deve crescer cerca de 3,4%, no período de 2024 a 2026, sendo que 85% dessa demanda crescente virá da Ásia, particularmente da China e Índia, pelos mesmos motivos indicados acima. Outro elemento de captura de eletricidade vem sendo os gigantes Data Centers em geral, e datacenters de Criptoativos e IA, que já consomem 2% da energia elétrica global e deve chegar a 4% em 2026. Dos pouco mais de 8.000 data centers, 1/3 está nos EUA, 16% na Europa e 10% na China.

Por outro lado, as fontes renováveis de energia aumentarão sua participação: de 30% em 2023, para 35% em 2025. Projeta-se que, em 2025, a geração de eletricidade por fontes renováveis superará a do carvão pela primeira vez. Espera-se também que as fontes de baixo carbono - renováveis e nucleares juntas - respondam por 46% da geração mundial de eletricidade até o final de 2026. E, por fim, em escala global, a geração com baixo teor de carbono deverá atender a todo o crescimento adicional da demanda por eletricidade até 2026.

O dilema da emissão de CO2 pelas fontes de poluentes de energia continua sério. Esse não é um problema extremamente grave para o Brasil. Nosso problema com emissão de CO2 vem mais das queimadas, da pecuária e de desmatamentos, não da geração de energia. Esse tema, porém, é um problema para países que querem mais atividades industriais - como o Brasil - e é particularmente sério para países já industrializados e para todas as economias emergentes, como China, Índia, México.

O relatório da AIE explica que, apesar do aumento das energias renováveis, a geração global de energia a carvão (super poluente) ainda deve se manter estável devido à alta demanda na China e na Índia. Há uma esperança de a recuperação da produção hidrelétrica chinesa continuar. Se for assim, poderemos ver uma redução na geração de energia a carvão e um leve declínio nas emissões globais de CO2, já em 2024.

As principais economias mundiais registram aumentos no consumo de eletricidade: Índia (8%), China (6,5%), EUA (3%) e União Europeia (1,7%). É sempre bom lembrar que EUA e China, juntos, representam 50% da produção econômica mundial.

Certo é que o calor extremo da primeira metade de 2024 elevou a demanda por eletricidade e sobrecarregou as redes, e que maio foi o mês mais quente já registrado. Por isso, países como Índia, México, Paquistão, EUA e Vietnã enfrentaram picos de consumo de energia devido ao aumento da necessidade de refrigeração. E o crescimento na compra de ar-condicionados, principalmente em economias emergentes, intensifica o problema.

No Brasil, os relatórios da EPE - Empresa de Pesquisa Energética, vinculada ao Ministério das Minas e Energia e publicados em junho/24, mostram que no Brasil também houve aumento no consumo nacional de energia elétrica neste semestre.

Os dados até agora disponíveis mostram que, de janeiro até maio, o aumento foi de 7,3% em 2024, comparado ao mesmo período de 2023. O consumo de energia residencial aumentou 12,3%, no comércio o aumento foi de 8,5% e na indústria, 3,8%. O consumo acumulado nos últimos 12 meses foi de alta de 6,5% na comparação com igual período anterior.

Destaque foi o consumo residencial de eletricidade, que aumentou 13,4% em maio de 2024, devido a temperaturas elevadas, mais consumidores e aumento de emprego e renda. Todas as regiões registraram crescimento em maio, com destaque para Centro-Oeste (+19,3%), Sudeste (+15,8%), Norte (+13,7%) e Sul (+13,3%). Mato Grosso do Sul (+29,0%) e Rio de Janeiro (+20,6%) tiveram as maiores variações.

Esses dados atualizados mostram pressões sobre os sistemas de energia elétrica e indicam as causas, no Brasil e no mundo. Impressiona como as intensas ondas de calor já estão pressionando os sistemas de energia elétrica, junto com crescimento econômico e inovações tecnológicas.

Dado que ainda estamos longe de ter geração de energia limpa para dar conta dessas três pressões, isto é, dado que ainda somos incompetentes para oferecer mais energia sem emitir CO2 e agravar os efeitos terríveis sobre a camada de ozônio e o aquecimento geral do planeta, a pressão por mais energia representa um desafio para as democracias, para a governança global, para toda a infraestrutura energética global, exigindo ações que envolvem ciência de ponta, altos investimentos e boa regulação. De um lado é um desafio. De outro, uma grande oportunidade para países e sociedades atentos ao momento e tais tendências.

7 CIDADES SUSTENTÁVEIS E PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Por ordem judicial do Supremo Tribunal Federal (ADPF 976, agosto de 2023), a União Federal foi obrigada a estruturar o primeiro banco de dados sobre a população em situação de rua do Brasil, a partir de bases de informações de vários Ministérios, dentre elas as do Cadastro Único, do Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Além disso, a Suprema Corte tornou obrigatória a observância, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, das diretrizes contidas no Decreto federal 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua (PSR).

Depois dessa investida do STF, a União Federal produziu as primeiros informações valiosas para começarmos a entender a complexa situação das pessoas em situação de rua num contexto de crise climática. Agora já temos dados atualizados até maio de 2024 e sabemos que em todo o Brasil há, exatamente, 221 mil pessoas em situação de rua (PSR) com algum tipo de registro nas bases de dados da União. Também sabemos que o número de municípios brasileiros com pessoas em situação de rua passou de **1.215** em 2015 (**22%** do total), para **2.354** em 2023 (**42%** do total de municípios do país).

Essas informações são preocupantes, mas não são definitivas. Oferecem, porém, uma boa aproximação do tamanho do problema humanitário que temos de resolver ao mesmo tempo em que vamos sentindo os efeitos de eventos climáticos extremos.

QUAIS SÃO MUNICÍPIOS DO BRASIL COM A MAIOR CONCENTRAÇÃO DE PSR?

Sabemos que 12 municípios brasileiros concentram 50,4% das pessoas em situação de rua, perfazendo um total de 111,5 mil pessoas. Note que as 3 capitais do sul estão na lista. Além delas, há 3 capitais do sudeste, 3 capitais do nordeste, 1 capital do norte, mais Campinas e Santos (SP). Isso significa que metade do problema pode ser resolvido com a ajuda da melhor estrutura dos grandes centros urbanos que também são a sede de governos estaduais.

	REGIÃO	UF	MUNICÍPIO	POP. 2022	PSR 2023	% PSR BR
1	Sudeste	SP	São Paulo	11.451.245	54.812	24,8%
2	Sudeste	RJ	Rio de Janeiro	6.211.423	14.004	6,3%
3	Sudeste	MG	Belo Horizonte	2.315.560	11.796	5,3%
4	Nordeste	BA	Salvador	2.418.005	7.852	3,6%
5	Nordeste	CE	Fortaleza	2.428.678	6.678	3,0%
6	Sul	RS	Porto Alegre	1.332.570	3.306	1,5%
7	Sul	PR	Curitiba	1.773.733	3.301	1,5%
8	Sudeste	SP	Campinas	1.138.309	2.324	1,1%
9	Sul	SC	Florianópolis	537.213	2.287	1,0%
10	Nordeste	PE	Recife	1.488.920	2.268	1,0%
11	Norte	RR	Boa Vista	413.486	1.514	0,7%
12	Sudeste	SP	Santos	418.608	1.395	0,6%
Subtotal				31.927.750	111.537	50,4%
BRASIL				203.062.512	221.113	100%

Fonte: MDHC, Pessoas em Situação de Rua, Jul 2023. Elaborado por: CL Strapazzon, jun/24

No Paraná, foram identificadas 11.320 PSR e 29 municípios respondem por 90% desse total. Note que, desse total, 44% da PSR está concentrada na Região Metropolitana de Curitiba. Isso pode significar que metade do problema pode ser mitigado ou resolvido definitivamente com a ajuda da melhor estrutura desta região que também tem a sede do governo estadual.

	MUNICÍPIO - PR	%	PSR
1	Curitiba	29%	3.301
2	Foz do Iguaçu	7%	843
3	Londrina	6%	683
4	São José dos Pinhais	6%	680
5	Ponta Grossa	5%	570
6	Maringá	5%	539
7	Cascavel	4%	430
8	Araucária	2%	279
9	Paranaguá	2%	265
10	Pinhais	2%	228
11	Umuarama	2%	225
12	Matinhos	2%	186
13	Guarapuava	2%	183
14	Fazenda Rio Grande	2%	176
15	Guaratuba	1,5%	166
16	Apucarana	1,4%	162
17	Campo Mourão	1,4%	155
18	Campo Largo	1,2%	141
19	Toledo	1,2%	135
20	Arapongas	1,2%	133
21	Ibiporã	1,0%	118
22	Jacarezinho	1,0%	117
23	Colombo	1,0%	116
24	Rolândia	0,9%	101
25	Cianorte	0,8%	94
26	Sarandi	0,43%	49
27	Castro	0,42%	48
28	Sto. Antônio da Platina	0,42%	48
29	Piraquara	0,35%	40
	Subtotal	90,2%	10.211
	PARANÁ	100%	11.319

Fonte: MDHC, Pessoas em Situação de Rua, Jul 2023. Elaborado por: CL Strapazzon, jun/24

O perfil dessas pessoas que está nas ruas é majoritariamente masculino (87%), adulto (74% têm entre 30 e 59 anos) e de pessoas negras (pardas - 51%; pretas - 17%).

IDADE	%	PSR	
80 anos ou mais	0,15%	332	
70 a 79 anos	0,88%	1.946	17.976
60 a 69 anos	7,10%	15.699	
50 a 59 anos	17,27%	38.186	
30 a 49 anos	56,73%	125.437	195.751
20 a 29 anos	14,53%	32.128	
10 a 19 anos	1,61%	3.560	
0 a 9 anos	1,73%	3.825	7.385
Total		221.113	221.113

Fonte: MDHC, Pessoas em Situação de Rua, Jul 2023. Elaborado por: CL Strapazzon, jun/24

Ao contrário do que muitos podem supor, a maioria dessas pessoas sabe ler e escrever (90%) e já teve emprego com carteira assinada (68%). Atualmente, 26% mantêm trabalho formal, e 73% trabalham, embora em atividades informais precarizadas.

TRABALHO	%	PSR-Brasil
Bico, autônomo	72,53%	160.373
Empregado com carteira	25,75%	56.937
Empregado sem carteira	0,71%	1.570
área rural	0,56%	1.238
	99,55%	220.118
Outros	0,45%	995
	100%	221.113

Fonte: MDHC, Pessoas em Situação de Rua, Jul 2023. Elaborado por: CL Strapazzon, jun/24

Chama a atenção o percentual de pessoas em situação de rua com deficiência (15%). A deficiência física é a mais frequente (quase a metade das pessoas que tem alguma deficiência), seguida pelos transtornos mentais, com 18%, e as deficiências visuais (16%). Os dados apontam que, apesar de representarem apenas 13% do total de pessoas vivendo nas ruas, as mulheres são vítimas de 40% dos casos de violência notificados. E as mulheres transexuais representam a identidade de gênero mais frequente entre as vítimas que tiveram esse campo preenchido. Em relação ao tipo

de violência, 88% das notificações naquele ano envolviam violência física, sendo a violência psicológica a segunda mais frequente (14%).

Os principais motivos apontados por essas pessoas para viverem nas ruas foram problemas familiares (44%), seguido de desemprego (39%), alcoolismo e/ou uso de drogas (29%) e perda de moradia (23%).

Dentre as muitas medidas que devem ser iniciadas pelos Municípios, Estados e União Federal, algumas das que foram estabelecidas pelo STF estão diretamente relacionadas com os riscos e necessidades da crise climática e chamam nossa atenção:

a) primeiro, é preciso que todos os municípios façam o diagnóstico pormenorizado da situação de pessoas que vivem nas ruas e sua capacidade de fornecer alimentação e vagas de abrigo;

b) também é preciso mutirões periódicos para a regularizar documentação, inscrição em cadastros governamentais e inclusão em políticas públicas de assistência e proteção social;

c) fundamental é iniciar programas de capacitação e de sensibilização da sociedade e de agentes públicos das áreas da saúde, assistência social, educação, segurança pública, justiça, entre outras, para atuarem de modo eficiente e humanitário com a população em situação de rua;

d) garantir padrões mínimos de qualidade de higiene e segurança nos centros de acolhimento;

e) Além disso tudo, sabemos que atualmente os equipamentos e serviços de saúde e assistência social ainda são visivelmente insuficientes para atender as necessidades das pessoas em situação de rua. Tanto que em início de 2023, apenas 145 municípios dispunham de equipes de Consultório na Rua, mas 3.354 municípios tinham pessoas em situação de rua cadastradas no Cadastro Único. Daqui para a frente será preciso ampla divulgação de alertas meteorológicos por parte das Defesas Civas de todos os entes federativos, e precisaremos aprimorar muito a capacidade de reagir a ondas de frio e calor extremo com a máxima antecedência. Caberá também um papel especial à Defesa Civil, de atuar de um novo modo, lado a lado com a sociedade para dispor, entre outras coisas, de mobilização e estrutura

mínima compatível com a dignidade da pessoa humana, e com a seriedade dos problemas que vão se concretizar.

8 ELEIÇÕES NA CIDADE MAIS INTELIGENTE DO MUNDO

A igualdade de gênero é um objetivo fundamental para o desenvolvimento sustentável e o progresso social. As diretrizes da ONU visam promover a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, abordando diversas questões críticas que afetam suas vidas.

O ODS 5 busca:

1 Erradicar a discriminação: Reconhecendo a diversidade das mulheres e seus desafios específicos.

2 Pôr fim à violência: Criando ambientes seguros para todas as mulheres.

3 Empoderar as meninas: Garantindo seus direitos e oportunidades.

4 Promover a igualdade no trabalho: Dividindo as responsabilidades de forma equitativa.

5 Ampliar a participação feminina: Dando voz às mulheres em todos os espaços

Uma das principais diretrizes é eliminar todas as formas de discriminação de gênero. Isso inclui a discriminação que ocorre em intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade. Uma diretriz específica enfatiza a necessidade de garantir a participação efetiva das mulheres em todos os níveis de tomada de decisão, tanto na esfera política quanto econômica. Essa participação deve ser acompanhada de igualdade de oportunidades, considerando as intersecções de raça, etnia e outros fatores que podem afetar o acesso das mulheres a posições de liderança.

Mais uma vez, a atenção especial às mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas é necessária para garantir que suas vozes sejam ouvidas e suas necessidades atendidas. Essas diretrizes refletem um compromisso abrangente da ONU, do Brasil, do Paraná e de Curitiba para transformar a realidade das mulheres e meninas em todo o mundo, reconhecendo que a igualdade de gênero é um pilar essencial para o desenvolvimento sustentável e a justiça social. A

implementação efetiva dessas diretrizes requer um esforço coletivo de governos, organizações da sociedade civil e comunidades para promover uma cultura de respeito, igualdade e empoderamento para todas as mulheres.

Os dados da Justiça eleitoral mostram que o Brasil, a Região Sul e o Paraná têm uma distribuição semelhante no nível educacional de seus eleitores, mas há variações importantes. No Brasil, 39% dos eleitores têm uma escolaridade limitada e que chega, no máximo, ao ensino fundamental completo. Essa proporção é semelhante na Região Sul (38%) e no Paraná (35%), o que indica uma alta taxa de eleitores com baixa escolaridade em todos esses contextos.

O ensino médio representa a maior parcela do eleitorado em todas as regiões, sendo também muito próxima a distribuição desse perfil de eleitores: 45% no Brasil, 42% no Sul e 43% no Paraná. Esse é o nível educacional predominante entre os eleitores.

Já os eleitores que conseguiram chegar no ensino superior, embora seja a menor parcela, é mais expressivo no Sul (20%) e no Paraná (21%) em comparação à média nacional (16%). Esses dados sugerem que a Região Sul e o Paraná possuem um eleitorado com níveis educacionais mais elevados em comparação ao Brasil como um todo, especialmente no ensino superior. Contudo, a predominância do ensino médio e a ainda expressiva parcela de eleitores com baixa escolaridade indicam desafios importantíssimos para realizarmos o que é preciso em termos de inovações, mudanças e desenvolvimento sustentável.

Quando olhamos esses mesmos dados sobre a escolaridade no eleitorado em Curitiba, Porto Alegre e Florianópolis vemos importantes diferenças entre capitais e o interior, bem como semelhanças e diferenças entre as capitais do Sul que merecem uma reflexão crítica.

Em primeiro lugar, o percentual de analfabetos, pessoas que apenas sabem ler e escrever, e aqueles com ensino fundamental incompleto e completo é mais elevado em Porto Alegre (29%) em comparação com Curitiba (20%) e Florianópolis (16%). Essa disparidade sugere que Porto Alegre enfrenta um desafio maior em termos de acesso à educação básica, o que pode impactar a formação de cidadãos críticos e com melhor capacidade de entender o contexto socioambiental da cidade.

Por outro lado, o ensino médio completo e incompleto apresenta percentuais iguais em Curitiba e Porto Alegre (44%), enquanto Florianópolis tem uma taxa inferior (39%). Isso indica que, embora a formação em ensino médio seja relativamente alta nas três cidades, ainda há uma parte significativa de eleitores que não concluiu essa etapa educacional. O ensino médio é fundamental para o desenvolvimento de habilidades essenciais e para a formação de uma base sólida para a educação superior.

No que diz respeito ao ensino superior incompleto e completo, Florianópolis se destaca com 45% do eleitorado possuindo esse tipo de escolarização, enquanto Curitiba apresenta 36% e Porto Alegre apenas 28%.

Em suma, os dados evidenciam que, apesar de avanços na escolaridade em todas as três capitais, ainda existem desafios significativos a serem enfrentados, especialmente em Porto Alegre, onde a taxa de analfabetismo e de escolaridade fundamental é mais alta. A promoção de políticas públicas que garantam acesso à educação de qualidade em todos os níveis é essencial para fortalecer a cidadania e a participação política, contribuindo para uma sociedade mais justa e informada.

Os dados da Justiça Eleitoral mostram que Curitiba, de forma geral, se destaca com indicadores educacionais superiores ao Brasil e à Região Sul. A cidade mostra níveis significativamente mais baixos de analfabetismo e de eleitores com baixa escolaridade (fundamental incompleto e "lê e escreve"), além de um número elevado de eleitores com ensino médio e superior completos.

Na comparação com outras capitais, embora Curitiba apresente melhores resultados do que Porto Alegre em praticamente todas as categorias, ainda fica ligeiramente atrás de Florianópolis em termos de ensino superior completo, o que sugere que a capital catarinense tem um destaque específico na formação universitária, embora os dados de Curitiba destaquem a elevada valorização da educação superior na capital do Paraná.

Curitiba apresenta 24,4% de eleitores com ensino superior completo, bem acima da média nacional de 10,8% e da Região Sul, que é de 12,9%. Olhando para as demais capitais, vemos que o eleitorado de Florianópolis tem mais alta escolarização, com 32,4% do eleitorado já contando com ensino superior completo. Porto Alegre fica bem atrás de Curitiba, pois tem apenas 17% dos eleitores com

educação superior completa. Além disso, o percentual de eleitores com ensino superior incompleto em Curitiba é de 11,8%, também superior à média nacional de 5,4% e à da Região Sul, que é de 7,4%.

Em Curitiba, a maioria do eleitorado é feminino, representando 54% do total. A filiação partidária está quase equilibrada entre homens e mulheres, com uma ligeira maioria masculina (51%). Por outro lado, a maioria das candidaturas é masculina, com 67%. Olhando para os detalhes, vemos que a maioria das candidaturas para vereador/a é masculina, com 67%, a maioria das candidaturas para prefeito/a é masculina, com 70% e que a maioria das candidaturas para vice-prefeito/a é masculina, com 80%.

A análise dos dados publicados pela Justiça Eleitoral revela uma disparidade bem significativa entre a composição do eleitorado e a participação nas candidaturas políticas por gênero em Curitiba. Observamos que, embora 54% do eleitorado seja feminino, essa maioria não se reflete nas candidaturas, que permanecem predominantemente masculinas.

Em Curitiba, a filiação partidária está relativamente equilibrada, com uma leve maioria masculina de 51%, o que sugere que, no momento de se associar a partidos, as mulheres não enfrentam barreiras significativas em comparação com os homens.

Esse equilíbrio, no entanto, desaparece quando se examina as candidaturas. Em todas as categorias de candidaturas — vereador/a, prefeito/a e vice-prefeito/a — a predominância masculina é evidente:

- 67% das candidaturas para vereador/a são masculinas;
- 70% das candidaturas para prefeito/a são masculinas;
- 80% das candidaturas para vice-prefeito/a são masculinas.

Esse cenário revela uma importante concentração de homens em posições de liderança política em Curitiba, mesmo em um município onde as mulheres constituem a maioria do eleitorado e tem praticamente igual presença como filiadas dentro dos partidos. A diferença é ainda mais marcante na disputa dos cargos mais empoderados (prefeito e vice-prefeito), o que indica uma subvalorização feminina nos espaços de poder político.

OS PARTIDOS DE CURITIBA SÃO MACHISTAS?

Ao analisar os dados dos **26 partidos que disputam as eleições em Curitiba**, fica ainda mais evidente a sub-representação feminina nas candidaturas. Apenas **dois partidos** alcançaram paridade de gênero (**PC do B** e **PV**), representando menos de **8%** do total de legendas analisadas. Contudo, esses partidos lançaram pouquíssimas candidaturas: o PC do B lançou 2 candidaturas (1 homem e 1 mulher) enquanto o PV lançou 6 candidaturas (3 homens e 3 mulheres).

A maioria dos partidos que disputam a eleição municipal em Curitiba apresenta uma proporção de candidaturas femininas entre **30% e 34%**, o que reforça que a baixa participação feminina é um problema amplamente disseminado entre as legendas, e não restrito a partidos específicos. Ocorre que a lei brasileira estabelece a obrigação de um *mínimo de 30%* e o máximo de 70% para candidaturas de *cada* sexo. Ou seja, a maioria dos partidos de Curitiba apenas cumpre a obrigação legal com baixíssima valorização das mulheres para ocuparem posições de poder político.

A análise dos dados sobre a participação feminina nas candidaturas por partidos em Curitiba revela um padrão de sub-representação em quase todos eles. O **PT** e o **PSOL** se destacam com **42% e 40%** de candidatas femininas, respectivamente, mas ainda assim refletem a predominância masculina nas candidaturas. Entre os partidos com menor participação feminina, destacam-se o **MOBILIZA** com apenas **28%**, e o **DC** e **SOLIDARIEDADE** com **29%**.

ELEIÇÕES 2024 - Curitiba, Candidaturas por gênero e partido						ELEIÇÕES 2024 - Curitiba, Candidaturas por gênero e partido				
O	PARTID	Gênero	Cand	%		O	PARTID	Gênero	Cand	%
	PCO	Masculino	2	00%	1	B	PC do B	Feminino	1	0%
	PSTU	Masculino	2	00%	1		PV	Feminino	3	0%
ZAB	MOBILIZACAO	Masculino	18	2%	7		PT	Feminino	13	2%
	DC	Masculino	30	1%	7		PSOL	Feminino	8	0%
	SOLIDARIEDADE	Masculino	29	1%	7		PODE	Feminino	13	7%
	PL	Masculino	28	0%	7		PSB	Feminino	13	4%
	PSDB	Masculino	14	0%	7		MDB	Feminino	14	4%
	UNIÃO	Masculino	30	0%	7		PP	Feminino	14	4%
	PRTB	Masculino	25	9%	6		AGIR	Feminino	10	3%
	NOVO CIDADANIA	Masculino	27	9%	6		PMB	Feminino	14	3%
LICANOS	PRD	Masculino	13	8%	6		REDE REPUBLICANA	Feminino	7	3%
	PSD	Masculino	28	8%	6		LICANOS	Feminino	13	3%
	PDT	Masculino	23	8%	6		PDT	Feminino	11	2%
	REPUBLICA	Masculino	27	8%	6		PRD	Feminino	13	2%
	AGIR	Masculino	20	7%	6		PSD CIDADANIA	Feminino	13	2%
	PMB	Masculino	28	7%	6		ANIA	Feminino	6	2%
	REDE	Masculino	14	7%	6		NOVO	Feminino	12	1%
	MDB	Masculino	27	6%	6		PRTB	Feminino	11	1%
	PP	Masculino	27	6%	6		UNIÃO	Feminino	13	0%
	PSB	Masculino	25	6%	6		PL	Feminino	12	0%
	PODE	Masculino	22	3%	6		PSDB	Feminino	6	0%
	PSOL	Masculino	12	0%	6		SOLIDARIEDADE	Feminino	12	9%
	PT	Masculino	18	8%	5		DC	Feminino	12	9%
	PC do B	Masculino	1	0%	5		MOBILIZACAO	Feminino	7	8%
	PV	Masculino	3	0%	5		ZA	Feminino	7	8%
TOTAL			521			TOTAL			251	
Fonte: TSE. Elaborado por: Carlos L Strapazzon, 29 Set.24						Fonte: TSE. Elaborado por: Carlos L Strapazzon, 29 Set.24				

A **distribuição geral** indica que, apesar de algumas exceções, a participação feminina continua sendo uma questão crítica em termos de igualdade de gênero nas

candidaturas. É possível perceber um certo esforço de inclusão em partidos como **PC do B, PV, PT e PSOL**, mas a maioria dos partidos ainda mantém as mulheres em uma posição de minoria e subalterna. Isso sugere que ainda há barreiras significativas que impedem uma participação mais equilibrada entre homens e mulheres na política. Esse cenário aponta para a necessidade de políticas mais eficazes para promover a equidade de gênero na política em Curitiba. Também revela que Curitiba ainda não faz jus, em termos políticos, ao selo de Cidade Mais Inteligente do Mundo. O selo é importante, mas expressa mais o desempenho administrativo da administração técnica da cidade do que a forma como o poder político é distribuído entre os cidadãos de Curitiba.

REFERÊNCIAS

Bello, A., Lyro, B., Paiva, G., Gonzalez, G., Araújo, G., Lima, H., Sampaio, L., Guimarães, P., Guedes, R., Moraes, T., Telles, Y., Szklo, A., Império, M., Poggio, M., Schaeffer, R. 2023. **Neutralidade de carbono até 2050: Cenários para uma transição eficiente no Brasil**. CEBRI, EPE, Cenergia & BID. Brazil. Disponível em: https://www.cebri.org/media/documentos/arquivos/PTE_RelatorioFinal_PT_Digital_.pdf

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima. **COP28 aprova transição dos combustíveis fósseis**: acordo de Dubai afirma que países devem mudar seus sistemas energéticos de "forma justa, ordenada e equitativa". 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/cop28-aprova-transicao-para-combustiveis-fosseis>.

EMBRAPA. **Mudança do Clima**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/visao/mudanca-do-clima#:~:text=O%20pa%C3%ADs%20prop%C3%B4s%20reduzir%2037,emiss%C3%B5es%20em%2043%25%20at%C3%A9%202030>.

IPCC. About the IPCC: the intergovernmental panel on climate change (IPCC) is the United Nations body for assessing the science related to climate change. **IPCC**. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/about/>.

RELATÓRIO de investimento mundial 2023. **UNCTAD**, Genebra. 2023. Disponível em: <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2023>.

SKEA, Jim. Remarks by ipcc chair during the opening ceremony COP28. **IPCC**. 2023. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/2023/11/30/ipcc-chair-opening-cop28/>

STATE of Climate Action 2023. **World Resources Institute**, Washington. 2023. Disponível em: <https://www.wri.org/research/state-climate-action-2023>

UNEP. Emissions Gap Report 2023. **Unep**, Nairobi. 2023. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2023>.

9. REFORMA TRIBUTÁRIA, DESRESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA E FEDERAÇÃO: CONSIDERAÇÕES DE JUSTIÇA ACERCA DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO¹



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-09>

Natercia Sampaio Siqueira²

Marcelo Sampaio Siqueira³

INTRODUÇÃO

No evento da Rede organizado pela FDV, cuja coletânea ora se apresenta, se motivou à análise da EC 142 sob a perspectiva da política e da federação como características da democracia. Em especial, ao se analisar a competência tributária disponibilizada aos Estados e Municípios na tributação sobre o consumo, decorrente da EC 132, se procura verificar a sua compatibilidade com a federação brasileira.

O problema central que se pretende abordar é o da constitucionalidade de reformas constitucionais tributárias que reduzam, significativamente, aos Estados e Municípios o campo de exercício da sua competência tributária: em decorrência da EC n. 132, aos Estados e Municípios fica reservada a fixação de uma alíquota uniforme para todos os bens e serviços neles produzidos e comercializados, se lhes vedando a extrafiscalidade e a seletividade. Sob esse recorte, pretende-se abordar a problemática mencionada mediante a verificação do impacto da redução da competência tributária no âmbito da política, para o quê se ampara em Hannah Arendt como marco teórico, ao tempo em que se contextualiza a questão na realidade da federação brasileira.

¹ Artigo baseado em capítulo que fora disponibilizado pelos autores à coletânea intitulada "Debates sobre federalismo fiscal: à luz da reforma tributária do consumo no Brasil", de organização da Profa. Dra. Luciana Grassano de Gouveia Melo.

² Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Doutora em Direito Constitucional pela UNIFOR. Pós-doutorado em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora do PPGD – mestrado e doutorado – em Direito Constitucional da Unifor. Membro do Grupo de Pesquisa Repjal. Procuradora Fiscal do Município de Fortaleza.

³ Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará e em economia pela Unifor. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em direito constitucional pela Unifor. Professor do PPGD – mestrado acadêmico – da Unisete. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado.

No propósito delineado, o capítulo se inicia com a contextualização da redução da competência tributária estadual e municipal ao processo de institucionalização brasileira, bem como ao momento de crise na qual fora gestada. Em um segundo momento, parte-se para a análise do impacto da redução da competência tributária no âmbito da política, para se concluir que ela implica uma efetiva desresponsabilização política em se tratando de uma federação nos moldes da brasileira.

Mediante uma abordagem bibliográfica e método dedutivo, ao final se conclui que a referida reforma, que constitucionaliza e centraliza as decisões políticas, perde por perspectiva que o tributo é objeto da política e, não meramente, uma fonte neutra de custeio do Estado. Mais, que resulta em uma efetiva desresponsabilização política, com prejuízo não apenas da vivência democrática, como da possibilidade da justiça.

HISTÓRIA DO PROCESSO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO BRASILEIRA EM BREVES NOTAS

Antes de se iniciar, propriamente, a tratar do tema do presente capítulo, se pretende fazer uma breve incursão histórica de maneira a se ressaltar alguns traços próprios e característicos da república federativa do Brasil.

Inicia-se pelo "república": a ideia de república se indispõe ao modelo de colonização pelo qual Portugal ocupou o Brasil. Sem que tenha descoberto, de início, metais ou produtos de interesse ao consumo Europeu, a Coroa confiou à iniciativa privada a colonização brasileira mediante a entrega de capitanias hereditárias a homens que a explorariam com recursos próprios: "a colonização particular, muito mais que a ação oficial, promoveu a mistura de raças, a agricultura latifundiária e a escravidão, tornando possível, sobre tais alicerces, a fundação e o desenvolvimento de grande e estável colônia agrícola dos trópicos" (Freyre, 2005, 80).

Conforme assenta Gilberto Freyre (2005, p. 80), "a partir de 1532, a colonização portuguesa do Brasil, da mesmo modo que a inglesa da América do Norte e ao contrário da espanhola e da francesa nas duas Américas, caracteriza-se pelo domínio quase exclusivo da família rural ou semi-rural" (p.80). Ao lado dos jesuítas,

que empreenderam a tarefa de catequese indígena, a “família rural ou semi-rural” organizou a ocupação brasileira (Freyre, 2005, p.85), com relevantes consequências que ainda informam a cultura nacional:

Vivo e absorvente órgão da formação social brasileira, a família colonial reuniu, sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo, uma variedade de funções sociais e econômicas. Inclusive, como já insinuamos, a do mando político: o oligarquismo ou nepotismo, que aqui madrugou, chocando-se ainda em meados do século XVI com o clericalismo dos padres da companhia de Jesus.

A consequência da colonização brasileira a partir da família rural e semirural, que monopolizavam as atividades econômicas nos engenhos, onde se reuniam o senhor e a sua família, os escravos, a lavoura, os moinhos d'água e até a capela, fora a estruturação de uma dinâmica socioeconômica sob a cultura do mando, que por vezes extrapolaria para o sadismo. Disto, também já tinha feito a denúncia Gilberto Freyre (2005, p. 114), ao considerar que a relação de poder e subjugação característica da escravatura poderia explicar não apenas o sadismo do homem em relação à mulher, como uma certa dinâmica política, típica ao povo brasileiro, caracterizada pelo mandonismo e pelo gosto, por vezes sádico, por vezes masoquista, do mando e da subjugação:

Cremos surpreendê-lo na nossa vida política, onde o mandonismo tem sempre encontrado vítimas em quem exercer-se com requintes às vezes sádicos; certas vezes deixando até nostalgias logo transformadas em cultos cívicos, como o do chamamento do marechal de ferro. A nossa tradição revolucionária, liberal, demagógica, é antees, aparente e limitada a focos de fácil profilaxia política: no íntimo, o que o grosso do que se pode chamar do “povo brasileiro” ainda goza é a pressão sobre ele de um governo másculo e corajosamente autocrático. Mesmo em sinceras expressões individuais – não de todo invulgares nesta espécie de Rússia americana que é o Brasil – de mística revolucionária, de messianismo, de identificação do redentor com a massa a redimir pelo sacrifício da vida ou de liberdade pessoal, sente-se o laivo ou o resíduo masoquista: menos a vontade de reformar ou corrigir determinados vícios de organização política ou econômica que o puro gosto de sofrer, de ser vítima ou de sacrificar-se.

Não obstante se possa atribuir ares de ensaio às afirmações de Freyre, em especial no referente ao masoquismo do povo brasileiro, ele traz insights importantes para se compreender a dinâmica política historicamente experimentada no Brasil: uma dinâmica de mando, centralizada no patriarca. A sociedade brasileira distinguia o “senhor do engenho”, o “senhor das terras”, que detinha o controle sobre a economia, a igreja, a justiça e a política. Sob esse modelo, se inventou “uma sociedade patriarcal pautada num padrão de família estendida e de sujeição para além dos laços de sangue” (Schwarcz, 2019, p. 44). Lília Moritz Schwarcz (2019, p. 45) observa, sobre o patriarca: “um filho ia parar no comércio, outro no direito e outro entraria ainda no sacerdócio, garantindo-se, dessa maneira, o controle sobre todos os braços”.

Sob a cultura patriarcal do mando, deu-se a institucionalização brasileira. Acerca desse mesmo assunto, é proveitoso se falar do homem cordial, do qual trata Sérgio Buarque de Holanda (2014), assim como ressaltar a sua fala sobre a personalidade própria à cultura hispânica, que fragilizaria os arranjos institucionais em prol da “pessoa”. O patriarca se faz cercar de pessoas que lhes sejam fiéis, ao qual estende o seu manto protetor: uma relação paternalista de apadrinhamento, através da qual se deu a coordenação da política, da justiça, da cidade e da economia.

Se a cultura do apadrinhamento sob o mando pessoal é uma característica própria à colonização brasileira, ela não se indispõe, em seus traços estruturais, ao mercantilismo tardio português, pelo qual a ação oficial se fez, finalmente, sentir no Brasil, a partir da vinda de Dom João VI e da Corte portuguesa. O referido mercantilismo, por sua vez, se realizava por uma burocracia estatal caracterizada pelo empreguismo e patrimonialismo (Faoro, 2008): a técnica portuguesa de atribuir títulos nobiliárquicos e empregar partidários na burocracia administrativa estatal, que organizava a atividade econômica, remonta ao início da Dinastia dos Avis e implica um instrumento eficiente de controle da nobreza e centralização do poder na pessoa do rei.

É verdade que a aristocracia brasileira, formada na cultura patriarcal do mando e conformada pelo mercantilismo Europeu, atravessou em sentido inverso o atlântico, se imbuindo de ideias liberais, republicanas e democráticas, embora as

tenham amalgamado à institucionalização brasileira sem descartar os seus vícios originais: "a discrepância entre a prática e o pensamento infunde a suspeita de hipocrisia, nas camadas dominantes, encharcadas de ideias éticas e com os pés afundados na mercancia" (Faoro, 2008, p. 80). O patrimonialismo, a personalidade, o mando conformaram o processo de institucionalização brasileira, que tende ao autoritarismo e à exclusão das massas: o mando, da família rural migrou à monarquia. Desta, o poder foi tomado pela ditadura militar, seguida das oligarquias políticas, às quais adveio a ditadura de Vargas, intercalada por um breve período constitucional. Entre ditaduras militares e oligarquias, as experiências democráticas foram raras, tendo sofrido interrupção, uma última vez, em 1964. Após a constituição de 88, se busca a estruturação e vivência de um Estado republicano e democrático. Mas ainda que sob os mais caros ideais, a institucionalização padece dos seus vícios: mais especificamente, o do autoritarismo e o da exclusão popular da responsabilidade política pelas escolhas de Estado e governo.

A institucionalização pela cultura do mando, informada pelo nepotismo, se indispõe, elementarmente, à república e ao conceito de democracia, caracterizado, o último, pela cooperação equitativa entre pessoas livres e iguais: toma-se emprestada a concepção de Rawls (2000) para tal. Mas ao ranço anti-republicano, que também é anti-democrático, da cultura do mando patriarcal, se junta uma outra característica própria à colonização e à institucionalização brasileiras que releva ao tratamento do presente capítulo: a municipalidade. A vida em comunidade se organizou nas vilas a partir das famílias rurais.

A municipalidade é um traço característico da cultura política brasileira, que provavelmente encontra o seu germe no feudalismo tardio pelo qual se iniciou a colonização nacional. Não estranha, por conseguinte, que a municipalidade, especialmente em municípios debilmente institucionalizados, ainda guarde os tradicionais traços do nepotismo, da "cordialidade", da pessoalidade. Mas de outra sorte, a relevância local se mostra não apenas um traço característico da dinâmica de organização do Estado brasileiro, como apresenta relevância axiológica: o pluralismo, a autenticidade, a individualidade e o civismo que abraça. Na municipalidade, se vivencia a rotina diária; a cidade é o primeiro centro político no qual se é cidadão.

Voltando-se à história brasileira, a municipalidade, pelas oligarquias locais, disputou, junto ao império, o poder sobre as localidades. Seu desprestígio deu-se na primeira república, na qual o estado-membro, e não mais a localidade, duelava e compunha com a União. Mas a Constituição de 88, ao estruturar a federação brasileira, o fez mediante a observância desse traço histórico, o da relevância da municipalidade: os municípios, junto aos estados-membros e à União, integram a federação, com autonomia de auto-organização, política, administrativa e financeira. Este dado é também de relevância para se levar em consideração no presente manuscrito.

Pois bem, a hipótese que se levanta no presente capítulo é que o modelo da tributação sobre o consumo, em especial o resultante da EC 132, insere-se dentre os vícios institucionais brasileiros – a cultura do mando, com a exclusão ou desresponsabilização política das massas – ao tempo em que nega o que de bom a história política brasileira legou: a municipalidade, a descentralização do poder em um país não apenas de dimensão territorial continental, mas que guarda uma rica e complexa pluralidade de cultura, vocação econômica, clima, vegetação, história e tradição.

REFORMA NO CONTEXTO DE CRISE

É interessante ainda observar que a reforma tributária se desenha em um contexto de crise: à crise econômica mundial de 2008 se junta a crise política brasileira, à qual se segue a crise pandêmica da covid-19, que prolongou os efeitos da crise econômica e da política.

Iniciando-se pela crise de 2008, ressalta-se que, semelhante ao crash de 1929, ela é uma crise cíclica do capitalismo, decorrente da desproporção entre oferta e demanda. Mas para além de compartilhar com o crash a característica de ser uma crise cíclica do capitalismo, de ambas decorreram consequências severas e duradouras, em âmbito mundial, talvez porque tenham ocorrido em um contexto bastante semelhante: o índice de desigualdade socioeconômica que antecedeu à crise de 2008 é semelhante ao anterior do crash de 29 (Piketty, 2014), ao passo que a ambas precedeu uma política de desregulação da economia. Esse estado

anárquico do capitalismo, uma expressão utilizada por Hobsbawm para se referir à crise de 1929, contribuiu para a concentração de riqueza, cujas consequências foram: superprodução; política irresponsável de crédito; retração da demanda, de início camuflada pelos empréstimos.

Mas o crédito fácil e a demanda frágil levaram a uma inadimplência generalizada, que pôs em risco a solvibilidade das instituições financeiras, por conseguinte: o pânico espalhou-se, o crédito retraiu-se, com severo enxugamento da liquidez, empresas faliram, postos de trabalho extinguiram-se e o desemprego se fez em massa, o que reduziu ainda mais a demanda, com o acentuamento da depressão da produção. E o resultado das crises econômicas severas, da retração da produção, do acentuado desemprego, da perda drástica do poder de consumo e do empobrecimento, são o medo, a vulnerabilidade, a frustração, a raiva e a descrença nas instituições contemporâneas às crises.

Para agravar ainda mais a situação, a crise de 2008 está envolta na crise estrutural do capitalismo, consequente da tecnologia: a IA e a Robótica extinguiram postos de trabalhos antes exercidos por humanos. Ademais, a virtualização possibilitou a superação da materialidade de bens, o que ocorreu, por exemplo, com papéis fotográficos, livros, jornais e periódicos. Durante a pandemia, proliferaram-se plataformas virtuais que disponibilizam, de forma simultânea, a imagem e a fala de pessoas, permitindo que se encontrassem em tempo real no espaço digital. Tal ordem das coisas, a substituição do espaço real pelo virtual e a redução de bens materiais, se é uma boa notícia para o meio ambiente, não se mostra tão alvissareira para a economia, já que dela resultou o fechamento de postos de trabalhos sem que, até o presente momento, tenham sido criadas novas atividades econômicas aptas a absorver a mão de obra ociosa.

A durabilidade, portanto, da crise econômica não se explica, tão somente, na gravidade do boom imobiliário de 2008 e nem na pandemia, que infligiu severos danos à economia, mas, também, na crise estrutural de produção do capitalismo, que reduziu postos de trabalho sem a absorção da mão de obra ociosa. Ocorre que a durabilidade da crise econômica e do estado de ânimos, por ela acirrados, agrava a crise política que, em esfera mundial, germinou em 2001 com a derrocada das torres gêmeas em território estadunidense. Tal evento recuperou o discurso nacionalista

do “nós” contra “eles”, do inimigo comum, de um povo monolítico contra os de “fora”, que fora ardorosamente abraçado pela direita e virulentamente repellido pela esquerda. Mas tal polarização implica um relevante déficit político, posto que dificulta um diálogo racional. No acirramento ideológico, o debate passa a apresentar matiz afetiva, que abraça teorias do complô e estigmas de esquerda e direita. Desta forma, David Ruciman (2019, p. 59) descreve a política norte americana atual:

Quando il presidente è um democrático, gli elettori repubblicani sono inclini a pensare che il governo sai controllato da agenti stranieri, perché il presidente è segretamente comunista, o segretamente musulmano, o in qualche altro modo non um vero americano. Quanto il presidente è um repubblicano, allora sono i democratici a credere que la democrazia sai ostaggio di Wall Street, o che l'aministrazione sai al soldo dell'industria petrolífera.

Martha Nussbaum (2019), por sua vez, que de há tempos trabalha os afetos na política, relata a dificuldade que tem encontrado para a construção do diálogo entre os seus alunos de direita e os de esquerda. Mas essa estrutura política discursiva, polarizada por estereótipos de direita e esquerda mediante linguagem inflamada por afetos políticos primários, tais quais o medo, a frustração e o revanchismo, se geminado nos Estados Unidos e facilmente assimilado por países europeus com problemas de imigração, contou com a crise econômica de 2008 para aprofundá-la e difundi-la.

Ocorre, e é preciso que se ressalte: a acirrada polaridade entre esquerda e direita, ao dificultar a prática dialógica racional, desacredita, fundamentalmente, as instâncias políticas. A descrença nas instâncias políticas e na política leva, por sua vez, a uma dupla possibilidade de se lhe sublimar: o líder e a burocracia, que podem, perfeitamente, convergir.

POLÍTICA, DEMOCRACIA E JUSTIÇA

Hannah Arendt (1998), ao pensar sobre as causas do totalitarismo, credita ao gap entre Estado e povo, não preenchido pela política, mas, sim, pela sociedade, uma específica e significativa conjuntura que permitiu a chegada e a vivência do

totalitarismo. Ao final do século XIX, o descrédito das instituições pela corrupção dos políticos e pela dificuldade de composição racional dos interesses conflitantes em razão de embates ideológicos, concomitante ao agigantamento da burocracia estatal, leva a um crescente questionamento sobre a política, que chegou a um ponto de inflexão por ocasião do crash da bolsa de Nova York, a partir do qual as experiências fascistas passaram a se difundir pelo continente europeu. O fascismo propunha uma via transcendente de estatismo ao liberalismo e ao comunismo, baseado na representatividade direta de um povo monolítico pelo seu líder, que teria o domínio sobre a máquina burocrática estatal.

A partir do Julgamento de Eichmann, Hannah Arendt (2004) reflete, especificamente, sobre essa conjuntura, e chega à conclusão de que a burocracia seria um governo de ninguém: uma grande engrenagem em funcionamento na qual os seus dentes, plenamente disponíveis e substituíveis, apenas cumprem, sem pensamento, responsabilidade e julgamento, as ordens que lhes foram dadas. Nesta dinâmica, uma única pessoa seria insubstituível e disporia do funcionamento da engrenagem, o programador (no caso da Alemanha nazista, Hitler). Arendt, ao enfatizar a responsabilidade política centrada no líder, com plena disponibilidade sobre uma burocracia débil, mas eficiente e gigante, se posiciona pela relevância da política, que como prática dialógica crítica e racional, não apenas é um espaço necessário à democracia, mas à própria justiça.

Muito mais se pode falar sobre as reflexões de Arendt: a relação que faz entre justiça e pensamento e entre injustiça e obediência, a caracterização da política como vida ativa, uma vez que ao fugir da replicação pelo julgamento das práticas sedimentadas possui o poder de romper com o atual e iniciar o novo, assim como a associação entre estereótipos, ausência do pensamento e o mal. Mas fundamentalmente, se aterá à crítica que ela faz à desresponsabilização política, que se dá pela entrega da matéria da política à burocracia estatal que, por sua vez, não comporta responsabilização política.

Por óbvio que em algum grau, ao funcionamento do Estado, como ao gregarismo comunitário, se demanda a obediência a regras e padrões de conduta: que se siga quando acesa a luz verde e se pare quando ela se encontre vermelha. Também não se nega que ao funcionamento do Estado se atribui uma grande

quantidade de matéria à gestão burocrática informada pela técnica: infraestrutura, urbanismo, locomoção, regramento, economia, concorrência, assistência, cultura etc. Mas a atuação técnica deve se dar sob escolhas políticas, pela qual a sociedade se responsabilize, dentre as quais se encontra a da distribuição do custo do Estado, que tem impacto sobre o mercado, a concorrência, o mínimo vital, as desigualdades socioeconômicas e, mesmo, sobre as significações sociais. Acerca deste último caso, o livro de "Whiteness of wealth" analisa o impacto da tributação sobre a diferença socioeconômica entre brancos e pretos, ao passo que o STF já tem levado em consideração questões identitárias na delimitação do raio da incidência tributária.

Mas o que se quer, de fato, ressaltar é que à política cabem as decisões acerca do modelo de sociedade que se quer vivenciar. Sobre este ponto, não se pode esquecer que o tributo não é, somente, instrumento financeiro de custeio do Estado, mas político de distribuição do custo econômico estatal por entre a sociedade, para o que se deve levar em consideração elementos da justiça tributária, tais quais a capacidade contributiva, a progressividade, a seletividade, além de contingências relevantes: desafios ambientais, externalidades, saúde, tecnologia etc. Sem falar que o modelo de custeio do Estado impacta, como se tem demonstrado, não apenas a distribuição de riqueza, como questões identitárias e comportamentos sociais. Mas à medida que se planifica a tributação, que se a retira do âmbito da política, ocorre a desresponsabilização da sociedade por escolhas estratégicas acerca do modelo de comunidade que se quer experimentar e, com isso, se prejudica não apenas a democracia, como a possibilidade justiça.

A justiça, ressalta-se e repete-se uma vez mais, reivindica que se resguarдем ao debate e ao diálogo racionais as escolhas estratégicas sobre a anatomia e a funcionalidade da sociedade, já que, ao preservar a dinâmica da escuta e da palavra crítica, nela se realiza o julgamento das práticas então experimentadas, com possibilidade do rompimento e do novo. Sem que se resguarde o necessário espaço da política, que é o da responsabilização cívica pelo modelo de sociedade que se vivencia, é a própria justiça que se compromete: o que se considera, em especial, na era tecnológica.

A imagem da burocracia que Arendt trabalha, a de uma engrenagem cujos dentes apenas obedecem e replicam, ou seja, a de um governo de ninguém, revela-se da maior contemporaneidade quando se traz ao contexto a IA. Os algoritmos, pelos quais se planifica a atuação administrativa, informados por estatísticas, embora promovam um ganho relevante em eficiência, economicidade, celeridade e mesmo eficácia, geram desafios significativos: o enviesamento, que se dá pela programação do sistema a partir de dados estatísticos, o que tende a sedimentar significações sociais discriminatórias; a publicidade dos dados utilizados na programação; o diálogo com a sociedade, pelo qual se deveria programar a "engrenagem".

Nesse contexto, se pretende avaliar a EC 132, especificamente no tocante à competência tributária que restou aos Estados e Municípios em relação à tributação sobre consumo: a fixação uniforme da alíquota, que é referenciada pela estabelecida pelo comitê gestor. A extrafiscalidade, por sua vez, fica sob a competência da União Federal, que poderá criar imposto sobre bens e serviços prejudiciais ao meio ambiente e à saúde. À Lei complementar federal também caberá criar regimes especiais e reduzir alíquotas nos casos excepcionados constitucionalmente, mas não aos Estados e Municípios. É este um aspecto da maior relevante, que merece consideração específica

EC132: FEDERALISMO E DESRESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA

Conforme se considerou, a EC 132 limita os Estados e Municípios, no tocante à tributação sobre o consumo, ao estabelecimento de uma alíquota uniforme sobre bens e serviços, ao passo que caberá à União o imposto sobre bens e serviços que prejudiquem a saúde e o meio ambiente e à lei complementar federal a criação de regimes especiais e a redução das alíquotas nos casos já estipulados constitucionalmente. O que se quer considerar é que a restrição à competência tributária dos Estados e Municípios implica, ela mesma, perda do debate político.

Uma primeira razão para se ter afirmado que a perda da competência tributária estadual e municipal significa redução do campo de atuação da política é o contexto "Brasil": um país de dimensão continental, composto por diversas regiões e

localidades que entre si guardam profundas diferenças naturais, climáticas, culturais, históricas, de vocação econômica e formação humana. Ainda em relação ao Brasil, volta-se, no momento, ao início deste capítulo, quando se abordou a institucionalização brasileira, que se deu a partir da família rural e semirural: ou seja, a organização oficial se inicia pela família, que lhe confere a nota da municipalidade, mas também os seus vícios: patrimonialismo, cultura do mando, “cordialidade”.

No momento, se fica com a nota da municipalidade que acompanha o histórico de institucionalização do Brasil e que lhe é tão e mais pertinente, no contexto do tamanho e da diversidade brasileira. Ao se considerar, portanto, que o povo deve ser abordado não mediante um perfil monolítico, mas no seu aspecto plural, ganha relevância a individualidade que se dá, preferencialmente, na localidade: é no município onde o indivíduo habita, labora, estuda, se locomove, socializa e ocupa os espaços públicos. O indivíduo é de imediato impactado pelas condições de pobreza, ambientais, de concentração de renda e de desenvolvimento socioeconômico do Município. Pode-se, enfim, arguir, que o município é o ente federado real, no sentido de que no município é onde se vive.

A realidade municipal no contexto brasileiro permite que se visualize o povo a partir do seu elemento atomista: o indivíduo. Portanto, o sistema de tributação sobre o consumo resultante da EC 132 não assegura suficiente espaço à política quando centraliza as exceções ao regime de referência, no tocante ao IBS, no legislativo federal. Conforme se vem advertindo, o tributo não se limita a uma mera receita: antes, ele implica a distribuição do custo estatal por entre a sociedade, que repercute, positiva ou negativamente, sobre a pobreza, a distribuição de riqueza e de status social, o meio ambiente, a saúde e os diversos setores da vida em sociedade. Referidas escolhas são políticas e devem ser, preferencialmente, exercidas por aqueles que se encontram, de forma imediata, afetados pelos seus impactos.

Ora, sob esse ponto de vista se pode considerar o modelo original de distribuição da competência tributária pela constituição de 1988: a União, com exceção do imposto sobre a renda, recebeu a competência para criar impostos que são instrumentos para a realização das políticas que lhes são próprias: cambial, monetária, agrária, de redução de grandes desigualdades regionais. Já as

contribuições, que foram atribuídas de forma genérica à União, são, à semelhança da extrafiscalidade, tributos finalísticos, ao passo que, de forma análoga às taxas, apresentam um caráter remuneratório imanente. É a lógica da contribuição: uma atuação ou política pública direcionada a um segmento específico e delimitável não deve ser custeada por toda a coletividade, mas pelos integrantes do grupo que lhe deu causa.

Ou seja: o único tributo federal, de natureza fiscal, sem caráter sinalagmático ou remuneratório, mas puramente "contributivo" para os gastos gerais é o IR. O que significa que a tributação, da União, se limitaria, primordialmente, à obtenção de resultados específicos. Já aos Estados e Municípios se asseguraria a tributação nos moldes do imposto, que não possui uma finalidade e nem apresenta feição remuneratória, implicando o esforço geral para o custeio da máquina pública. Trocando em miúdos, caberia, prioritariamente, aos Estados e Municípios, em observância à profunda diversidade brasileira, a escolha sobre a distribuição do custo do Estado por entre a sociedade, de maneira a se decidir sobre: o grau de comprometimento do PIB com a máquina pública, a distribuição de riqueza, a redução das desigualdades socioeconômicas, a sustentabilidade ambiental, a neutralização de externalidades etc.

É algo relevante atentar que a concentração de impostos de caráter fiscal nos Estados e Municípios pressupõe que caberia aos mesmos as decisões estratégicas sobre a atribuição do custo do Estado à sociedade. Claro que referido modelo fora descaracterizado pela União Federal, que se mostrou pródiga na criação de contribuições que, na verdade, eram impostos, com as quais invadiu as competências tributárias dos Estados e Municípios, ao tempo em que fugia das regras de distribuição de receitas. Através das contribuições, a União centralizou as decisões estratégicas sobre a distribuição do custo do Estado e das rendas públicas, o que segue o movimento centralizador que se inicia com a vinda de Dom João VI, ao tempo em que também se explica na grande quantidade de municípios sem logística ou substrato econômico para subsistir.

Ocorre que a invasão da competência tributária pela União, seja por questão de tradição ou de realidade econômica, deu ares de normalidade à centralização de decisões políticas que caberiam aos Estados e Municípios. Mas a normalidade não

esconde o fato de que a centralização dessas escolhas políticas no contexto da realidade brasileira implica perda do espaço político. Até porque, a esfera federal, cada vez mais distante e inacessível ao indivíduo, não se mostra reativa o suficiente ao contingente relevante dos Estados e Municípios.

Por outro lado, eventuais ganhos financeiros pelas novas regras de distribuição de receitas não superam o fato de que a própria distribuição do custo do Estado deve ser realizada de forma justa, de maneira a se preservar o mínimo vital, a se evitar o confisco, a se realizar a distribuição de riqueza, a se superar discriminações identitárias, a se alcançar a sustentabilidade etc. Vários são os desafios da justiça na distribuição do custo do Estado por entre a sociedade e os tradicionais mecanismos do direito tributário ainda são não apenas relevantes, mas essenciais, à sua realização: capacidade contributiva, seletividade, progressividade, pessoalidade. Não obstante, a reforma tributária, para além de amesquinhar a política ao limitar aos Estados e Municípios a fixação de uma alíquota uniforme, prejudica a justiça tributária ao repudiar a seletividade.

Não se olvida que são propósitos relevantes a segurança jurídica e a neutralidade, que muito contribuem para a eficiência do mercado, a garantia da concorrência e os interesses do consumidor. Também não se questiona que à neutralidade tributária releva o amplo creditamento, para o que a criação do IBS seria interessante. De igual sorte se considera que a uniformidade do IBS e a analogia entre o seu regime jurídico e o da CBS prometem uma simplificação e clareza do regime que tendem a incrementar a segurança jurídica, reduzindo: a) as ineficiências de mercado em razão do custo do conflito e da burocracia administrativa, b) bem como a distinção do regime tributário de produtos e serviços análogos, que disputam o mesmo mercado consumidor. Ocorre que a uniformidade de um amplo IBS cumpre o mandamento de igualar, mas fecha os olhos para o de diferenciar, o que, em matéria de consumo, é relevante à preservação do mínimo vital, à formação de uma base sustentável de demanda e ao cumprimento do dever fundamental de custear o Estado, que demanda que manifestações significativas de riqueza, como o consumo supérfluo, contribuam adequadamente às suas aptidões para o financiamento da máquina pública.

Ainda sobre a uniformidade de alíquota de um IBS, se considera que a virtuosidade atribuída às características do moderno Iva europeu se dá no contexto em que a carga tributária dos países da OCDE se concentra na tributação sobre a renda e o lucro líquido, que adota uma efetiva progressividade. Por outro lado, as sociedades europeias dos países que integram a OCDE se caracterizam por uma ampla classe média, com um similar poder de consumo o que justifica uma alíquota uniforme em matéria de bens e serviços: mas o Brasil é um dos países com maior concentração de renda e desigualdade de riqueza, no qual parcela significativa da população está na linha da pobreza, ao passo que a classe média é exígua e a classe alta retém grande parte dos recursos sociais, sem revertê-los a favor da sociedade de modo a promover uma mobilização significativa da economia. Sob tal configuração, interessa que se questione acerca da justiça e eficiência quanto à superação da seletividade.

No presente momento, entende-se que é interessante trazer a defesa que da progressividade faz Dworkin (2005) no seu livro "A virtude soberana": os náufragos que chegarem a uma ilha deserta e leiloarem os bens nela presentes, saberiam que os talentos e as capacidades de cada um para gerir o quinhão de bens amealhados no leilão seriam diferentes. Cientes da diferença de habilidades, mas ignorantes quanto às aptidões específicas de cada qual para administrar o seu quinhão de bens, os náufragos optariam por adquirirem seguros para se precaverem contra a deficiência e a falta de talento. Ainda na digressão sobre os seguros, Dworkin enfrenta a questão da cobertura e do financiamento: quanto à primeira, não poderia ser muito alta ou baixa posto que, no último caso, seria ineficaz, ao passo que no primeiro aprisionaria os adquirentes das apólices de seguro ao pagamento de um elevado prêmio. Já em relação ao prêmio, considera que seria racional a escolha pelo seu pagamento mediante um sistema progressivo de Imposto de renda, uma vez que, sem saberem da sua sina, os náufragos optariam por contribuir para o seguro coletivo de forma progressiva aos rendimentos, já que a utilidade da riqueza é inversamente proporcional à sua quantidade.

Sem que se tenha espaço para se desenvolver o raciocínio que leve à seguinte conclusão, não se afastará de a propor no sentido de que a metáfora dos seguros adquiridos pelos náufragos na ilha deserta justifica a racionalidade de se optar pelo

custeio da máquina pública mediante a distribuição escalonada do custo do Estado em conformidade com a riqueza, o que abarcaria a seletividade. Seria racional que se optasse por distribuir o custeio do Estado pelas várias manifestações de riqueza, que se comprometeriam a uma contribuição mediante maior ou menor percentual em razão da sua magnitude, que se pode apurar quantitativa – progressividade – ou qualitativamente – seletividade.

Referidas constatações implicam que o tributo não é, tão somente, um mecanismo de custeio do Estado, capturável pela burocracia administrativa, mas que o tributo é objeto de escolhas estratégicas que demandam a responsabilidade cívica. Mas essa responsabilidade se amesquinha não apenas porque se retira aos Estados e Municípios a seletividade, ou seja, a competência tributária por escalonar as alíquotas em função da essencialidade do produto, como porque as exceções à uniformidade já estão previstas constitucionalmente: conforme já se considerou anteriormente, ao legislador federal a Constituição enumerou as hipóteses dos regimes especiais e de redução de alíquotas, ao passo que lhe reservou um IBS residual com o propósito de preservação do meio ambiente e de promoção da saúde. Veja-se, portanto, que não caberá sequer, ao legislador federal, aquilatar quais situações demandam um regime especial, a redução da alíquota ou a atribuição de isenção: o constituinte já realizou referido juízo de valor.

O constituinte, ao assim fazer, mediante o propósito da estabilidade normativa, exclui do processo político ordinário as decisões acerca da distribuição do custo do Estado. Mas a estabilização normativa que se pretende a partir de um modelo tributário constitucional minudente, que já encerra o juízo de valor, oportunidade e conveniência quanto aos casos que comportam exceções à uniformidade, é mais um aspecto relevante pelo qual se dá a desresponsabilização política. Caso houvesse tempo hábil, seria interessante aprofundar-se na Teoria da justiça de Rawls (2000), mais especificamente, no porquê ele resguarda à Constituição um campo restrito de deliberação, ao passo que entrega o que dele exceder ao processo político democrático ordinário. Em virtude da pretensão de estabilidade da Constituição, compreende Rawls, ela deveria se limitar a aspectos estratégicos, pouco reativos a contingências. Mas à medida que a matéria se torna reativa às contingências econômicas, tecnológicas, climáticas, ambientais e

culturais, à medida que as decisões vão ganhando concretude posto a necessária e constante adaptação à realidade, elas devem ser tomadas pelas instâncias políticas ordinárias, que é, precisamente, o que se está a vedar pela atual reforma.

CONCLUSÕES: O MODELO DE REFORMA POSSÍVEL A UMA FEDERAÇÃO COMO A BRASILEIRA

Por todo o acima exposto, se chega à conclusão de que o modelo de tributação do consumo resultante da EC 132 implica redução da área da política, ao constitucionalizar, limitar e centralizar na União as decisões sobre a distribuição do custo do Estado, o que é em especial grave ao se manter em mente que o consumo é a principal base tributável no Brasil, o que consta do relatório da Receita Federal.

Em relatório sobre a carga tributária nacional de 2021⁴, a Receita Federal estimou que a brasileira atingiu 32,95% do PIB, dentre os quais 66,25% do total arrecadado foram direcionados à União federal, 26,95% aos Estados e 6,80% aos Municípios. Ainda prosseguindo na análise dos dados constantes do relatório, 23,9% (7,88% do PIB) da arrecadação se deu sobre a renda, ao passo que 25,52% (8,41% do PIB) fora proveniente das folhas de salário, 44,02% (14,5% do PIB) teve por base os bens e serviços e 4,87% (1,60% do PIB) deu-se sobre a propriedade.

Pois bem, é justamente sobre a maior fonte de custeio da sociedade brasileira que se pretende a desresponsabilização política, mediante a estabilização de um modelo normativo que retira aos Estados e aos Municípios – aqueles que sofrem, diretamente, os impactos da realidade e de quem se espera a tomada imediata de providência para superar os problemas – a competência tributária quanto à seletividade da alíquota e a extrafiscalidade. Ou seja, pelo modelo resultante da EC 132, se irá retirar, significativamente, às regiões e localidades a responsabilidade política quanto às decisões de distribuição do custo do Estado referente à principal base tributável no Brasil, e, com isto, se indisponibiliza ao processo político ordinário estratégias de superação de dificuldades e problemas socioeconômicos, ambientais,

⁴ Relatório disponível na página Carga Tributária no Brasil 2021 – Receita Federal (www.gov.br).

culturais e identitários, dentre outras ordens: não se poderá lançar mão da tributação para superá-los.

Referida ordem das coisas pressupõe, equivocadamente, que o tributo é uma fonte asséptica de custeio do Estado: que se é possível, sem perda política, tomá-lo como matéria da burocracia estatal. Por sua vez, a concepção burocrática e apolítica do tributo mostra-se especialmente atraente em períodos de crise política, nos quais se desacredita, elementarmente, da própria política: da empreitada de um debate racional pelo qual o povo se responsabilize civicamente pelos caminhos da sociedade. Melhor do que a política, seria apostar na burocracia, na técnica, menos sujeita à captura e à corrupção, mais propícia a agir de forma eficiente e eficaz.

Não obstante o canto da sereia, como o qual a burocracia por vezes soe, as advertências de Hannah Arendt não podem ser esquecidas: a política, ao pressupor a responsabilização cívica mediante o constante julgamento crítico do que está posto, oxigena não apenas a democracia, como a própria possibilidade da justiça. A política, por conseguinte, não é superável pela burocracia: antes, é um centro decisório que convive com a burocracia, a oxigenando e adaptando, a corrigindo e aprimorando. E a distribuição do custo do Estado, se ressalta uma vez mais, em especial por se estar nas conclusões, envolve decisões estratégicas quanto ao modelo e ao funcionamento da sociedade que demanda uma constante e perene responsabilização política.

Mas essa responsabilização política fica prejudicada pela constitucionalização e centralização da política na legislação federal. Também se lhe cria desafios a perda da autonomia administrativa e, em grau relevante, financeira, dos Estados e Municípios ao Comitê Gestor do IBS: não obstante a sua independência constitucional, o Comitê Gestor do IBS terá amplos poderes financeiros – arrecadação e distribuição do IBS –, normativos – uniformidade da aplicação e interpretação do IBS, fixação das alíquotas de referência e dos regimes especiais, harmonização do regime jurídico do IBS e da CBS –, administrativos – coordenação das atividades de fiscalização, lançamento, cobrança, inscrição em dívida ativa e composição extrajudicial de litígio entre as administrações estaduais e municipais, contencioso administrativo, avaliação da eficácia de políticas extrafiscais e dos regimes especiais –, e fiscalizatórios – compartilhamento de

informações fiscais relevantes com o poder executivo federal, assim como o registro, em conjunto, com a União federal de informações referentes ao início das fiscalizações e dos seus resultados.

Para além de um órgão com amplos poderes e independência funcional enfrentar desafios referentes à acessibilidade do contribuinte, ele contribui para a tecnocracia da atividade tributária. É provável que tal situação não tenha gerado uma reação social em razão do que se falou no início desse capítulo, quanto aos vícios da institucionalização brasileira que se deu sob a cultura do mando e, consequentemente, pela exclusão e desresponsabilização política do povo. Ao referido fator soma-se, ainda, a ideia preconcebida e absolutamente incorreta, que também se está a denunciar no decorrer desse capítulo, de que a tributação é matéria técnica que escapa a um amplo debate político, posto sem impacto social relevante.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

BROWN, Dorothy A. **The whiteness of wealth**; how thw tax system impoverishes black americans – and how we can fix it. New York: Crown, 2021.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana; a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**; formação do patronato político brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

FREYRE, Gilberto. **Casa – Grande & senzala**. 50 ed. Global: São Paulo, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª Ed. São Paulo: companhia das letras, 2014.

MANN, Michael. **Fascistas**. Rio de Janeiro, Record, 2008.

NUSSBAUM, Martha C. **The monarchy of fear**; a philosopher looks a tour political crisis. New York: Simon&Schuster, 2018.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RUNCIMAN, David. **Così finisce la democrazia**; paradossi, presente e futuro di un'istituzione imperfetta. Turim: Bollati Boringhieri, 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

10. PRECEDENTES, ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA E MEDIAÇÃO NO BRASIL



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-10>

*Bruno Meneses Lorenzetto*¹

*William Soares Pugliese*²

INTRODUÇÃO

O objetivo deste texto é apresentar como, no Brasil, os precedentes podem se relacionar com a mediação judicial. Para tanto, vale recordar que o tema dos precedentes é relativamente recente no direito brasileiro. A doutrina a respeito do tema começa a se desenvolver apenas no século XXI, enquanto o tratamento legal a respeito do assunto surge, explicitamente, com o Código de Processo Civil de 2015. Essa é uma conquista de todos que se dedicaram à pesquisa deste tema e à defesa da importância dos precedentes no sistema brasileiro, desde Cruz e Tucci (2004) e Marinoni (2010) até obras muito mais recentes³, e revelam a importância do assunto.

Há cerca de uma década, se iniciaram as pesquisas a respeito dos precedentes, havia um ideal comum entre os pesquisadores brasileiros: a esperança de que, com a implementação da teoria dos precedentes no direito brasileiro, haveria um aperfeiçoamento da administração da justiça⁴, da igualdade (Kozicki; Pugliese, 2018) e, principalmente, do trabalho do Poder Judiciário (Mitidiero, 2016). Essa esperança norteou a elaboração do Código de Processo

Civil, ensejou uma série de obras doutrinárias e de iniciativas dos tribunais. Constatava-se, de fato, esperança de que a teoria dos precedentes seria um

¹ Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutorando em Direito pela UFPR (2023-). Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014)

² Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Vice-coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. Coordenador da Especialização em Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado.

³ Tais como Henriques Filho, 2021.

⁴ Na esteira de Caminker, 1994.

instrumento adequado para enfrentar um problema exacerbado no final da década de 90 e do início dos anos 2000, chamado de jurisprudência lotérica (Cambi, 2001).

No entanto, com o passar do tempo e pela análise da prática forense, percebeu-se uma grande preocupação dos profissionais da área jurídica com a aplicação desse instituto. Ou melhor, constatou-se⁵ que há uma desconfiança em relação aos precedentes e a tudo que lhes diz respeito – e, em especial, com relação ao tratamento que os magistrados conferem aos precedentes. Em síntese, o sentimento de esperança tem dado lugar ao de desconfiança.

É aqui que se apresenta o primeiro problema que o artigo pretende enfrentar: após 9 anos de aplicação concreta dos precedentes no cenário nacional, marcado pelo início da vigência do CPC, é possível afirmar que os precedentes funcionam, ou não? Os precedentes permitem o efetivo aprimoramento do direito brasileiro ou trabalham contra esse desenvolvimento?

O texto enfrentará o problema a partir de uma hipótese bastante clara: há uma confusão, no cenário nacional, entre a teoria dos precedentes e as técnicas concebidas pelo Código de Processo Civil de 2015 para defendê-la. Mais do que isso, a desconfiança não tem relação à teoria dos precedentes (*precedents in the books*), mas à aplicação desses precedentes no dia-a-dia forense (*precedents in action*). Para desenvolver essa hipótese, o texto examina os elementos fundantes da teoria dos precedentes, as técnicas de aplicação dos precedentes e a regra do art. 926, do Código de Processo Civil, que norteia a atividade dos tribunais em relação à formação da jurisprudência.

O segundo problema que o texto pretende considerar é a relação entre os precedentes com a figura da mediação judicial. A mediação, que ao lado da conciliação, é obrigatória em todos os casos cíveis judicializados no Brasil, por força do art. 334, do Código de Processo Civil, não dispõe de um procedimento estipulado pela lei e a formação dos mediadores ainda se encontra em andamento. Deste modo, cabe à doutrina identificar os pontos de intersecção entre o tema dos precedentes e

⁵ Ver, por todos, o relatório elaborado pela Associação Brasileira dos Magistrados, nos quais a opinião pessoal dos magistrados revela o sentimento com o qual encaram os precedentes: Vianna; Carvalho; Burgos, 2018, p. 113.

o da mediação, de modo a incentivar a realização de acordos calcados em premissas racionais.

1 A TEORIA DOS PRECEDENTES E O BRASIL

Fixado o problema, o primeiro passo para resolvê-lo é compreender sua causa. A desconfiança em relação aos precedentes, indicada na introdução, decorre de uma confusão conceitual entre o que propõe a teoria dos precedentes e o emprego de técnicas relacionadas aos precedentes.

Há muito, defende-se a adoção da teoria dos precedentes (Pugliese, 2016). Nesta teoria, deposita-se imensa confiança, especialmente no ponto em que há maior proximidade entre esse tema e a Constituição brasileira (Pugliese, 2019a); (Santos, Pugliese, 2017), o que se sintetiza na ideia de igualdade. Nessa linha, teoria dos precedentes pode ser sintetizada por duas noções bastante simples: *stare decisis et non quieta movere* e *treat like cases alike*. De forma mais direta, trata-se de respeitar as decisões já tomadas e não mexer no que está estabelecido e, ainda, tratar os casos iguais de forma igual (Eisenberg, 1988).

Nessa ótica, a teoria dos precedentes é elemento essencial para enfrentar um problema constitucional, que é o de compor a tensão entre dois elementos fundantes do direito: a segurança jurídica, de um lado, e o caráter argumentativo do direito, de outro⁶. Quem vê o Direito como um observador externo imagina-o como um conjunto seguro de regras nas quais é possível pautar condutas (Hart, 2012). Aqui, o Direito pode ser comparado a um jogo de xadrez, com regras absolutamente claras que oferecem segurança aos jogadores – ou melhor, às pessoas. Mas, quem pratica o Direito e o encara sob o ponto de vista interno sabe que as regras podem ser afastadas, derrotadas e até mesmo declaradas inconstitucionais. Na ótica de Dworkin, trata-se daquilo que é chamado de “desacordos” (Dworkin, 1986). Isso se dá por meio da argumentação – e, em geral, por meio de argumentos de princípio. Nessa ótica, o jogo de xadrez não explica nada do fenômeno jurídico. Na prática, isso

⁶ Essas expressões são de Maccormick, 2005, e foram explanadas com profundidade em Kozicki, 2018, p. 145-181.

significa que a segurança que o Direito pretende oferecer a cada cidadão acaba se relativizando, gerando “justiças” diferentes.

E não há, nem na Constituição, nem na legislação, um mecanismo que evite essa tensão de forma tão eficaz quanto os precedentes. Os precedentes complementam a legislação, como ensina Frederick Schauer. Ao julgar um caso, o tribunal identifica os fatos relevantes que ensejam a aplicação de uma norma. É essa norma que define quando duas situações são similares e que estabelecerá o grau de generalidade com que os fatos devem ser compreendidos e descritos pelo tribunal (Schauer, 2009, p. 52). Isto significa que a teoria dos precedentes não se sustenta apenas em si mesma. Se há uma regra externa ao precedente que determina a materialidade dos fatos, é esta regra, e não o precedente, que carrega a força vinculante.

Em outras palavras, a teoria dos precedentes se aproxima da Constituição brasileira porque promove igualdade na medida em que justifica a necessidade de se aplicar o Direito de forma consistente, em situações fáticas semelhantes. Isto não é um demérito aos entendimentos pessoais de cada magistrado. Trata-se da promoção de um direito fundamental.

Como sustentado acima, os precedentes desenvolvem o Direito no âmbito de sua interpretação (Maccormick, 2005). Seguir a teoria dos precedentes, ao mesmo tempo em que promove-se igualdade, oferece um grau a mais de segurança jurídica (Mitidiero, 2016); (Ávila, 2019), pois os precedentes contêm as regras definidas pelas Cortes, após o desenvolvimento dos argumentos das partes (Schauer, 2016).

É possível ir mais além e concluir que seguir precedentes, ou melhor, seguir a teoria dos precedentes, é uma opção que também promove mais liberdade. Afinal, a partir da segurança jurídica e da igualdade, compreendida em sua face de previsibilidade, o jurisdicionado pode tomar decisões seguras. Os precedentes, portanto, promovem liberdade com racionalidade.

Como síntese deste tópico, vale recordar: a teoria dos precedentes, que se resume em respeitar as decisões já tomadas, não mexer no que está estabelecido e tratar os casos iguais de forma igual, é uma solução jurídica para um problema constitucional na medida em que promove mais igualdade, segurança e liberdade no âmbito do Direito, que por natureza é argumentativo e marcado pelo exercício do

dissenso. Nessa linha, há poucos fundamentos que possam ser suscitados para criticar a teoria dos precedentes. O próximo item, porém, considerará essas críticas e oferecerá algumas respostas possíveis.

2 A TEORIA DOS PRECEDENTES APROXIMADA DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS

Se a teoria dos precedentes promove consequências tão positivas, por que tantos profissionais estão em dúvida em relação a ela? Por que há juristas que desconfiam dos precedentes?

A resposta está no seguinte ponto: os profissionais da área jurídica não desconfiam da teoria, mas das técnicas de formação e de aplicação dos precedentes que foram concebidas nos últimos anos. Dentre elas, destacam-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o Incidente de Assunção de Competência (IAC), a edição de súmulas, de temas e de teses⁷. Tudo indica, portanto, que o presente artigo esboçará um ataque aos tribunais superiores, já que essas técnicas são majoritariamente empregadas por essas cortes. Isto seria, porém, propagar a desconfiança sem compreender o verdadeiro problema.

Reduzir o problema aos tribunais superiores é uma falácia. A desconfiança constatada se deve ao descompasso entre a formação e a aplicação dos precedentes e, nesse aspecto, todos os profissionais da área jurídica têm responsabilidade. Advogados, juízes, promotores, servidores e demais auxiliares da justiça que atuam no primeiro grau têm responsabilidade; os que atuam no segundo grau têm responsabilidade e, por fim, os que atuam nos tribunais superiores têm responsabilidade. Esta constatação, porém, pode ser vista como algo positivo, pois permite identificar os pontos em que a postura deve ser alterada. É o que se passa a expor.

Em primeiro lugar, deve-se deixar claro: os tribunais superiores têm desempenhado sua função. Os tribunais superiores, diariamente, estabelecem precedentes (Mitidiero, 2017) por meio de decisões, seja em IRDRs, em IACs ou em julgamentos de recursos não afetados por qualquer técnica. Os tribunais superiores

⁷ Ver, sobre o tema, Pugliese, 2020, p. 333-370.

também se utilizam de métodos para publicizar suas decisões e organizá-los, seguindo a norma do art. 927, § 5º, do CPC. Daí é que se fala em súmulas, em teses, em temas, em IRDR, em IAC, e assim por diante. Como dito, os tribunais superiores têm se utilizado de técnicas de julgamento, especialmente para o tratamento de casos repetitivos, que definem o posicionamento sobre questões de direito e que orientam o Poder Judiciário como um todo. O objetivo de todas essas técnicas é a definição de precedentes.

Ocorre que cada essas técnicas não afastam, muito menos suprem, a importância da teoria dos precedentes. Ou seja, após a decisão do tribunal superior que fixa um precedente há um segundo tipo de trabalho, igual ou mais complexo que o primeiro, que é a análise de pertinência do precedente ao caso que está diante do juiz ou do Desembargador. Não se trata de aplicação mecânica, mas de reflexão relevante e essencial para que o sistema funcione. Aqui é que surge a relevância do raciocínio de identificação de precedentes (Henriques Filho , 2021), da distinção (*distinguishing*) e da superação (*overruling*) (Jobim , 2021); (Fuga, 2020).

Não há como presumir que os tribunais superiores, ao firmar precedentes, resolvem o problema com um passe de mágica. Estabelecer o precedente é um dos passos da teoria dos precedentes. Depois disso, o trabalho passa a ser de toda a comunidade jurídica, a fim de que o precedente firmado seja identificado aos casos pertinentes e afastado dos casos diferentes. Mais do que isso, quando o precedente é firmado, a argumentação desenvolvida pela corte também pode ser debatida, tarefa que deve ser assumida especialmente pela doutrina (Rodrigues Júnior, 2010, p. 65-106).

É preciso, deste modo, aproximar a teoria dos precedentes das técnicas processuais disponíveis no Brasil. Não basta que os tribunais superiores estabeleçam precedentes. Esta é apenas uma das etapas do trabalho. Depois disso, os advogados devem argumentar a partir de precedentes; os juízes devem decidir com fundamento em precedentes (ou justificar porque não os seguiram); o Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, deve colaborar com a avaliação de pertinência do precedente sobre o caso. E, adiantando o ponto final deste texto, todos os envolvidos devem buscar acordos à luz dos precedentes. Há trabalho para todos.

O que não se pode admitir, porém, é a noção de que ao se julgar um IRDR, um IAC, ou um recurso extraordinário com repercussão geral, forma-se um precedente que não mais será questionado. Este parece ser o mito que tanto gera desconfiança a respeito dos precedentes. Reitera-se: a formação do precedente é uma etapa na teoria dos precedentes. De modo algum a formação do precedente esgota a teoria ou a prática. Por isso, a desconfiança deve dar lugar ao respeito às decisões, reconhecendo a força dos precedentes como argumento jurídico relevante no Direito brasileiro (Pugliese, 2019b, p. 260-280).

O que foi desenvolvido neste item responde o que se reputa como principal problema relacionado à desconfiança em relação aos precedentes, no Brasil. Há, porém, um segundo foco de desconfiança que merece ser examinado no tópico a seguir.

3 A RELAÇÃO DOS PRECEDENTES COM A JURISPRUDÊNCIA

O segundo foco de desconfiança em relação aos precedentes também decorre da confusão entre a teoria e as técnicas relacionadas aos precedentes, mas está afastado dos tribunais superiores. A questão é que, apesar da propagação do assunto dos precedentes, ainda há juízos espalhados pelo território nacional que, deliberadamente, deixam de aplicá-los. Em outros casos, os precedentes não são aplicados por desconhecimento da existência de uma decisão de tribunal superior a respeito do tema. O fato, portanto, é que boa parte da desconfiança em relação aos precedentes gira em torno da constatação, na prática, de que juízes e tribunais não os aplicam.

Como resposta para este ponto, deve-se partir da observação de que o Código de Processo Civil de 2015 tem dois dispositivos que estão mais próximos da Constituição, no sentido material: o art. 489, § 1º, e o art. 926, *caput*.

Só há sistema de precedentes se as decisões que formam e aplicam os precedentes são bem fundamentadas. Daí o papel vital de se respeitar o art. 489, § 1º, que estabelece parâmetros mínimos para que as decisões sejam consideradas fundamentadas. Sem isso, não há como identificar os elementos relevantes de um precedente de um tribunal superior; igualmente, não há como avaliar se uma decisão

de primeiro grau aplicou corretamente um precedente ou se realizou uma distinção relevante (Pugliese, 2016, p. 122-137).

Em outras palavras, ao se considerar o art. 489, § 1º, do CPC, no momento de se tomar uma decisão judicial, tem-se a garantia de que ela respeita os precedentes anteriores e, se for o caso, servirá como precedente para casos futuros. Isto se deve ao próprio conteúdo da norma⁸. O inciso I garante a identificação do silogismo entre o fato material e o ato normativo pertinente ao caso, raciocínio vital para a sustentação da decisão e para a teoria dos precedentes. O inciso II vai além e exige do magistrado que, ao empregar conceitos jurídicos indeterminados, explique os motivos concretos de sua incidência no caso. Este ponto nada mais é do que uma reflexão contemporânea que desenvolve o inciso I. Ora, a norma aplicada ao caso não será, necessariamente, uma regra. Se a norma foi um conceito jurídico indeterminado, uma cláusula geral ou um princípio, a decisão deve explicar com maior cuidado as razões de sua incidência sobre os fatos. Este mesmo raciocínio vale para o inciso III. O inciso IV, por sua vez, é mais importante para a teoria dos precedentes do que para a decisão do caso, sob o ponto de vista individual. Para decidir um caso, seria suficiente que o juiz indicasse as razões de seu convencimento, como previa o Código de Processo Civil de 1973 e como entende o Superior Tribunal de Justiça (ainda que essa concepção viole o princípio democrático e encontre pouco respaldo da doutrina). Mas, para formar um precedente, todos os argumentos precisam ser enfrentados, sob pena da decisão anterior ser insuficiente para permitir o julgamento de um caso futuro. Esta questão está diretamente ligada à noção de responsividade e de qualidade dos argumentos lançados no precedente

⁸ Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

para que ele produza seus efeitos de modo adequado. Os dois últimos incisos, V e VI, dispensam comentários mais extensos neste tópico, uma vez que exigem que o julgador trabalhe diretamente com os precedentes disponíveis quando proferir uma decisão.

Em síntese: fundamentar a decisão é ato intrinsecamente ligado à formação e à aplicação de precedentes. Não há como defender a força dos precedentes sem reconhecer a importância da fundamentação. Isto significa que a formação de precedentes, por qualquer via que seja, não deve ser vista como técnica que permite o julgamento de casos repetitivos como se fossem um só. O precedente deve ser aplicado, mas a decisão que julga cada um dos processos precisa ser fundamentada e indicar a semelhança entre os casos e demonstrando a incidência da decisão anterior. Na verdade, esta é outra via para afirmar o que já foi destacado no item anterior: a formação do precedente é uma etapa na teoria dos precedentes. A aplicação do precedente pelo Judiciário é igualmente relevante.

Mais do que isso, só há sistema de precedentes se todos os profissionais que atuam no âmbito jurídico, especialmente nos tribunais, compreenderem a importância de se buscar uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente, conforme a previsão do art. 926, *caput*, do CPC. Isto significa que o conjunto de decisões produzidas pelo Poder Judiciário deve fazer sentido, respeitar a Constituição, a legislação e os precedentes já fixados e, como consequência, tratar os casos iguais de forma igual. Este ponto, apesar de tudo que se sustentou até aqui, é o mais importante porque, ao se tratar casos iguais de forma igual, tratam-se pessoas em situações iguais de forma igual. É necessário ultrapassar os limites de uma regra meramente formal e compreender que seguir precedentes é uma atitude de preocupação real com o cidadão, com o jurisdicionado. A jurisprudência uniforme, que segue precedentes, preserva a integridade e a coerência do sistema jurídico.

O que se pode argumentar contra esta afirmação, porém, é que seguir precedentes limita o Direito. Esta consideração, no entanto, não é verdadeira para a teoria dos precedentes e não pode ser verdadeira para o Direito brasileiro. É que seguir o art. 926 impõe reconhecer que os precedentes podem ser superados e que, nesses casos, devemos nos atentar para os efeitos dos precedentes no tempo. Daí a preocupação com a estabilidade, que também integra o rol de princípios da

jurisprudência. Daí a preocupação de tantos pesquisadores com a modulação de efeitos (Alvim, 2021) e com a superação para frente dos precedentes (Mitidiero, 2021).

A preocupação da uniformização da jurisprudência com o tempo demanda um breve resgate de Ronald Dworkin, que afirma que a história importa muito para o Direito, mas de uma maneira específica. Para ele, a integridade não exige consistência ao longo de todos os estágios históricos de um Direito e também não exige dos juízes que compreendam do Direito como um processo contínuo de desenvolvimento, com remissões a institutos jurídicos de séculos atrás. Ao contrário, a integridade demanda uma consistência horizontal de princípio em toda a gama de padrões estabelecidos pelo Direito da comunidade (Dworkin, 1986). O Direito contido na jurisprudência, assim, não é apenas um conjunto de decisões e dos resultados dos processos judiciais, mas sim o resultado dos princípios e dos argumentos desenvolvidos nas decisões. Neste sentido, a história importa porque esse conjunto de princípios e de fundamentos estabelece a conexão entre o passado, o presente e o futuro. Com isso, qualquer ato jurídico, seja uma lei, seja um precedente, só se sustenta diante das circunstâncias temporais e sociais de um determinado período histórico. Nesta linha, não há qualquer sentido em se questionar a discrepância entre precedentes firmados em períodos históricos completamente distintos.

Em verdade, vale aqui o registro que a jurisprudência estável está muito próxima daquilo que o legislador, há muito tempo, procura fazer. Ao se alterar uma regra, é preciso revogar a anterior, dispor sobre a entrada em vigor da lei nova, estabelecer regras de transição para situações jurídicas já em andamento. Claro que ainda há muito a aprender e refletir sobre como desempenhar essa tarefa no Poder Judiciário, mas é certo que, com essa preocupação marcando a atividade dos tribunais, boa parte da desconfiança será afastada.

O que falta, em síntese, é considerar com maior cuidado o princípio da estabilidade. Com ela, haverá menor variação – ou menor surpresa – nas decisões de primeiro e segundo grau. Ao mesmo tempo, a estabilidade implicará maior cuidado dos tribunais superiores quando da alteração de um precedente, respeitando limites temporais e preservando as situações e os negócios jurídicos já constituídos.

Passa-se, agora, à análise de como esses precedentes podem contribuir para as mediações judiciais.

4 DESESTÍMULO À LITIGÂNCIA E FAVORECIMENTO DE ACORDOS

Como destacado na introdução, o Código de Processo Civil de 2015 passou a exigir, de toda causa cível, que se realize uma audiência de mediação ou de conciliação antes da oferta de defesa⁹. As exceções são poucas: tal audiência somente não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; ou se os direitos em tela não admitirem autocomposição. Ou seja, salvo poucas exceções, toda causa, no direito brasileiro, será objeto de pelo menos uma audiência com o objetivo exclusivo de se alcançar uma solução consensual para o conflito.

No entanto, apesar do Código de Processo Civil exigir que essa audiência ocorra, não há na lei a indicação de qualquer técnica a ser utilizada pelo mediador ou conciliador. Em verdade, dessa tarefa foi incumbido o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atual responsável pela formação de conciliadores e mediadores em âmbito nacional. Ocorre, no entanto, que apesar da relevante formação que vem sendo desenvolvida, a cultura da solução consensual ainda não alcançou todos os profissionais envolvidos na prática forense, de modo semelhante ao que se demonstrou sobre a teoria dos precedentes.

Como forma de incentivar uma mudança de comportamento e de demonstrar o valor da mediação é que se sustenta, aqui, que há uma intrínseca relação entre os precedentes e a mediação. Richard Posner possui uma concepção bastante particular acerca da produção de precedentes e da atividade judicial (Posner, 2008, p. 508), uma vez que seu raciocínio parte da análise econômica do direito, escola conhecida, mas não seguida, por nenhum dos autores deste texto. Algumas considerações do autor, porém, são imprescindíveis para tratar do tema dos precedentes.

⁹ Sobre o tema, ver Tartuce, 2021.

Para Posner, o conjunto de decisões proferidas pelo Poder Judiciário forma um acervo de capital (Posner, 2008, p. 507), o que pode ser traduzido na noção de enriquecimento do ordenamento jurídico. Por outro lado, o autor observa que o litígio é bastante custoso para as partes. Assim, sempre que possível, o acordo é sempre uma melhor opção. O litígio só prossegue se as partes acreditarem que têm chance de receber uma decisão favorável. Assim, a incerteza é uma condição necessária para que se dê continuidade ao processo judicial. Se a incerteza é grande, haverá um alto número de litígios, inclusive no âmbito recursal.

No entanto, se as decisões judiciais passam a ser respeitadas como precedentes, a incerteza é reduzida e, por consequência, o número de litígios torna-se menor (Posner, 2008, p. 508). Nesse sentido, ao se revestir como precedente, a decisão projeta a influência dos juízes com maior eficácia para guiar comportamentos futuros e para que os particulares resolvam seus conflitos sem a necessidade de recorrer ao Judiciário.

A composição extrajudicial defendida por Richard Posner, portanto, não é o acordo em que o autor aceita uma proposta desvantajosa por ser hipossuficiente. Pelo contrário, o acordo fundado em precedentes permite que as partes identifiquem qual seria a decisão judicial para o caso. Assim, o resultado de um acordo nestes termos é muito mais justo do que as tentativas de conciliação empreendidas pelo Judiciário brasileiro. O mesmo pode ser dito para a composição judicial, tornada obrigatória pelo processo civil brasileiro.

Faz-se referência, aqui, às costumeiras reuniões chamadas de *pretrial*, em que comparecem as partes e seus advogados, somente. Nelas, os interessados apresentam suas provas e procuram identificar, pelos elementos fáticos, a decisão que um juiz proferiria a respeito do caso. A partir disso, negociam um acordo, pagando-se o que é devido, mas com a economia de tempo e dinheiro que um processo judicial acarreta.

Essa prática, porém, só se torna factível no momento em que existe previsibilidade das decisões. Do contrário, é mais vantajoso apostar no processo judicial, já que existe a possibilidade de julgamento favorável. A demora do procedimento também favorece a parte com melhores condições, que pode

prolongar o tempo de tramitação do processo e buscar, com isso, um acordo em termos muito mais vantajosos, mesmo que ela não tenha razão na demanda¹⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a investigar se, após 9 anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015 e de aplicação concreta dos precedentes no cenário nacional, é possível afirmar que os precedentes contribuem ou trabalham contra o desenvolvimento do direito. Partiu-se da identificação de duas concepções distintas a respeito do instituto: a primeira, de esperança; a segunda, de desconfiança.

A hipótese anunciada foi a de que há uma confusão, no cenário nacional, entre a teoria dos precedentes e as técnicas concebidas pelo Código de Processo Civil de 2015 para defendê-la. Para demonstrar as primeiras linhas a respeito deste tema, expô-se que a teoria dos precedentes, que se resume em respeitar as decisões já tomadas, não mexer no que está estabelecido e tratar os casos iguais de forma igual, é uma solução jurídica para um problema constitucional na medida em que promove mais igualdade, segurança e liberdade no âmbito do Direito, que por natureza é argumentativo e marcado pelo exercício do dissenso. A teoria, portanto, não é responsável pela desconfiança em torno do assunto.

A responsabilidade por esta postura é das técnicas de formação e de aplicação dos precedentes, concebidas nos últimos anos – ou melhor, da postura adotada pelos profissionais da área em relação a essas técnicas. É preciso que se tenha claro que cada uma delas, quando bem utilizada, resulta na edição de uma decisão que servirá como precedente. A partir daí tem início uma segunda etapa de trabalho, que é a análise de pertinência do precedente ao caso que está diante do juiz ou do Desembargador.

Por isso, concluiu-se, que a desconfiança com as técnicas de formação e aplicação dos precedentes está intrinsecamente ligada à questão da identificação dos precedentes e da estabilidade. Para eliminar essa desconfiança, não se deve buscar um afastamento dos precedentes, mas iluminar ainda mais esse instituto e

¹⁰ Nesse sentido, pertinente a crítica de Owen Fiss aos acordos: Fiss, 2004, p. 121-145.

defendê-lo com os elementos de sua teoria e das ferramentas que a acompanham. Sem a teoria, sem as ferramentas, ou sem os dois, o Direito que a Constituição brasileira estabelece como norte não acontecerá. Os precedentes funcionam e são necessários para que o Direito brasileiro se desenvolva, ao mesmo tempo em que se ofereça segurança e previsibilidade.

Por fim, ao se refletir sobre as técnicas de autocomposição judicial, tão em voga no Direito brasileiro, cabe apontar que os precedentes reduzem a incerteza e, por consequência, permitem a realização de um maior número de acordos. Ao se revestir como precedente, a decisão projeta a influência dos juízes com maior eficácia para guiar comportamentos futuros e para que os particulares resolvam seus conflitos.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? **Stanford Law Review**, Stanford, v. 46, n. 4, p. 817-873, abr. 1994.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FISS, Owen. Contra o acordo. **Um novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.121-145.

HART, Herbert L. A. **The concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Identificação de precedentes**. Londrina: Thoth, 2021.

JOBIM, Marco Felix; OLIBEIRA JR., Zulmar Duarte. **Súmula, jurisprudência e precedente**. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2021.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Org.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 1. p. 145-181.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e Cortes supremas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. Fondo de Cultura Económica, [s.d.]. p. 508

PUGLIESE, William S. A concepção de decisão judicial à luz da jurisdição constitucional e da democracia. In: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; ROBL FILHO, Ilton Norberto (Org.). **Jurisdição constitucional e democracia**. Itajaí: UNIVALI, 2016. v. 1. p. 122-137.

PUGLIESE, William S. A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 2, p. 333-370, 2020.

PUGLIESE, William S. **Precedentes e a civil law brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PUGLIESE, William S. Uma proposta de significado para o efeito vinculante. **Revista Brasileira de Direito IMED**, v. 15, p. 260-280, 2019b.

PUGLIESE, William S.; LARA, Juliane Guiesmann de. A motivação das decisões como direito fundamental material. In: ALEXANDRE, André Demétrio; LARA, Gustavo Dalpupo de; KOZICKI, Katya; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BUSTAMANTE, Thomas; CHUEIRI, Vera Karam de (Org.). **Interpretação da constituição e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, v. 2, p. 144-159, 2019a.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010.

SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, William S. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 272, p. 375-396, 2017.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2021.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem Somos**: a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: AMB, 2018, p. 113. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em : 10 dez. 2024.

11. A POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO: ARGUMENTOS ÉTICOS, MORAIS E PRAGMÁTICOS SOB UMA ÓTICA SISTÊMICA – ELEMENTOS DE VALORIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS¹



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-11>

Suzéte da Silva Reis²

Gustavo Jaques³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema a política pública de combate ao trabalho em condições análogas à de escravo, na linha de valorização dos direitos humanos e tem como objetivo analisar a referida política sob uma ótica sistêmica com base nos argumentos éticos, morais e pragmáticos envolvidos no trabalho livre e digno.

O problema do trabalho é constatar como os argumentos éticos, morais e pragmáticos, pela via sistêmica, podem servir às políticas públicas de combate ao trabalho escravo. A hipótese é a de que, com a premissa dos direitos humanos e da solidariedade, e com a utilização de argumentos éticos, morais e pragmáticos, seja possível uma política pública em prol da igualdade, da liberdade e do trabalho digno.

O estudo justifica-se cientificamente pela importância de trabalhar na academia as bases para o desenvolvimento de uma política pública consistente no

¹ Artigo elaborado no âmbito do Projeto de Pesquisa “Enfrentamento da escravidão contemporânea na perspectiva do trabalho digno: interlocuções com a dignidade humana e os objetivos de desenvolvimento sustentável, vinculado ao Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISC.

² Doutora em Direito (Área de concentração: Direitos Sociais e Políticas Públicas) pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISC. Professora de Cursos de Especialização Lato Sensu em diversas instituições de ensino superior. Coordenadora do grupo de pesquisas “Relações de trabalho na Contemporaneidade”, ligado ao PPGD UNISC. Endereço eletrônico: sreis@unisc.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0526411653933592>.

³ Doutor em Filosofia (PUCRS). Doutor em Direito (UNISC). Mestre em Direito (UNISC e PUCRS). Especialista em Processo Civil. Pós-graduado em Direito do Trabalho. Parecerista da Revista da Escola Judicial do TRT4. Professor visitante em Pós-graduação (Especialização). Juiz do Trabalho (TRT da 4ª Região). Foi Juiz do Trabalho do TRT da 23ª Região, Procurador do Estado do RS e Professor da PUC/RS. Endereço eletrônico: gustajuques@uol.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6572810190761001>

combate ao escravo contemporâneo, com ações preordenadas pela ótica sistêmica, bem como pelo aspecto social, já que envolve a liberdade humana e o trabalho digno.

São objetivos deste trabalho observar como as políticas públicas de combate ao trabalho em condições análogas à de escravo têm servido para assegurar o reconhecimento da igualdade entre as pessoas, a preservação do direito de ir e vir e as condições de trabalho dignas.

Para alcançar tais objetivos, será delimitada a política pública de combate ao trabalho em condições análogas à de escravo para, após, apresentar instrumentos que compõem a política pública, dentre eles, o ensino, o poder de polícia, a regulação dos bens privados, a criminalização da conduta e a reinserção social. Na sequência, o foco será no principal instrumento, ou ao menos, o mais visível para inibir condutas ilegais, qual seja, o poder de polícia. Em seguida, estudam-se os argumentos éticos, morais e pragmáticos que justificam este instrumento da política pública. Após, os direitos fundamentais envolvidos e os respectivos argumentos que os justificam. Encerrando, são trabalhados o regime jurídico do serviço público e as diretrizes críticas para reformulação das políticas públicas.

POLÍTICA PÚBLICA: COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO

Primeiramente, há que se contextualizar qual o sentido para a expressão política pública. Há alguns sentidos, mas um norte advém da reflexão, após análise de várias possibilidades de entendimento, de Reck (2018, p. 117):

Isso é, as políticas públicas formam um todo orgânico especializado em algo, cujo discurso apresenta uma coerência narrativa entre fins e os atos de fala necessários em sede de poder administrativo, ou seja, faz uma ligação causaliforme e comunicativa entre as medidas e os valores a serem alcançados. A política pública é, assim, uma unidade de diferenças.

Partindo dessa unidade de diferenças, em sede de valores preservados, a nomenclatura dada ao instituto objeto da política pública pode variar (e talvez tenha

sido utilizada a variação justamente para se amenizar a política pública contra interesses econômicos e de proprietários de terra), mas a interpretação que parece ser mais coerente com a proteção dos direitos humanos e em prol de uma visão de solidariedade jurídica é que, independente da nomenclatura, o sentido se direcione à máxima efetivação dos direitos fundamentais de igualdade, liberdade e trabalho digno.

Já em relação ao tema combatido pela política pública, conceitua-se ou denomina-se a nova forma de escravidão com vários nomes, entre eles os mais comuns são: trabalho escravo, trabalho escravo contemporâneo, escravidão por dívida e servidão; escravidão branca; trabalho forçado ou obrigatório e/ou em condições degradantes; trabalho em condições análogas às de escravo (art. 149 do Código Penal). Em síntese, “trabalho escravo é, portanto, uma forma reduzida de trabalho em condição análoga a de escravo e que representa uma antítese ao trabalho decente” (Reis, 2019, p. 249).

Pontuada a nomenclatura, há que se observar as premissas para uma sociedade que combata o trabalho escravo. Os direitos humanos e o princípio da solidariedade são elementos estruturais para erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil, porque, sob o primeiro aspecto, denota-se que o conhecimento das bases dos direitos humanos, passando pelos antecedentes históricos, a consolidação do valor da pessoa nas normas internacionais, o retorno da ética como reconhecimento do Outro como ser igual, livre e digno, a educação como elemento de formação de um cidadão em um contexto democrático, bem como os pilares da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais são constitutivos na busca da paz mundial e da justiça social. Esses elementos estruturais são essenciais na erradicação do trabalho escravo contemporâneo, exigindo medidas de políticas públicas na perspectiva de um trabalho digno e universalizável focado na pessoa humana como valor primordial e o capital como meio para ser alcançado um trabalho em condições de bem-estar social.

Também, denota-se que a relação de trabalho não precisa ser vista como uma relação de polos antagônicos, mas, sim, interdependentes e complementares, com igual importância enquanto seres humanos integrados a uma sociedade. A

solidariedade pode ser o norte que impregna o ambiente laborativo e estimula a cooperação de ambas partes, no intuito de uma convivência produtiva e realizadora dos valores sociais e da livre iniciativa, para que as atuais e futuras gerações seja mais humanizada, implicando uma vida digna a todos. Portanto, pensar a solidariedade social como elemento fundamental de direitos humanos e do direito ao trabalho é uma ação que transcende a interação entre particulares e, mesmo, a relação entre Estado e particulares, porquanto há que se considerar a realidade dos grandes e poderosos conglomerados econômicos, muitas vezes meros intermediários da atividade produtiva, e que exige investimento em educação e a presença de respeito mútuo, de forma que todos sejam responsáveis sociais, por intermédio de políticas públicas, na construção de uma sociedade mais livre, igual e solidária.

Com essas premissas fundacionais, o combate ao trabalho escravo contemporâneo pressupõe a adoção de medidas nas áreas de prevenção, repressão e, também, indenização, bem como políticas públicas de reinserção social dos trabalhadores após o resgate, pois só a retirada desta condição pelos agentes de fiscalização não será suficiente para devolver integralmente a dignidade do ser humano. Em sede do âmbito administrativo, a fiscalização do trabalho verifica se os trabalhadores estão sujeitos ao trabalho forçado, servidão por dívida, jornada exaustiva ou condição degradante, por intermédio da constatação no local de condições básicas de permanência, tais como alojamentos precários, alimentação imprópria e insuficiente, água não potável, ausência de registro na CTPS, falta de observância das normas de segurança do trabalho e agressões físicas ou morais. Constatadas tais violações, os trabalhadores são resgatados, com percepção dos valores trabalhistas referentes à rescisão de um contrato e retorno ao seu local de origem. Além disso, há o encaminhamento de denúncia do crime (art. 149 do CP) ao órgão estatal respectivo. Também, no aspecto administrativo, há a inserção no cadastro dos empregadores autuados por exploração de trabalho escravo, aspecto que terá efeitos inclusive no âmbito civil/contratual, com restrição de crédito ao mau empregador. Um benefício complementar ao trabalhador é a concessão do seguro-desemprego no valor de um salário mínimo (por 3 meses) e o acesso prioritário ao Programa Bolsa-Família. Também, ações do Ministério Público do Trabalho podem

envolver uma indenização para o trabalhador lesado, além do reconhecimento de um dano moral coletivo.

INSTRUMENTOS QUE COMPÕEM A POLÍTICA PÚBLICA

Mencionadas as premissas e algumas ações a serem adotadas no combate ao trabalho escravo contemporâneo, os instrumentos que compõem a política pública devem estar conectados a uma linha sistêmica de atuação, consistindo em ações preordenadas. Assim, parte-se do fundamento de que “sem a política pública, o uso dos instrumentos pela Administração Pública fica desconectado de uma linha de objetivos” (Reck, 2018, p. 118).

Dessa maneira, podem ser apontados como principais instrumentos da política pública de combate ao trabalho escravo contemporâneo: ensino (educação, especialmente anos fundamentais), poder de polícia (atuação do Ministro do Trabalho, da Polícia Rodoviária Federal, da Polícia Federal e do Ministério Público do Trabalho), regulação dos bens privados (expropriação – art. 243 da CF), criminalização da conduta (art. 149 do CP), reinserção social (bolsa família e seguro-desemprego).

O sustentáculo das ações da política pública de combate ao trabalho escravo se estar na condição humana, isto é, uma visão sistêmica de preservação dos direitos humanos. Aliás, a respeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi um marco na história dos direitos humanos, pois conciliou múltiplas visões jurídicas e culturais do mundo, com resultado firme na proclamação em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. O documento resultou de muitos esforços e um processo de reflexão que teve início no ano de 1945. Seu objetivo era não mais repetir as violações das liberdades individuais que ocorreram na Segunda Guerra Mundial. Logo, a Declaração estabelece uma proteção universal dos direitos humanos e serviu de parâmetro para as Constituições de diversos países democráticos e alicerça, conjuntamente, com o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pactos incorporados ao sistema brasileiro pelos Decretos n. 591 e 592, de 06 de julho de 1992) a Carta Internacional de Direitos Humanos. Em relação aos objetivos,

a Declaração (DUDH) já na abertura proclama a importância de implementação de políticas públicas (ensino, educação e medidas progressivas de observância) por todas as nações (<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>):

Estes ideais gerais são depois confirmados ao longo da Declaração, como destaca Gorczewski (2016, p. 157), "já nos primeiros artigos da Declaração percebe-se a retomada dos ideais da Revolução Francesa, os valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens são agora apresentados no âmbito universal".

Dessa forma, tratar a todos sem discriminação racial, cultural ou social exige reconhecer igual valor aos demais seres humanos, aspecto que exige medidas governamentais no sentido de educação e proteção de todas as pessoas e, em especial no presente estudo, dos trabalhadores submetidos à relação de emprego, de forma que a condição humana prevaleça nesta interação com o empregador e o agir estatal se instrumentalize com a máxima efetividade no combate ao trabalho escravo contemporâneo.

UM DOS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA PÚBLICA: PODER DE POLÍCIA

Como formas de manifestação da política pública de combate ao trabalho escravo, ganha relevo o trabalho dos auditores fiscais, policiais rodoviários federais, policiais federais e, também, procuradores dos trabalhos, os quais embora não integrem o Poder Executivo atuam fortemente em prol do cumprimento das políticas públicas orientadas constitucionalmente. Esses servidores públicos constatarem, na realidade do dia a dia, a prática do trabalho escravo, utilizando-se de recursos tecnológicos de pesquisa de áreas, fotografias e filmagens do ambiente de trabalho, podendo levar a conhecimento dos demais participantes de poderes (gestores públicos, magistrados e legisladores) a dura vida de quem trabalha em ambientes e condições insalubres e com habitações precárias e água poluída.

Dessa forma, no exercício do seu poder de polícia, os servidores públicos estão legalmente autorizados a apreender, a título exemplificativo, os registros do armazém da fazenda, para constatar os produtos adquiridos pelo trabalhador (por exemplo, pagamento com bebidas alcóolicas), bem como se os valores atribuídos são

compatíveis com o mercado ou são desproporcionais (por exemplo, um quilo de arroz por R\$ 10,00). Tal diligência, com uso do poder de polícia estatal, é fundamental como prova documental da abusiva dívida imposta ao trabalhador, porquanto será importante para caracterização posterior do crime previsto no art. 149 do Código Penal. A fiscalização do trabalho será essencial na investigação de quem dava as ordens no local e na descrição da jornada exaustiva de trabalho e das condições degradantes, se eram fornecidos equipamentos de proteção individual, a apuração da existência de armas no local e de vigilância ou formas de restrição de locomoção dos trabalhadores.

Na condução dos trabalhos de fiscalização, também o poder de polícia se verifica na participação da Polícia Federal para dar segurança aos auditores fiscais e, também, já realizar as prisões cabíveis. Acompanhando a diligência estatal, os procuradores do trabalho já coletam elementos para propor termos de ajuste de conduta ou ajuizar as ações cabíveis para reparação dos danos individuais e coletivos, além da imposição de sanções administrativas pelo Poder Executivo, como a inserção no cadastro de empregadores que praticam trabalho escravo. Por outro lado, a atuação da Polícia Rodoviária Federal ao apurar o aliciamento e deslocamento de trabalhadores pelas estradas, assim como assegurar que os empregadores fujam no momento do procedimento administrativo investigatório. Logo, são vários agentes envolvidos no poder de polícia que é instrumento da política pública de combate ao trabalho escravo. De outra parte, os agentes administrativos que darão andamento à inserção dos trabalhadores resgatados em programas governamentais (seguro-desemprego e bolsa-família, por exemplo), propiciando fomento à política pública.

Nesse contexto, é relevante papel identificar quem são os chamados “gatos” (agenciadores que atuam pelos fazendeiros ou tomadores de serviço), pois estes que começam a saga do aliciamento dos trabalhadores, buscando estes nas diversas cidades do país, especialmente nas mais pobres e com menor desenvolvimento cultural, isto é, menor investimento na educação, maior a probabilidade de serem cativados trabalhadores. Neste ponto, como destacado, a atuação dos policiais rodoviários federais, já ceifando na origem o problema no transporte de trabalhadores de forma irregular, seja em caminhões ou ônibus. Na abordagem, os

policiais já têm condições de verificar o embrião das dívidas contraídas pelos trabalhadores, pois a cada parada para comer algo, o agenciador já vai lançando a futura dívida (impagável) do trabalhador, com valores escorchantes, acima do montante pago e sendo abertamente fornecidas bebidas alcóolicas e cigarros, como forma de sedar o escravizado. Muitas vezes, os agenciadores, inclusive, deixam dinheiro com os familiares do cativo, como forma destes terem a falsa sensação que o trabalhador vai para uma condição melhor e não imaginam que isso será cobrado, com excesso, no futuro, isto é, compra-se, coisifica-se o trabalhador e os familiares.

ARGUMENTOS ÉTICOS, MORAIS E PRAGMÁTICOS DO PODER DE POLÍCIA

O agir administrativo se pauta por sucessões decisões entre variadas possibilidades de ação. Muitas vezes, o uso do poder de polícia requer um tipo de ação pragmático, em função de exigir um tipo de resposta diferente se comparado com a ética e moral. No conjunto das técnicas e estratégias de ação, da visão do bem e dos juízos valorativos se faz valer o uso pragmático, ético e moral da decisão tomada. Na visão Habermasiana (1989, p. 11):

Portanto, dependendo de como o problema se põe, a questão "Que devo fazer?" ganha um significado pragmático, ético ou moral. Em todos os casos se trata da fundamentação de decisões entre possibilidades alternativas de ação; as tarefas pragmáticas, porém, exigem um *tipo de ação* diferente das éticas e morais; as questões que lhe são correspondentes exigem um *tipo de resposta* diferente das respostas éticas e morais.

Assim, os argumentos utilizados na fundamentação do poder de polícia decorrem de um procedimento, interligando agir comunicativo e regulação pelo Direito, em uma sucessão de argumentos da razão prática. No combate ao trabalho escravo, por intermédio do agir pelo poder de polícia, serão questionados e refletidos: quais são os meios adequados e os fins aceitáveis (argumento pragmático)? quais os valores e a raiz histórica daquela coletividade (argumento ético)? quais práticas serão (universalmente/coletivamente) boas (argumento moral)?

E, na sequência, pode-se indagar como se alcança a melhor decisão. Nessa linha, valendo-se de AARNIO (1990, p. 25), não se admite a única resposta jurídica correta, mas se busca encontrar subjacente no sistema a melhor resposta possível, a partir de uma justificação racional. Cada agir administrativo circunda inúmeras questões, no entanto, "com esse modelo, a vontade e a razão são encaradas do ponto de vista dialógico, ou seja, através de práticas intersubjetivas é possível a conformação de entendimentos racionais" (Habermas, 2003, p. 202). A partir dessa estrutura teórica de modelo procedimental decorre a democracia deliberativa, conectando comunicação e o campo político, com participação efetiva da comunidade e regulação pelo Direito.

Nesse ponto, os institutos jurídicos devem ser de mecanismos para coletar a efetiva cidadania, isto é, os discursos informais da comunidade e levá-los até à administração pública para decisão, justificada, embora haja divergência de posições – o importante é o resultado deliberativo justificado. Logo, como afirma Habermas (2002, p. 280), "o poder criado comunicativamente é transformado em poder administrativamente efetivo". A título exemplificativo, a Constituição Federal, dentre outros meios efetivos de cidadania, estabelece o referendo (art. 14, II), utilizado em 2005, para consultar o povo a respeito do comércio de armas.

Dentre argumentos que justifiquem o poder de polícia no combate ao trabalho escravo, destacam-se: éticos (a ação administrativo é esperada, já que o agir privado é substituído pelo agir coletivo, via Poderes, na construção dos valores da comunidade nacional e internacional), morais (o agir administrativo é um bem universalmente/coletivamente melhor do que conviver com a escravização de pessoas) e pragmáticos (o uso do poder de polícia, com a atuação das Polícias, das Fiscalização do Trabalho e do MPT, é um meio adequado para atingir o fim de erradicar a escravidão do Brasil, com relativização do direito de propriedade em prol do ser humano). Nesse sentido, a implementação do poder polícia exige técnicas, estratégias e diretrizes articuladas entre os agentes de fiscalização, com uso de meios racionais para atingir o fim desejado pela coletividade – combate ao trabalho em condições análogas à de escravo.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À IGUALDADE, À LIBERDADE E AO TRABALHO DIGNO

O trabalho em condição análoga à de escravo, conforme previsto no art. 149 do Código Penal, pode ser caracterizado pelos modos típicos ou por equiparação. São modos típicos: o trabalho forçado (obrigatoriedade é a característica determinante), a jornada exaustiva (além dos limites legais extraordinários e com prejuízo à saúde, decorrente de sujeição), a restrição de locomoção em razão de dívida (servidão por dívida – coação ou qualquer outro meio) e o trabalho em condições degradantes (imposição de trabalho sem as condições mínimas). “Esses direitos mínimos correspondem à existência de trabalho; a liberdade e a igualdade no trabalho; o trabalho em condições justas, a remuneração e as condições dignas de trabalho, dentre outros” (Reis, 2019, p. 251). São modos por equiparação: retenção no local de trabalho, por cerceamento do uso de qualquer meio de transporte, e de manutenção de vigilância ostensiva ou retenção de documentos ou objetos de uso pessoal do trabalhador.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que submeta o outro a trabalho forçado e em condições degradantes, não sendo necessário que quem escraviza tenha o título de empregador, pois pode ser um simples tomador de serviço como o próprio empreiteiro ou até o gato. O sujeito passivo é o empregado (ainda que não tenha a relação de emprego reconhecida até então).

A conduta do agente ativo do crime viola, no mínimo, três direitos fundamentais: a igualdade, a liberdade e o trabalho digno (correlato ao princípio da dignidade da pessoa humana).

Quanto ao trabalho digno, no Recurso Extraordinário n. 398.041, o Plenário do STF firmou a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de redução análoga à condição de escravo. Entendeu-se que quaisquer condutas que violem não só o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores, atingindo-os nas esferas em que a Constituição lhes confere proteção máxima, enquadram-se na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Concluiu-se que, nesse contexto, o qual sofre influxo do princípio constitucional da

dignidade da pessoa humana, informador de todo o sistema jurídico-constitucional, a prática do crime em questão caracteriza-se como crime contra a organização do trabalho, de competência da justiça federal (CF, art.109, VI). (RE 398.014, DJ 30.11.2006)

Para se reconhecer um trabalho digno há que se valorizar a dignidade da pessoa humana. Logo, além de reconhecer a dignidade de si é preciso reconhecer a dignidade nas demais pessoas. Muitas vezes, o empregador que pratica o trabalho escravo é uma pessoa "normal", só que não reconhece a dignidade dos outros que lhe prestam serviço. Vale lembrar que incumbido do procedimento para extermínio de milhões de seres humanos no decurso do nazismo, Karl Adolf Eichmann, em 1960, é levado do seu refúgio na Argentina para ser julgado em Israel. Sobre o caso, pondera Arendt (1999, p. 299): "o problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais". O que Arendt (1999) está dizendo que é, muitas vezes, pessoas tidas por normais podem planejar e executar medidas monstruosas e acreditar, devotamente, que não está agindo de forma errada, por ser normal para determinado contexto tratar pessoas como subumanas e estar apenas cumprindo ordens superiores.

Quanto ao aspecto da igualdade, a banalidade do mal está afastada da ideia de igualdade do ser humano, de forma que o extremo do agir de um hostiliza o outro como se não reconhecesse a condição humana. Ser igual e diferente exige reconhecimento das pessoas e decorre do contexto de "normalidade", ou não, que vive o agressor, uma vez que como lembra Nelson Mandela, "ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele ou por sua origem, ou sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender". Logo, aquele que pratica a crueldade, muitas vezes, de alguma forma, entendeu que aquela conduta era normal. Ao contrário, poderia ter compreendido que a existência de igualdade e diversidade, ao mesmo tempo, são experiências humanas normais.

Arendt (2007, p. 188) destaca na pluralidade humana a importância da igualdade, pois "se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras", mas, também, enfatiza a diferença e a

necessidade de comunicação entre os seres humanos (de forma diversa, bastariam sinais e sons se todos fosse iguais em pensamento e necessidades idênticas), já que “se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender” (Arendt, 2007, p. 188).

Quanto à liberdade, menciona-se o estudo de Hegel (2014, p. 144) ao tratar da dialética do senhor e do escravo, destacando a relevância do desejo. Comparativamente, os animais têm um desejo satisfeito de forma objetiva, imediata, sem consciência. Já os desejos humanos são confrontados e, ao mesmo, associados, pois o ser humano deseja ter o reconhecimento da sua condição pelos demais seres humanos. As pessoas no dia a dia são conectadas e o agir de uma pessoa influencia na sua consciência e na consciência do Outro. O ser humano neste convívio tenta se impor diante dos demais, alienando a consciência dos seres mais desprovidos. Constata Hegel que “o senhor é a potência que está por cima desse ser; ora, esse ser é a potência que está sobre o Outro; logo, o senhor tem esse Outro por baixo de si; é este o silogismo (da dominação)”.

O dominado renuncia ao desejo de reconhecimento como ser humano, pois tem a sua consciência anulada pelo opressor. A renúncia não é voluntária, pois há o medo de morrer e se constitui uma consciência de dominação – reconhecimento não da sua condição humana, mas, sim, de que é escravo do seu senhor, desprovido de direitos e de humanidade. A consciência do oprimido passa a ser o agir e a lógica da visão do senhor. O senhor, por sua vez, não tem contato com as “coisas”, escravo e matéria-prima, sendo que o oprimido transforma a matéria com o seu trabalho, mas o fruto deste se destina ao dominador, que força a produção do escravo, a cada dia mais alienado da sua consciência, por falta de reconhecimento da condição humana. “Para a consciência escrava, o senhor é a essência” e, desta forma, pela dominação, “essa consciência sentiu a angústia [...], pois sentiu o medo da morte, do senhor absoluto. Aí se dissolveu interiormente; em si mesma tremeu em sua totalidade; e tudo que havia de fixo, nela vacilou” (Hegel, 2014, p. 149). Essa dialética de senhor e escravo se choca com os direitos humanos e com uma sociedade desenvolvida e democrática, a qual deve se sustentar em uma dialética de ser humano e ser humano,

uma lógica de iguais, em uma relação de respeito à dignidade e que prevaleça a liberdade.

FLUXO DE DISCURSOS QUE JUSTIFICAM A DECISÃO ADMINISTRATIVA

Os modelos democráticos ao redor do mundo têm fracassado, bastando observar o desinteresse dos povos pela política, com raras exceções em determinados países. A legitimidade dos representantes eleitos está fragilizada, demonstrando o pouco efeito da democracia representativa vigente, predominantemente, por exemplo, no sistema político brasileiro. Há necessidade de se melhorar o sistema atual. Uma das formas de aperfeiçoamento é a proposta de Habermas, como já mencionado em tópico anterior, com a construção teórica para uma democracia deliberativa, propiciando uma elevação no patamar de cidadania e, em consequência, uma ampliação da legitimidade dos resultados das decisões políticas. Não há como negar que uma sociedade evoluída em desenvolvimento social e cultural supera os inevitáveis conflitos (com consensos). Embora haja países ainda em desenvolvimento, a pretendida deliberação não pode ficar esperando o momento certo, mas, sim, ser o ponto inicial para a mudança. Assim, o sistema político brasileiro precisa ser, cada vez mais, dotado de mecanismos jurídicos para instrumentalizar a participação deliberativa, ainda que isso seja um modelo ideal, na sua maior parte, é atingível com estratégias, persistência e tempo – a exemplo de modelos que conseguiram bons resultados, tal como o modelo Suíço, demonstrando que o projeto sistêmico de Jürgen Habermas é possível.

Adotando parâmetros indicados por Reck (2018, p. 118), adaptados à política pública de combate ao trabalho escravo contemporâneo, o fluxo de discursos que justificam a atuação do Poder Público pode ser apresentado na sequência abaixo.

Apesar da política pública se valer de diversos instrumentos para o combate do trabalho escravo contemporâneo, de forma abreviada a argumentação guarda relação com a Constituição Federal (direitos básicos no art. 7º e expropriação no art. 243) e Código Penal (previsão de crime no art. 149).

No caso, por força do art. 22, I, da Constituição Federal de 1988, a competência é privativa da União, já que o combate ao trabalho escravo envolve, pelo menos,

direito penal, agrário e do trabalho. Embora possa ser criticada de frágil, há uma política pública de erradicação do trabalho escravo e podem ser feitos questionamentos. Há demanda social anterior em prol do combate? Sim, há um clamor por erradicar a prática da escravidão sob qualquer das suas formas (até porque do ponto de vista institucional já é proibida). O Direito é o meio para o engajamento na ação? Sim, fixa os programas, estabelece os institutos, traça as competências e cria os órgãos necessários para a política pública. Existe ligação com organizações governamentais? Sim, especialmente da União, com agentes de fiscalização, com as Polícias em âmbito federal e o MPT. A sociedade está consciente? Sim, há inclusive denúncias de trabalho em condições análogas à de escravo, auxiliando na fiscalização do trabalho e, também, a previsão de medidas coercitivas e jurídicas evitando comportamentos vedados. O discurso é progressivo? Sim, persistente e vigente no momento. Existe uso do poder administrativo e predominância de discursos pragmáticos? Sim, após a decisão de erradicação do trabalho escravo, houve a criação de grupos de trabalho específicos e o aparelhamento de órgãos de fiscalização (com variações conforme a linha governamental), estabelecendo assim meios pragmáticos para os fins pretendidos. Por fim, há coerência narrativa interna que possibilita a formação de uma identidade em sede de poder administrativa? Sim, há uma linha contínua de atuação do poder público, de forma sistêmica, especialmente depois da condenação em âmbito internacional – Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Fazenda Brasil Verde, no Pará).

O importante nesse fluxo de tomada de decisões é que resulte em categorias jurídicas que propiciem consolidar instrumentos do agir administrativo (por exemplo, houve avanço na previsão do art. 149 do Código Penal, possibilitando maior segurança da caracterização das hipóteses de trabalho em condições análogas à de escravo).

Dessa forma, as esferas política e jurídica se interlaçam para o resultado das decisões, ganhando melhor concatenação e justificação em uma democracia deliberativa. É uma conjugação de razão e instrumentalização, com discursos justificadores de um efetivo Estado Democrático de Direito, pautado pelo agir comunicativo, ou seja, “uma configuração da organização política em que as

decisões estão enlaçadas em rede e retrocedem à esfera pública, a qual possui liberdade e garantias para mobilizar argumentos que participará da seleção das decisões da organização política" (Reck, 2018, p. 125).

Esse entrelaçamento de âmbitos para a tomada de decisão, considerando o Direito, os valores morais, éticos e pragmáticos, é fundamental para os discursos de justificação, inclusive melhorando a conexão e harmonia entre os poderes. Destaca-se que os discursos variam conforme o Poder seja o Executivo (discursos estratégicos-pragmáticos: melhores meios para chegar em um fim; discursos de justificação: em espaços tais como conselhos ou na formação da materialização das políticas públicas; discursos de aplicação: julgamentos administrativos e atos administrativos), Legislativo (discursos de justificação) e Judiciário (discursos de aplicação).

No caso do poder de polícia, vinculada ao Poder Executivo, a ação comunicativa entre a sociedade e os órgãos de fiscalização auxilia no agir pragmático, mas, também, nos espaços em conselhos e em atos administrativos. A pesquisa dos valores morais de uma determinada comunidade permite avaliar a construção enraizada em determinada cidade ou setor em choque com o consenso coletivo mais amplo de um país.

Tais elementos permitem um discurso de justificação moral (será aceitado universalmente como boa a maior fiscalização em determinada atividade), ético (determinado setor ao longo do tempo prática mais trabalho escravo e se justifica a atuação estatal) e pragmático (maior direcionamento da atuação do poder de polícia para a repressão de condutas no campo – agropecuária). As decisões, no entanto, não podem variar conforme a vontade governamental (especialmente por atingirem determinadores setores econômicos), mas, sim, serão consolidadas e permanentes, frutos da ação comunicativa.

ARGUMENTOS ÉTICOS, MORAIS E PRAGMÁTICOS QUE JUSTIFICAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, especialmente, envolvidos na política pública de combate ao trabalho escravo são a liberdade, a igualdade e o trabalho digno (correlato ao princípio da dignidade da pessoa humana).

No campo pragmático, são adequados meios racionais para justificar o alcance dos fins de um trabalho livre, igual e decente, porquanto constitui o objetivo fundamental das República Federativa do Brasil uma sociedade livre, justa e solidária.

No aspecto moral, é direito de todos o pleno exercício da liberdade de escolher com quem trabalhar e em que condições seriam aceitáveis. Como pondera Reck (2018, p. 128), no aspecto da desigualdade (citando exemplo dos deficientes), o que motiva a ação é a "repugnância que gera ao senso moral alguém perder oportunidades por algum acaso da vida". Também, o reconhecimento do Outro como igual enquanto ser humano na relação estabelecida é fundamental e gera da mesma forma repugnância tratar o Outro como coisa.

Ainda, não se aceita qualquer trabalho, mas, sim, um trabalho em condições normais e digno, sem jornadas exaustivas, forçado, em condições impróprias, degradantes ou com restrição de liberdade. Além disso, como argumento moral, a convivência em paz é um bem que trará benefícios à coletividade (quanto melhor reguladas as relações de trabalho menor o impasse de conflitos frutos da exploração alheia). A paz não é um estado pronto e acabado, não se nasce na paz, mas, sim, pela política entre os povos, a paz é criada, com a interdependência entre os Estados para um bem comum. A visão kantiana sustenta que a razão leva ao estado de paz, e não de guerra entre as nações, "condena absolutamente a guerra como procedimento de direito e torna, ao contrário, o estado de paz um dever imediato, que, porém, não pode ser instituído ou assegurado sem um contrato dos povos entre si" (Kant, 2010, p. 40-41).

Quanto ao argumento ético, o respeito ao aspecto cultural, social e econômico aponta que há limites para a autonomia da vontade, isto é, mesmo que alguém aceite, a sociedade não admite trabalho sem liberdade, igualdade ou indigno.

Destaca-se que o aspecto ético ganha relevância na medida em que é formado desde a infância em dada comunidade. O crescimento com princípios éticos é fundamental, como diz Einstein (1994, p. 26-27), a respeito da formação de juízos éticos e da importância da educação e da escola, as quais devem “ajudar o jovem a crescer em um espírito tal que esses princípios fundamentais sejam para ele como o ar que respira. O mero ensino não pode fazer isso”. Logo, a ética perpassa e interage com os atores sociais, na constante batalha pela construção de uma sociedade democrática e que se engaje na busca de um mundo mais humano e fraterno. O reconhecimento do Outro na sua diversidade é essencial para se respeito, na dimensão ética, os direitos fundamentais e uma democracia deliberativa. Derrida⁴ (2009, p. 84) caracteriza a vinda do Outro, imprevisível, como uma forma de construção da democracia, do impossível para o possível.

Nesse contexto, como norte para agir administrativo, a Conferência Geral da OIT, reunida em Filadélfia, adotou a Declaração com princípios fundamentais sobre o quais se funda a Organização, merecendo destaque (https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm) que “o trabalho não é uma mercadoria”, “representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático”. Também, presente que a paz, para ser duradora, deve assentar sobre a justiça social, afirma que, com igualdade de possibilidades, “todos os seres humanos [...], têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica” e que a realização de tal direito deve ser objetivo central de qualquer política pública. Trabalhar com dignidade e com igual oportunidade, no intuito de um bem-estar geral, atribui aos direitos sociais o status de direitos humanos, já que o trabalho não pode ser considerado mero insumo da produção.

Dessa maneira, no plano interno, sob o viés argumentativo de políticas públicas, importante uma postura estatal de análise e compreensão destes

⁴ Jacques Derrida, nascido em 1930, na Argélia, foi um dos mais importantes filósofos contemporâneos, tendo falecido em 09 de outubro de 2004, em Paris, na França. Conforme destaca Souza (2004, p. 127), “a forma como seu pensamento vem se impondo mundialmente, o qualifica como um interlocutor dos mais abalizados, não apenas em termos de filosofia, mas igualmente na estruturação de interfaces as mais diversas”.

fenômenos econômicos no mundo, já que, por via reflexa, a precarização das relações trabalhistas é um passo dado em direção ao trabalho escravo contemporâneo. Em sentido contrário, a afirmação da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento social e econômico são medidas governamentais compatíveis com a justiça sociais e adotadas por países desenvolvidos, conforme destaca Goldschmidt (2009, p. 154):

Efetivamente, as economias ocidentais mais desenvolvidas do mundo, tais como a da Dinamarca, da Suíça e da Alemanha, ao contrário de relativizar ou suprimir direitos sociais, entre os quais os trabalhistas, os afirmam cada vez mais, através de leis, jurisprudência e políticas públicas, sem que, com isso, tais países percam em competitividade e em riquezas. Ao contrário, tais países apresentam baixos índices de desigualdade social, proporcionando aos seus cidadãos um maior índice de bem-estar social, pela afirmação do *valor-trabalho*. (grifo do autor)

Desse modo, incumbe ao Estado adotar políticas públicas de proteção do trabalho humano, pois quanto mais valorizada a pessoa humana maior o progresso social, cultural e econômico de uma nação, com redução das desigualdades sociais e banimento de qualquer forma de escravidão. Além das políticas públicas governamentais, a dignidade inata de uma pessoa começa a ser reconhecida pela própria preparação do candidato à representante do povo. Nas campanhas políticas dos futuros aplicadores de políticas sociais não pode haver a coisificação do ser humano, sob pena de já iniciar um governo com valores implícitos próximos da escravidão. Como destaca Ribeiro (2007, p. 48), ao tratar das pessoas usadas como postes nas campanhas eleitorais, e afirmar que estas pessoas não estavam vendendo sua imagem como modelos profissionais "mas ao contrário, estavam simplesmente para fazer o papel de um poste, uma madeira que sustenta um *out door*, equiparando-se a uma coisa estática, um objeto".

Na mesma linha de raciocínio, Alves (2001, p. 111) acentua que o ser humano é uma pessoa "não somente uma porção de matéria, um elemento individual na natureza, como um átomo. Ele é, de algum modo, um todo, um universo, um ser moral autodeterminado, portador de valores únicos e supremos". Logo, a dignidade não se encontra em um poste, elemento que não evolui e que tende à degradação, estando normalmente fixado ao solo. Considerar uma pessoa como um ser humano e, em

decorrência, uma condição universalizável, não restrita a determinada nação, é reconhecer que a objetificação está longe de ser uma medida da paz mundial, independentemente da posição religiosa ou cultural que se pregue.

Caso não se construa a solidariedade apenas pela mudança de paradigma interno do ser humano, pela via da racionalidade, em olhar para o próximo, ao menos, como base inicial, há a previsão constitucional estimuladora de políticas públicas que incrementem condutas solidárias. Conforme Hesse (1998, p. 176) "a atividade configuradora e concedente dos poderes estatais deve servir, à frente do objetivo, ao asseguramento da existência digna de um ser humano. Ela destina-se à igualdade no sentido de coordenação social".

A função social, orientada pelos ditames da justiça social, implica reduzir as desigualdades sociais e econômicas, no intuito de uma igualdade substancial, seja por intermédio da legislação ou de políticas públicas, seja por ações impostas aos membros da sociedade.

REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO: ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO, COM RESPEITO À AUTONOMIA PRIVADA, DESDE QUE PRESERVADAS AS GARANTIAS MÍNIMAS

O agir administrativo deve se pautar por elementos que permitam aferir se há o adequado enquadramento dentro de uma política pública, sob a ótica do regime jurídico do serviço público.

Conectando-se à política pública de combate ao trabalho escravo contemporâneo, denota-se que o conhecimento das bases dos direitos humanos, passando pelos antecedentes históricos, a consolidação do valor da pessoa nas normas internacionais, o retorno da ética como reconhecimento do Outro como ser igual, livre e digno, a educação como elemento de formação de um cidadão em um contexto democrático, bem como os pilares da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais são constitutivos na busca da paz mundial e da justiça social. Esses elementos estruturais são essenciais na erradicação do trabalho escravo contemporâneo, exigindo medidas de políticas públicas na perspectiva de um trabalho digno e universalizável focado na pessoa humana como

valor primordial e o capital como meio para ser alcançado um trabalho em condições de bem-estar social.

Essas premissas fundacionais precisam estar correlacionadas com agir comunicativo entre a sociedade e as entidades públicas. Abordando a conexão entre política pública e serviço público, Reck (2018, p. 120) acentua:

É importante anotar que dificilmente uma política pública estará desconectada de algum serviço público. De fato, o serviço público, em suas variadas formas, está conectado com praticamente todas as políticas públicas existentes, de modo que o serviço público é um dos instrumentos essenciais de qualquer política pública. Isso porque a razão de existir da Administração Pública é justamente a de permitir que a sociedade atue sobre ela mesma de modo coordenado (Habermas, 1997a), em prestações consideradas úteis por essa mesma comunidade, e que realizem os direitos que entendido como valiosos.

O regime jurídico do serviço público de fiscalização do trabalho é de competência da União. E quanto ao serviço: 1) a atuação dos órgãos de fiscalização, inclusive o agir das Polícias deve ser adequado; 2) participação na elaboração, execução, resultado e controle do serviço prestado; 3) responsabilidade objetiva por eventual agir com culpa do agente (art. 37, § 6º, da CF); 4) eventual indenização para os lesados pela via do precatório; 5) impessoalidade e padronização na fiscalização; 6) direitos e obrigações legalmente estabelecidos na Lei dos Servidores Públicos e no Código Penal; 7) planejamento de verba no orçamento destinada à realização de operações de combate ao trabalho escravo; 8) proibição de favorecimentos e preconceitos (não se utilizar a fiscalização para atingir, por exemplo, inimigos políticos); 9) inserção dentro de uma política pública (no caso, de combate ao trabalho escravo); 10) proporcionalidade nas medidas adotadas (por exemplo, não agredir os agenciadores de trabalho escravo ou o empregador, só pelo crime constatado, mas, sim, responsabilizá-los dentro dos parâmetros legais); 11) avaliação (relatórios após as diligências para checar pontos positivos e negativos da operação); 12) publicidade (as operações realizadas devem ser divulgadas, ao menos, posteriormente); 13) motivação (investigação com base em provas ou denúncias, sem prejuízo da rotina policial de estrada de abordagem); 14) procedimento para o gasto público (destinação de verba e procedimento próprio para

pagamento de despesas da diligência); 15) continuidade (as ações não devem ser pontuais, até porque o trabalho escravo deve ser erradicado); 16) controle judicial (os atos administrativos, multas, ficam sujeitos à análise do Judiciário, caso impugnado pelo interessado).

Quanto aos fornecedores, caso necessária alguma empresa de auxílio na diligência ou na recolocação do trabalhador, os contratados devem ser mediante licitação, observada a igualdade e proibido favorecimento e preconceitos. Da mesma forma, em relação aos usuários do serviço público, no caso, o trabalhador resgatado deve ser tratado com impessoalidade e padronização, igualdade, sem favorecimento e preconceitos e com direito à participação na diligência e apontamento das situações irregulares no local. Com relação aos servidores públicos, o regime segue as normas da carreira do serviço público, assim como em relação aos dirigentes (ministros, secretários, chefias dos órgãos de fiscalização), ressalvado nestes últimos a exigência de concurso público, à estabilidade, à carreira e à necessidade de formação profissional específica, já que é permitida a nomeação política.

DIRETRIZES CRÍTICAS PARA A REFORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O percurso do trabalho escravo e do resgate do trabalhador, principais aspectos: a) o trabalhador é captado na sua cidade de origem e transportado até o local de trabalho; b) no deslocamento já começam as dívidas; c) na chegada ao local se depara com condições indignas de labor e, muitas vezes, é constrangido a permanecer mesmo contra a sua vontade; também, surge o "caderno" das dívidas, a partir da aquisição de produtos com valores abusivos se comparado ao salário "pago"; d) quando consegue fugir desta situação, o trabalhador busca os sindicatos profissionais da categoria ou associações religiosas; e) há a denúncia ao Ministério Público do Trabalho, que se dirige ao local, auxiliado de grupos especiais de fiscalização móvel do trabalho (auditores-fiscais do trabalho e polícia federal); f) localizada a fazenda (por exemplo), são verificadas as condições e libertados os trabalhadores; g) o MPT propõe termos de ajuste de conduta ou ajuíza ações na Justiça do Trabalho para o pagamento das verbas trabalhistas e anotação da CTPS, além de indenização por dano moral individual e coletivo (muitas vezes, é ajustado o

pagamento em bens que servirão para novas diligências, como, por exemplo, veículos, computadores, rádios-comunicadores); h) o trabalhador é encaminhado para o seguro-desemprego e tem preferência para o bolsa-família; i) são propiciados meios de retorno para a origem do trabalhador (e quando não querem voltar, ficam trabalhando nos arredores, novamente ficando sujeitos à submissão da mesma condição em outro lugar).

Há necessidade de se estabelecer alguns parâmetros, diretrizes, para as políticas públicas, até porque o sentido destas é cambiante e estabelecer marcos mínimos de garantia da prestação do serviço público é essencial – as operações são variáveis, a linguagem muda, porém o foco nos direitos fundamentais deve persistir. Aliás, com este paradigma, pode-se admitir certa flexibilidade da política pública, já que a significação envolve uma rede de operações, não unívoca, até porque os jogos de linguagem mudam com o tempo e se vão se adequando às novas visões pragmáticas, como pontua (Reck, 2018, p. 116):

Assim, algo pode ser mesa sob uma perspectiva, e não em outra. Do mesmo modo, as políticas públicas. É necessário estabelecer bem os pontos de vista, as perspectivas e, ao mesmo tempo, manter a observação da política pública com certa flexibilidade para que o conceito consiga se acoplar com os diferentes fenômenos comunicativos.

As políticas públicas adotadas no Brasil vão ao encontro do combate ao trabalho em condição análoga à de escravo, mas precisam ser ampliadas, especialmente com as seguintes diretrizes, pautadas no desenvolvimento dos direitos humanos e do reconhecimento do Outro no que se refere ao: ensino (elevar o padrão cultural e de oportunidades às crianças e aos adolescentes para se tornarem adultos mais aptos); poder de polícia (aparelhar melhor a Polícia Rodoviária Federal na parte de logística para este tipo penal, ampliar o número de servidores e membros do MPT); regulamentar o art. 243 da CF; dar maior efetividade ao art. 149 do CP, inibindo condutas; alterar a competência para a Justiça do Trabalho (mais afeta aos direitos trabalhistas e as lesões respectivas); reinserção social (criar programas específicos, melhorar o bolsa-família e seguro-desemprego, investir na profissionalização e reinserção na comunidade de origem do trabalhador resgatado);

desenvolver um projeto de divulgação dos direitos humanos e solidariedade social englobados de valores essenciais nas relações de trabalho, especialmente nos setores onde se constata mais incidência; criar um programa de proteção aos resgatados, para acompanhamento e melhoria da condição de vida após a libertação; gestão progressiva da política pública.

A ideia é a instrumentalização progressiva da política pública, preservados os direitos mínimos já assegurados, como, por exemplo, seria um retrocesso excluir o seguro-desemprego. Paralelo a este exemplo, Reck (2018, p. 130-131) destaca:

Assim, por exemplo, um eventual governo que não esteja alinhado com o governo que criou bolsas para os economicamente menos favorecidos poderá reescrever o regime jurídico da referida bolsa, alterando valores, destinatários e condições de sua implementação; não poderá, contudo, simplesmente suprimir tal instrumento da política pública assistencial porque o referido programa já faz parte do programa ético-jurídico de realização dos mínimos existenciais.

A ausência de investimento adequado em educação e o trabalho infantil apresentam relação que viola o direito essencial do ser humano desde o nascimento, isto é, direito de respeito de uma pessoa em desenvolvimento. O trabalho infantil e a falta de políticas públicas de incentivo ao ensino lançam ao mercado de trabalho crianças e adolescentes precocemente, diminuindo assim a chance de um futuro melhor e mais consciente de seus direitos. Outro aspecto do estímulo educacional das pessoas é compreender que os consumidores têm papel de destaque se cômicos dos bens que estão adquirindo, na medida em que educados para comprar de empresas que respeitem os direitos humanos, de forma que não consumam produtos oriundos de trabalho infantil e/ou escravo.

Na perspectiva da responsabilidade estatal, inclusive pela imposição da solidariedade para atingir valores fundamentais, Reis e Freitas (2017, p. 77) afirmam que a solidariedade “pode decorrer do sentimento de pertencimento e de responsabilidade para com a coletividade, ou, na ausência desse sentimento, pode ser imposta pelo Estado, visando assegurar o bem comum de todos”. Logo, incumbe ao Estado o desenvolvimento de políticas públicas de pertencimento, de inclusão de

todos e de acesso aos bens essenciais, no intuito de se galgar a concretização do valor solidariedade como diretriz de política pública.

Por fim, outra diretriz e que envolve um aspecto essencial é ter dinheiro para investir nas políticas públicas, aspecto que envolve a economia também, porquanto o governo, atualmente, utiliza grande do dinheiro que poderia estar investindo em política públicas com o pagamento de juros da dívida pública. Assim, uma medida governamental é desestimular a compra de títulos públicos (reduzindo drasticamente a SELIC) e fomentar o capital a ser produtivo, isto é, investir na produção de riqueza com resultados sociais, dentre eles, a empregabilidade e o giro do dinheiro na aquisição de bens, especialmente porque tal comportamento gera valores na base que mais adquire. E, também, investir mais na política de combate ao trabalho escravo de forma direta e indireta. Aliás, como alerta Dworbor (2017, p. 23 e 25):

Particularmente importante, a pesquisa mostra que o aumento da riqueza no topo se deve essencialmente ao rendimento de aplicações financeiras, capital improdutivo. (..)

Igualmente importante é o salário indireto, constituído pelo acesso a políticas públicas como saúde, educação, segurança, além de infraestruturas como ruas asfaltadas, iluminação pública: um canadense pode ter um salário menor do que o norte-americano, mas ele tem acesso universal gratuito a bens e serviços públicos que mais do que compensam a diferença. Finalmente, as famílias dependem do acesso aos bens comuns como praias abertas, ar limpo, rios não contaminados e assim por diante. O acesso equilibrado aos diversos fatores de bem-estar é essencial para gerar uma governança que faça sentido e assegure uma vida digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em pleno século XXI, a prática do trabalho escravo persiste no Brasil, sustentada por diversos fatores, principalmente pela desigualdade econômica, cultural e social em várias regiões brasileiras, pela falta de maior fiscalização e pela impunidade. De um lado, pessoas muito pobres e sem educação básica. De outro lado, pessoas muito ricas e com condições materiais para se aproveitar da fragilidade do Outro. Também, há exploradores de mão-de-obra análoga à de escravo nas

diversas camadas da sociedade, inclusive no Poder incumbido de criar leis protetivas.

Também, uma atualização do art. 149 do CPC seria importante, assim como a efetivação do art. 243 da CF, bem como a retomada de forma mais atuante de um Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, que é auxiliado pela OIT e executado pelos órgãos de fiscalização (auditores-fiscais, grupos móveis), a polícia rodoviária federal, o Ministério Público do Trabalho, redundando em maiores elementos de prova para um processo na Justiça do Trabalho.

Por fim, a hipótese foi confirmada neste trabalho, de forma que, com a premissa dos direitos humanos e da solidariedade, e com a utilização de uma gama de possibilidades (argumentos éticos, morais e pragmáticos), é possível uma política pública em prol da igualdade, da liberdade e do trabalho digno, com univocidade de resultado – a melhoria da condição social dos trabalhadores (art. 7º da Constituição Federal de 1988), de maneira que o ser humano não tenha preço, pois tem dignidade.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico**. Trad. Josep Aguiló Regla. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Uma Reportagem sobre a Banalidade do Mal. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

DERRIDA, Jacques. **Vadios**: dois ensaios sobre a razão. Coimbra-Pt: Palimagem, 2009.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**: Por que oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

EINSTEIN, Albert. **Escritos da maturidade**: artigos sobre ciência, educação, relações sociais, racismo e ciências sociais e religião. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos** trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: LTr, 2009.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Trad. Márcio Suzuki. **Revista de Estudos Avançados**, v. 3, n. 7, set/dez. São Paulo: 1989.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade (trad. Flávio Beno Siebeneichler). V. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2010.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos. In: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do direito administrativo no Brasil**. Santa Cruz do Sul: Editora Essere nel Mondo, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://www.unisc.br/pt/cursos/todos-os-cursos/mestrado-doutorado/mestrado/mestrado-e-doutorado-em-direito/livros-ppgd>. Acesso em: 18 jun. 2020.

REIS, Suzéte da Silva. A atuação do Poder Judiciário e a proteção da dignidade dos trabalhadores nas situações de trabalho escravo contemporâneo. In: **V Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas**. Rogério Gesta Leal, Carlos Aymerich Cano, Alessandra A. S. Silveira (Organizadores). 1.ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019.

REIS, Suzéte da Silva; FREITAS, Priscila. A efetivação do direito fundamental ao trabalho na perspectiva do princípio da solidariedade. In: **Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado: a constitucionalização do direito privado**. Curitiba: Multideia, 2017.

RIBEIRO, Claudirene Andrade. A dignidade da pessoa humana em face dos trabalhos desenvolvidos em campanhas eleitorais e a possibilidade de formação de vínculo de emprego em tais relações de trabalho: homens postes – uma realidade brasileira. Até quando? In: **Justiça do trabalho e dignidade da pessoa humana**:

algumas relações do direito do trabalho com os direitos civil, ambiental, processual e eleitoral. Coordenador João Humberto Cesário. São Paulo: LTr, 2007.

SOUZA, Ricardo Timm. **Razões plurais**: itinerários da racionalidade no século XX: Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

12. APÓS MAIS DE UMA DÉCADA, UM NOVO PARADIGMA ESTRUTURANTE: POR QUE AINDA FALAR EM JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE?¹



<https://doi.org/10.36592/9786554602143-12>

Maria Valentina de Moraes²

Rosana Helena Maas³

INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde continua sendo palco de discussões no Supremo Tribunal Federal (STF). Passando por muitas fases e decisões marcantes, questiona-se: por que ainda pesquisar tal fenômeno? Não seria o momento de o foco e os esforços passarem à sua desjudicialização? Todavia, o recente julgado, de 03 de julho de 2023, Recurso Extraordinário 684.612, do Rio de Janeiro, que veio discutir os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, abre

¹ Este trabalho é resultante das atividades do projeto de pesquisa "A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH", financiado pela FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4).

² Doutora e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCII nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Integrante do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Pesquisadora do Projeto Integrador vinculado ao Direito Internacional sem Fronteiras e coordenadora da linha "a transformação do papel decisório dos sistemas regionais de proteção: procedimentos, fundamentos e reparações nas sentenças". Professora na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e no Centro de Ensino Integrado Santa Cruz – CEISC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>.

³ Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2009), mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2011), doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016); doutorado sanduíche pela Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät, Alemanha (2016) e pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg, Áustria (2018). Está realizando estágio pós-doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, sob orientação da Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS. Integrante do grupo de estudos "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPQ). Coordenadora do grupo de estudos "Espectros dos direitos fundamentais sociais". Coordenadora do projeto de pesquisa "A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH", financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4).

novamente o espaço a espectros desse fenômeno. Poder-se-ia dizer que se está diante de uma hidra e suas várias cabeças.

Desse modo, a partir dessa decisão, analisa-se se o STF fixou novos critérios à judicialização da saúde, tendo em consideração aos parâmetros já estabelecidos quando da decisão da Suspensão de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, da Suspensão de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e da Suspensão de Liminar 47, de 2010 (após, apenas STA 175 como referência) e daqueles oriundos da decisão do Recurso Extraordinário de Repercussão Geral 657.718/MG, o qual apresenta requisitos para o fornecimento de medicamentos sem registros na Anvisa, de 2011, com decisão de mérito em 2019.

Nesse sentido, apresenta-se como questionamento norte do presente trabalho: tendo em consideração os parâmetros já designados pelo STF a respeito deste fenômeno, o Recurso Extraordinário 684.612/RJ fixou novos critérios e parâmetros para a judicialização da saúde e intervenção nas políticas públicas de saúde? A fim de responder a problemática proposta, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa direta, com o auxílio da jurisprudência e doutrina, sobretudo em relação às questões de natureza estrutural.

Sendo assim, busca-se, com base na referida decisão, analisar, de forma crítica, o caráter dos direitos fundamentais sociais, em especial do direito à saúde, bem como as nuances da intervenção judicial, discutindo o posicionamento adotado e os reflexos de determinações dessa natureza, notadamente em relação às sentenças estruturantes e o reconhecimento de um problema estrutural.

ESPECTROS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: DEVER DE PRESTAÇÃO ESTATAL E DIREITO SUBJETIVO

Os direitos fundamentais sociais têm como característica marcante o fato de demandarem uma ação por parte do Estado à sua concretização - dada a função prestacional que ostentam - constituindo prestações positivas das quais ficam incumbidos os poderes públicos (Queiroz, 2006, p. 16). É necessário apontar que, essa é apenas uma vertente desses direitos, ou seja, não se desconhece a sua

conjuntura negativa, de abstenção. Todavia, a mais "conturbada", corresponde a prestacional.

Além disso, constituem direitos, segundo Oliveira (2007, p. 320, grifo do autor), que em sua visão primária, possuem como finalidade a realização de direitos de primeira dimensão:

entre os *direitos fundamentais de segunda dimensão* estão os direitos sociais, culturais e econômicos, os quais encontram sua gênese no século XIX, notadamente a partir da percepção de que a formal consagração dos direitos à liberdade e à igualdade não implicavam necessariamente a sua realização do ponto de vista substancial. Para a realização dessa categoria de direitos fundamentais - v.g., direitos à saúde, à educação, ao trabalho, assistência social - seriam exigidas intervenções ativas, prestações por parte do Estado.

Em termos históricos, a primeira lei a contemplar os direitos sociais foi a Constituição Jacobina, na França, de 1793, apontando-se, como exemplo, o direito ao trabalho, à incapacidade ao trabalho, à assistência pública e ao ensino. Mas foi a Constituição Russa de 1918, da República Soviética, que inovou ao estabelecer um catálogo de direitos fundamentais sociais. A Constituição de Weimar de 1919, nesse contexto, também precisa ser mencionada, visto que é trazida como marco do constitucionalismo social, na medida que previu, de forma abundante, os direitos fundamentais sociais, contemplando, por exemplo, o direito ao trabalho, à prevenção contra doenças, acidentes e velhice, à moradia, à proteção, à proteção à família e à educação, ficando a crítica no sentido de que muitos desses direitos acabaram na ordem de direitos programáticos (Leal; Maas; Kirste, 2021).

A Constituição de Weimar teve grande influência para que na Constituição brasileira de 1934 houvesse a positivação dos direitos sociais; no entanto, na época, eles não vieram na forma de direitos fundamentais, o que ocorreu apenas na Constituição Federal de 1988, o que representou uma importante conquista ao país. No contexto mundial, há maneiras distintas de previsões dos direitos sociais, por exemplo, na Alemanha, na Lei Fundamental de 1949, não constam direitos fundamentais sociais (com uma única exceção, no artigo 6º, parágrafo quarto,

quanto ao patrimônio, família e filhos, no que tange que toda mãe possui a proteção e a assistência da comunidade); o mesmo pode ser verificado na Áustria⁴.

No tocante ao Brasil, o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais e o fato de possuírem um capítulo destinado a eles na Constituição Federal de 1988, logo em seus primeiros artigos, revela a grande imponência que estes postulados ostentam, configurando verdadeiras normas que devem nortear a aplicação de todas as leis, concretizando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Mendes (2012, p. 474), quanto a essa posição de destaque que lhes fora destinada, observa a receptividade que tais direitos encontraram no ordenamento jurídico, "resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais".

Sua positivação tem o condão de gerar uma vinculação das demais normas à realização e preservação dos direitos fundamentais, os quais, inclusive, foram elencados como cláusulas pétreas. Sendo assim, os direitos fundamentais como um todo trazem consigo uma carga de fundamentalidade - como o próprio nome já apresenta - inegável, traduzindo-se em verdadeiros direitos a serem exigidos face ao Estado, possuindo, ainda, aplicabilidade imediata⁵ - ao menos em tese - e, como saliente Klatt (2015, p.217) "o *status positivus* - no sentido atribuído pela doutrina de Georg Jellinek - tem uma aplicabilidade potencial bastante ampla".

Dentre os principais delineamentos dos direitos fundamentais sociais encontra-se a sua dimensão objetiva, ligada à realização do direito de forma que vise à coletividade e não apenas ao particular isoladamente - o que se traduz muito bem no próprio direito à saúde, que, em um primeiro momento, relaciona-se diretamente ao coletivo e a uma promoção em "larga escala". Nesse diapasão, Gavara de Cara (2010, p. 13) enfatiza essa concepção coletiva, referindo que:

la dimensión objetiva de los derechos implica una lectura implícita de los derechos en términos de colectividad, es decir, el impulso que genera los bienes jurídicos protegidos

⁴ Neste tocante recomenda-se a leitura da obra de Leal, Maas e Kirste: "Direitos (fundamentais) sociais e sua justiciabilidade: Brasil, Alemanha e Áustria".

⁵ O que decorre do disposto no §1º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, de forma clara: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

[...] se debe interrelacionar con la necesidad de su protección preferente en términos de medidas que sean aplicables a la generalidad de los supuestos y no como un acceso global basado en la individualidad o singularidad que puede implicar una posición jurídica subjetiva. En este sentido, su defensa y protección requiere normas objetivas con un alcance afectivo de su cumplimiento real en términos de lo políticamente posible, es decir, con condiciones y requisitos objetivos de su ámbito de protección, y no una defensa subjetiva para todos los individuos sin concreción objetiva de su alcance.

A dimensão objetiva se conecta, portanto, a uma ideia de garantia abstrata, gerando obrigações de concretização e proteção dos direitos sociais ao Poder Público, por meio de normas de competência geral. Esta seria, assim, uma fonte de competências públicas, conduzindo à intervenção estatal e também à prestação das matérias que abarca (Gavara de Cara, 2010).

O dever de proteção estatal transcende a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, nessa linha, o Estado não é tido mais como mero violador ou destinatário das proibições impostas pelos direitos fundamentais, na ordem de direitos de defesa; ele torna-se responsável por protegê-los e por assegurá-los condições mínimas necessárias à sua efetividade. Não são direitos apenas contra o Estado, mas frente ao ente estatal (Leal; Maas, 2020).

Desse modo, é por oportuno mencionar que em razão de sua origem histórica e da diferenciação clássica entre direitos individuais (marcados pela tutela individualizada) e direitos sociais (com vinculação social), os direitos prestacionais, sendo os últimos, não ostentaram, desde o início, a possibilidade de serem reivindicados por cada pessoa, de forma individualizada (Bitencourt, 2013). São concebidos, em uma primeira visão, como direito objetivo, de dever de proteção estatal, não atribuindo ao indivíduo nenhum direito subjetivo. Entretanto, a dimensão subjetiva também é lhe reconhecida; mas, aqui, a questão recebe peculiaridades.

No mesmo sentido, encontra-se o posicionamento adotado por Hachem (2014, p. 292), quando afirma que "un determinado derecho fundamental investirá su titular en diversas posiciones jurídicas de caracteres diferenciados, y con base en cada una de ellas el ciudadano podrá reclamar diferentes obligaciones del Poder Público". Na mesma linha, Mendes (2012, p. 468) pontua como consequência da

complexidade dos direitos fundamentais sociais que eles são "a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva".

No Brasil, a jurisprudência e a doutrina já reconhecem a possibilidade de que um direito fundamental social, marcadamente coletivo, seja tutelado pelo particular, de forma singular, ou seja, os mesmos possuem tanto uma dimensão coletiva como uma dimensão individual; mais do que isso, comportam direitos subjetivos, o que fica claro na STA 175, de 2010, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual deixou assentado que não restringe a judicialização da saúde à dimensão coletiva, afirmando que do artigo 196 da Constituição Federal é possível identificar um direito individual e coletivo à saúde, concluindo pelo direito à saúde como um direito subjetivo, de dimensão individual e coletiva (Leal; Maas; Kirste, 2021, p. 85)

A dimensão individual do direito à saúde já tinha sido assentada pelo Ministro Celso de Mello, Relator da Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8/RS, de 2002, ou seja, antes mesmo da decisão da STA 175, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional (Leal; Maas, 2020).

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde é compreendido como um direito subjetivo individual e coletivo, bem como um direito objetivo. No entanto, a subjetivação do direito à saúde não é um tema pacífico em outros ordenamentos jurídicos nacionais e supranacionais, para citar, apresenta-se o caso chileno, em que esse direito social não era considerado judicialmente exigível até 2017, mudança que ocorreu com o caso 43.250, em que o Tribunal Constitucional Chileno veio a alterar a sua compreensão. (Bugueño; Fuentes-Contreras, 2022).

Cita-se o caso chileno em virtude de que a mudança de paradigma ocorreu em 2017, ou seja, um ano antes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) reconhecer a justiciabilidade direta do direito à saúde no caso *Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, de 08 de março de 2018. O caso originou-se a partir do descaso clínico sofrido pela vítima Poblete Vilches durante o tempo em que foi atendido em um hospital público do Chile, onde não recebeu os devidos cuidados de emergência que necessitava, o que resultou em sua morte. Na sentença emitida, a Corte IDH reconheceu a interdependência do direito à saúde, proclamando a importância da

tutela de tal direito em diversos documentos internacionais, como também em várias constituições da América Latina (Bosa; Maas, 2023b). A Corte IDH fundamentou sua decisão, dentre outros pontos:

Respecto al derecho a la salud protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que se trata de aquel derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, el artículo 34.I y 34.II de la Carta establece, entre los objetivos básicos del desarrollo integral, el de la "defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica", así como de las condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna. Por su parte, el artículo 45.h destaca que "[la persona] solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones mediante la aplicación de principios y mecanismos", entre ellos el: "Desarrollo de una política eficiente de seguridad social". En este sentido, el artículo XI de la Declaración Americana permite identificar el derecho a la salud al referir que toda persona tiene derecho "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que "la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales" (Corte Interamericana De Derechos Humanos, 2018).

Retornando ao contexto brasileiro, acerta-se que a judicialização da saúde passou por diversas fases, tendo como o seu *leading case* sobre a matéria no STF o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS, de 2002, que reconheceu o dever do Estado em oferecer tratamento a pacientes aidéticos (Leal; Maas, 2020), antes mencionado. No entanto, a jurisprudência que leva proeminência ao tema foi a STA 175, de 2010, pois veio apontar os primeiros parâmetros concernentes ao fenômeno.

Desse modo, a decisão sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes surge com o intuito de fixar critérios a serem observados pelos Tribunais no julgamento de causas que envolvam a prestação do direito à saúde. Verifica-se, na decisão, três distintos critérios, transcritos aqui da seguinte maneira - se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do Sistema Único de Saúde (SUS), torna-se importante

distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa; (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la; ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação (Brasil, 2009).

O primeiro deles refere-se à existência ou não de política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nesse entendimento, havendo a política formulada pelo SUS, o Poder Judiciário, por sua vez, não estaria criando políticas públicas, mas determinando o seu cumprimento. Caso o contrário, ou seja, a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas públicas do SUS, deve-se distinguir se a não prestação decorre de: 1. Omissão legislativa ou administrativa; 2. Decisão administrativa de fornecê-la; ou 3. Vedação legal à sua dispensação. Desse modo, é vedado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, situação em que a não-concessão do medicamento se impõe. Ademais, há o entendimento que, medicamento vedado pela Anvisa não deveria ser deferido, porém, o Ministro em sua decisão, deixa claro que não se trata de regra absoluta, podendo-se permitir a importação de medicamentos não autorizados pela Anvisa (Leal; Maas, 2020).

O segundo critério, por sua vez, diz respeito à existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, desse critério decorrem duas hipóteses distintas: a primeira diz respeito ao fato de que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente; a segunda, que o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nesse sentido, ficou assentado que das duas opções que prevaleça a primeira; todavia, novamente, o Ministro Relator aponta para a exceção, que o Poder Judiciário ou a própria administração poderão decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso (Leal; Maas, 2020).

Já o terceiro e último critério trata-se da alegação de inexistência de tratamento, situação em que se faz preciso distinguir entre os tratamentos experimentais (sem comprovação específica de sua eficácia), daqueles tidos como não-testados pelo sistema público, mas que já são disponibilizados pelo setor privado (Leal; Maas, 2020).

Após essa decisão ímpar, em 17 de novembro de 2011, o STF reconheceu a Repercussão Geral do julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/MG, que discutia a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer gratuitamente medicamentos e tratamentos médico-hospitalares não registrados, com força no direito fundamental à saúde, em casos de mora da Anvisa em apreciá-los. Com essa decisão foi possível elaborar critérios mais amplos nesses casos (Bosa; Maas, 2023a).

O mérito da referida decisão foi julgado em 22 de maio de 2019, sendo fixada a seguinte tese:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União (Brasil, 2019)

E, em 2023, mais de dez anos depois, o STF apresenta, com o Recurso Extraordinário 684.612/RJ, outros critérios e parâmetros, o que se passa a analisar, para ser possível responder o problema estabelecido nessa pesquisa. Cabe compreender, assim, o conteúdo da decisão e seu eventual caráter estruturante.

MAIS DE 10 ANOS DEPOIS, UM NOVO PARADIGMA? ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612/RJ

Compreendido o cenário que envolve a judicialização da saúde no Brasil e as principais decisões judiciais sobre o tema ao longo dos últimos anos, é importante analisar os parâmetros fixados no julgamento do Recurso Extraordinário 684.612/RJ

que discute novamente a intervenção do Poder Judiciário em matéria de efetivação do direito à saúde e implementação adequada da política pública de saúde no Brasil.

O caso contou com a participação dos 27 estados da federação como *amici curiae*, além do Município de São Paulo, do Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro (SINMED/RJ), do Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) e do Conselho Regional de Enfermagem do Rio de Janeiro (COREN/RJ), sendo julgado em 03 de julho de 2023, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. O julgamento, em sede de repercussão geral, tratou do Tema 698 sobre: "limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção" (Brasil, 2023).

A temática, como já exposto, não é nova. Foram e são recorrentes as decisões em âmbito de judicialização da saúde, com discussões contínuas no STF sobre os limites de atuação do Poder Judiciário, escolhas trágicas, mínimo existencial e reserva do possível. A contenda, nesse sentido, também traz referências às clássicas discussões entre reserva do possível e o cumprimento de obrigações decorrentes do mínimo existencial e preservação de obrigações estatais de proteção de direitos fundamentais que sustentaram a ADPF 45, que tratou, no ano de 2004, de eventual atuação do STF no controle jurisdicional de políticas públicas.

Há que se ter presente, todavia, que embora as discussões trazidas nos casos julgados sobre o tema até então indicassem uma legitimidade do Poder Judiciário para intervir diante da omissão dos demais Poderes do Estado, havia, de fato, pouca intervenção (leal; moraes, 2022). No julgamento do Recurso Extraordinário 684.612/RJ, uma clara obrigação de fazer foi determinada, sendo fixadas as seguintes teses de julgamento:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.
2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;
3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode

ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) (Brasil, 2023).

A necessidade de se estabelecerem parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador, foi um argumento considerado pelos Ministros, assim como a construção do direito à saúde enquanto direito subjetivo público. Referida dimensão “reclama prestações positivas do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução” (Brasil, 2023, p. 2).

Um argumento, no entanto, difere-se dos que sustentavam a intervenção judicial na saúde: o reconhecimento de um problema de natureza estrutural, que envolve desde a estrutura precária das instalações de saúde até a contratação de médicos para o SUS. Desse modo, sustenta-se na decisão a necessidade de que o Poder Judiciário identifique um problema estrutural e que a Administração Pública apresente um plano de reestruturação que de conta da modificação do cenário posto (Brasil, 2023).

Têm-se, assim, que “falhas estruturais geradas pelo vazio ou pela inefetividade de políticas públicas para o atendimento de determinado direito fundamental fazem com que a atuação do Judiciário seja necessária” (Brasil, 2023, p. 78), sendo citada na decisão a ADPF 347, que declarou a existência de um “estado de coisas inconstitucional” em relação ao sistema carcerário brasileiro. Importante apontar que o reconhecimento de falhas estruturais e de um problema de natureza estruturante já foi realizado em outros julgados recentes do STF, como na ADPF 976 – que tratava da Política Nacional para a População em Situação de Rua –, na ADPF 709 – sobre a prestação do direito à saúde para comunidades indígenas durante a pandemia, dentre outros casos⁶.

⁶ Como destaca Campos (2022, p. 428), o Supremo Tribunal Federal foi demandado sobre o reconhecimento de falhas estruturais em outros processos que solicitavam a expedição de ordens estruturais e declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, sendo eles “ADPF n.º 822 (condução de políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde durante a

Em seu voto vista, na ação aqui analisada, o Ministro Barroso sustenta, ainda, a realização de um controle judicial fraco – citando Mark Tushnet em sua obra “Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law” –, pelo qual, mesmo que o Poder Judiciário indique os resultados que devem ser alcançados, não há uma fixação analítica dos atos que devam ser praticados, preservando-se o mérito administrativo (Brasil, 2023). De todo modo, há a definição de medidas estruturais que deem conta de metas a serem alcançadas.

Nesse sentido, interessante pontuar a análise de Dixon (2014) ao indicar a existência de cargas de inércia – representadas por outras prioridades políticas, pela ineficiência burocrática ou ainda por motivações voltadas à distrair a atenção do tema central –, que fazem com que os atores estatais, sem a devida mobilização, continuem operando sem realização de significativas modificações em uma área relevante – como a saúde pública no caso ora em análise – ainda que haja a boa-fé do Poder Público. Sob tal perspectiva, a adoção de medidas simples e recorrentes não tem o condão de produzir significativas modificações, especialmente diante de problemas estruturais.

Rodríguez-Garavito (2014, não paginado) propõe, assim, uma combinação de ações capazes de modificar tais cenários, referindo que:

en los casos estructurales involucran reconocer la exigibilidad judicial del derecho en cuestión (derechos fuertes); dejar las decisiones de política pública a las ramas electas del poder al mismo tiempo que establecer un mapa claro para medir el progreso (medidas judiciales moderadas), y supervisar activamente la ejecución de las órdenes del tribunal mediante mecanismos participativos, como las audiencias públicas, los informes de avance y las decisiones sobre el seguimiento (seguimiento fuerte).

Em mesma direção, o Ministro Barroso indica como ação ideal para atingir os resultados esperado que (i) o Judiciário identifique um problema estrutural; (ii) a Administração Pública apresente um plano que contenha projeto ou programa adequado para a reestruturação das falhas; e (iii) a avaliação e fiscalização do

pandemia COVID-19); ADPF n.º 866 (política de saúde no país); ADI n.º 5529 (vigência de patentes no Brasil); ADPF n.º 786 (regressividade do sistema tributário); ADPF n.º 655 (Sistema Tributário); ADPF n.º 738 (candidaturas de negros em eleições); ADPF n.º 743 (gestão ambiental do país)".

mesmo fique a cargo do Poder Judiciário ou de órgão delegado (Brasil, 2023). O primeiro passo, portando, passa por, necessariamente, reconhecer a existência de um problema de natureza estrutural – ponto que, até então, não era tão debatido em termos de judicialização da saúde.

Como ressalta Nash Rojas (2009), em relação a tais violações de direitos, de caráter institucional, o próprio Estado – que deveria proteger e promover os direitos das vítimas – permite ou mesmo facilita as violações, o que também pode ocorrer mediante sua omissão na concretização de políticas públicas, como em relação à política nacional de saúde. Assim, transcender o caráter individual do litígio é uma das características marcantes que levam ao reconhecimento de casos de natureza estrutural – como o analisado.

Tais casos estruturais, que representam a razão de existência das chamadas sentenças estruturantes, são marcados por:

- a) afectar a un gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales en su nombre;
- b) involucrar a varios organismos y departamentos del Estado, que se consideran responsables de las persistentes fallas de política pública que contribuyen a la violación de esos derechos, y c) llevar aparejadas medidas estructurales, por ejemplo, órdenes de cumplimiento inmediato en las que se instruye a diversos organismos administrativos para que tomen acciones coordinadas a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los denunciantes específicos del caso (Rodríguez-Garavito, 2014, não paginado).

A complexidade da política pública da saúde no Brasil e a recorrência das demandas que evidenciam um cenário de judicialização excessiva da saúde, denotam a existência de um caso estrutural, o qual se desdobra em diferentes questionamentos que abarcam a distribuição de medicamentos, ineficácia do atendimento do SUS em muitos casos, inexistência de profissionais suficientes, entre outros problemas e desafios. Desse modo, sem que o problema seja encarado em sua devida dimensão, não haverá uma modificação de cenário capaz de avançar na efetivação do direito à saúde no Brasil.

Como bem analisa Nash Rojas (2015, p. 128) “si persisten las condiciones (jurídicas, culturales y sociales) que permitieron la violación de derechos humanos que llega al tribunal, esta se perpetuará en el tiempo”, o que agravará também o alcance de seus efeitos e as vítimas da inércia ou inefetividade estatal. A chave que conserta a engrenagem da sala de máquinas, nesse aspecto, perpassa o reconhecimento das violações estruturais e a adoção de medidas para saná-las.

Dessa maneira, a partir dos critérios analisados é possível afirmar que o STF evoluiu em alguns dos parâmetros fixados, trazendo uma característica mais estrutural para a decisão, isso ao trabalhar com a noção de busca por finalidades a serem alcançadas e apresentação de meios concretos para a realização de tal resultado – os quais dependem de uma atuação programada da Administração Pública. Mesmo que de forma breve, na decisão são tratadas questões de natureza estruturante, especialmente no tocante à importância do reconhecimento de um problema estrutural envolvendo a saúde pública no Brasil – não sendo estas enfrentadas nas decisões anteriores referidas acima, como já mencionado.

Ademais, apesar dos diferentes contornos observados no caso, o Poder Judiciário segue sustentando o seu posicionamento na possibilidade de atuação jurisdicional a partir da omissão institucional dos demais poderes – o que não geraria afronta ao princípio da Separação de Poderes segundo posicionamento já reiterado do órgão –, razão essa que, justamente, apresenta-se como justificativa para a intervenção em políticas públicas (Leal; Moraes, 2022). É possível perceber, pelos fundamentos apresentados, uma guinada nas discussões envolvendo a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, como a da saúde, que passa a dimensionar os problemas existentes a partir das múltiplas complexidades presentes na tutela do direito à saúde do Brasil.

CONCLUSÃO

É possível se afirmar, em decorrência do exposto, que o direito fundamental social à saúde pode ser tutelado tanto pela via da coletividade quanto pela via individual, pois é, ao mesmo tempo, um direito coletivo e um direito público subjetivo,

dada a importância que ostenta seu conteúdo. Essa é a sua face no Brasil, onde comporta-se como direito objetivo e subjetivo.

Ainda, no tocante à intervenção judicial na determinação, ao Poder Público, de efetivação de direitos fundamentais sociais, o entendimento já consolidado pelo STF sustenta que a mesma é possível, sem qualquer ingerência nas funções do Judiciário ou mesmo ofensa ao princípio da Separação de Poderes. A inércia governamental ou omissão na realização desses direitos fundamentais tem o condão de "autorizar" a intervenção judicial, com vistas a garantir a não violação e efetivação dos direitos postulados constitucionalmente.

Assim, respondendo ao problema de pesquisa, pode-se afirmar que o STF, em termos gerais, não fixou um novo entendimento em matéria de judicialização da saúde e intervenção judicial em políticas públicas, e segue reproduzindo a jurisprudência já firmada, ou seja, havendo a omissão dos demais poderes, está legitimada a sua atuação na intervenção em políticas públicas e como ator na judicialização da saúde. Desse modo, vem a expandir a construção no sentido de reconhecer um problema estrutural e determinar que o Poder Público trace um plano concreto para a resolução de tal violação de direitos fundamentais, a qual não é nova no cenário jurisdicional brasileiro e ainda assim mostra-se tão atual.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT. C. M. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. A judicialização da saúde de medicamentos e tratamentos sem registro na ANVISA. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, São Paulo, v. 31, p. 278-301, 2023a. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2019/2156>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. A justiciabilidade do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma breve análise jurisprudencial. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí – RS, a. 11, n. 21, p. 01-17, jan./jun. 2023b. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/13508>. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 16 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Extraordinária 684.612/RJ**. Relator: Ministros Ricardo Lewandowski. Relator do Acórdão: Roberto Barros. Brasília, DF, 03 de julho de 2023. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de maio 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2023.

BUGUEÑO, Rodrigo Andrés Poyanco; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán. El derecho a la salud en Chile y Colombia. La narrativa judicial respecto a la justiciabilidad del derecho a la salud, en los ordenamientos constitucionales de ambos países. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**, Ciudad de México, n. 35, p. 175-209, jul./dez. 2022. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46702022000200175&script=sci_abstract. Acesso em: 06 nov. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional, sentenças estruturais e a relevância do monitoramento: o caso colombiano. *In*: CASIMIRO, M.; FRANÇA, E. P. C. **Processos Estruturais no Sul Global**. Londrina: Thoth, 2022. p. 427-448.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso Poblete Vilches y otros versus Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)**: sentencia de 08 de marzo de 2018. San José da Costa Rica, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. *In*: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado.

GAVARA DE CARA, J. C. La dimensión objetiva de los derechos sociales. *In*: GAVARA DE CARA, J. C. (Org.). **Cuadernos de derecho Constitucional**. Barcelona: Librería Bosh, 2010.

HACHEM, D. W. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago, Chile, n. 1, p. 285-328, 2014. Disponível em: <http://www.cecuch.cl/>. Acesso em: 25 mar. 2017.

KLATT, M. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. *In*: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; SILVA, R. L. N. da (Org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis, 2015. p. 215-266.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **"Dever de proteção estatal", "proibição de proteção insuficiente" e controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2020/Dever-de-protecao-estatal-proibicao-de-protecao-insuficiente-e-controle-jurisdicional-de-PP.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2023.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena; KIRSTE, Stephan. **Direitos (fundamentais) sociais e sua justiciabilidade**: Brasil, Alemanha e Áustria. Curitiba: Íthala, 2021. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2021/ebook-direitos-fundamentais-sociais-e-sua-justiciabilidade.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2023.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Judicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas**: entre informação e participação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2020/Judicializacao-da-saude-e-controle-jurisdicional-de-PP.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2023.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. O Supremo Tribunal Federal e a (não) intervenção em matéria de políticas públicas: da omissão como justificativa à relação entre poderes. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v.1, p. 378-402, 2022. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2769>. Acesso em 14 out. 2023

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASH ROJAS, Claudio. **Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)**. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2009.

NASH ROJAS, Claudio. Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia". *In*: BAZÁN, Víctor. **Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales**. Las sentencias estructurales. Bogotá: Fundação Konrad Adenauer, 2015. p. 125-143.

OLIVEIRA, G. J. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. *In*: CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; PAGLIARINI, A. C. (Org.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 307-329.

QUEIROZ, C. **O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.** Lisboa: Coimbra, 2006.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *In*: GARGARELLA, R. **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática.** 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado.

LISTA DOS AUTORES

Bruno Meneses Lorenzetto

Pós-Doutorando em Direito pela UFPR. Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Carlos Luiz Strapazzon

Pós-Doutor em Direito pela PUC-RS. Doutor em Direito Constitucional pela UFSC. Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina e da Universidade Positivo (UP). Professor convidado do Programa de Doutorado em Direito da Universidad de Talca (UTalca), Chile, do Programa de Master da Università di Roma "La Sapienza", Itália.

César Landa Arroyo

Doutor em Direito. Professor na Pontifícia Universidade Católica do Peru e Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vice-presidente da Associação Internacional de Direito Constitucional.

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Pós-doutora em Saúde Coletiva pela UFRJ. Doutora em Bioética pela UnB. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Coordenadora e professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV. Presidente da Sociedade Brasileira de Bioética.

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Hamburgo – Alemanha e igualmente pela PUCRS. Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg – Alemanha. Mestre em Direito pela UFC. Professora Adjunta da Escola de Direito da PUC/RS.

Gina Vidal Marcilio Pompeu

Pós-Doutora em Direito Econômico pela Universidade de Lisboa e em Direitos Humanos pela Universidade do Havre. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará. Professora Titular e Coordenadora do Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da UNIFOR. Coordenadora do Núcleo de Estratégias Internacionais (NEI) e do grupo de pesquisas REPJAAL. Vice-Presidente da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia.

Gonzalo Aguilar Cavallo

Pós-Doutor pelo Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha). Doutor em Direito (Espanha), Mestre em Relações Internacionais (Espanha) e em Direitos Humanos e Direito Humanitário (França).

Professor do Centro de Estudos Constitucionais do Chile, (UTalca). Diretor do Mestrado em Direito Constitucional da UTalca.

Gustavo Jaques

Doutor em Filosofia (PUCRS). Doutor em Direito (UNISC). Mestre em Direito (UNISC e PUCRS). Juiz do Trabalho (TRT da 4ª Região). Foi Juiz do Trabalho do TRT da 23ª Região, Procurador do Estado do RS e Professor da PUC/RS.

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Universidade de Munique (LMUM/ALEMANHA). Mestre e Doutor pela PUC/RS. Professor Titular da Escola de Direito e Coordenador dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS.

Marcelo Sampaio Siqueira

Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor do PPGD – Mestrado Acadêmico – da Unisete. Procurador do Município de Fortaleza.

Maria Ignacia Sandoval

Doutoranda em Direitos Humanos, Democracia e Justiça Internacional (Universidade de Valência – Espanha). Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Estudos Constitucionais do Chile (UTalca). Pesquisadora e professora do Centro de Estudos Constitucionais do Chile. Professora de Direito Constitucional e professora no Diplomado em Direitos Humanos (módulo migrantes) do Centro de Estudos Constitucionais do Chile (UTalca).

Maria Valentina de Moraes

Doutora e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional Aberta". Professora na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e no Centro de Ensino Integrado Santa Cruz – CEISC.

Mônia Clarissa Hennig Leal

Pós-Doutora pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutora em Direito pela UNISINOS. Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenadora do Comitê de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da FAPERGS.

Natercia Sampaio Siqueira

Pós-Doutora em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutora em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Professora do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da UNIFOR. Membro do Grupo de Pesquisa Repjal. Procuradora Fiscal do Município de Fortaleza.

Rosana Helena Maas

Pós-Doutora pela Paris Lodron Universität Salzburg (Áustria) e Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com pesquisas realizadas na Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald (Alemanha). Realiza estágio pós-doutoral no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC.

Shayene Machado Salles

Doutora e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD-FDV). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa (CNPq), em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética (Biogepe).

Suzéte da Silva Reis

Doutora em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela UNISC. Mestre em Direito pela UNISC, com bolsa da CAPES. Professora do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISC. Coordenadora do grupo de pesquisas "Relações de Trabalho na Contemporaneidade", ligado ao PPGD UNISC.

William Soares Pugliese

Pós-Doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unibrasil. Coordenador da Especialização em Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

