

2022



PPGD

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO • UNIRIO

REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Law and Public Policy Review

ISSN 2675-1143

Volume 4, n. 2

Julho- Dezembro

Qualis B2



Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
(UNIRIO)

 <http://seer.unirio.br/rdpp/index>

 rdpp@unirio.br

**REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS**
LAW AND PUBLIC POLICY REVIEW

VOLUME N.º 4 – NÚMERO 2

ISSN 2675-1143

Editor-Chefe:

Profa. Dra. Edna Raquel Hogemann, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Vice Editor-Chefe:

Prof. Dr. Oswaldo Pereira de Lima Junior, Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Rio de Janeiro, 2022.



SUMÁRIO – SUMMARY

EDITORIAL

Prof. Dra. Edna Raquel Hogemann 4

THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURTS IN MAINTAINING PEACE: JUDICIAL PUBLIC POLICY

Marieta Safta..... 6

FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO – POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA SOB PERSPECTIVA JUDICIAL

Andreia Alvarenga de Moura Meneses, Emerson Moura 30

A POLÍTICA PÚBLICA DA EXTRAFISCALIDADE COMO (DES)INCENTIVO PARA O CONTRABANDO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DAS ALÍQUOTAS DO IPI SOBRE O MERCADO ILÍCITO DE CIGARRO

Fillipe Azevedo Rodrigues, Andre Melo Gomes Pereira, Cínthya Simara Santos de Souza 47

A MEDIAÇÃO WARATIANA COMO POLÍTICA PÚBLICA EFICAZ NO ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

Francisco Ribeiro Lopes, Leonel Severo Rocha 63

RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO POR OMISSÃO ADMINISTRATIVA: VIABILIDADE DA PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR CUMULADA COM DANO MORAIS COLETIVO, SOB UMA ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Arianne Brito Cal Athias, Emanuel Pinheiro Chaves 83

NOVOS PARADIGMAS PARA A AUTONOMIA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Lorlene Dourado, Maria Marli Castelo Branco de Melo 99

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO: A NECESSIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Acácia Gardênia Santos Lelis 127

NA INTERSECÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA: PROMOVEDO OS DIREITOS E INCLUSÃO DE MULHERES REFUGIADAS POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Oswaldo Pereira de Lima Junior Luana Cristina da Silva Dantas 149

IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO TRABALHO INTELECTUAL: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR EM FACE DA AUTOMAÇÃO

Francisco da Silva Mariz, Carlos Francisco do Nascimento 166

CAUSALIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS

Ivan César Ribeiro 179



EDITORIAL

É com satisfação que anunciamos a mais recente edição da Revista Direito das Políticas Públicas, produzida pelo programa de mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Reconhecemos ser esta uma iniciativa de extrema importância e que reflete a crescente importância desse campo no meio acadêmico e jurídico contemporâneo.

As políticas públicas desempenham um papel crucial na orientação das ações estatais para promover o bem-estar social, a justiça e a igualdade. Portanto, uma revista focada no direito das políticas públicas proporciona um espaço dedicado à análise aprofundada e crítica dessas questões, considerando não apenas os aspectos legais, mas também os sociais, econômicos e políticos envolvidos.

A UNIRIO, reconhecida por sua excelência acadêmica, fortalece sua posição como um centro de pesquisa e conhecimento ao oferecer uma plataforma dedicada exclusivamente à análise do direito das políticas públicas. Isso contribui para a formação de profissionais mais capacitados e conscientes das complexidades e desafios associados à criação, implementação e avaliação de políticas que têm impacto direto na sociedade.

Através dos artigos científicos apresentados nesta edição, os autores e pesquisadores nacionais e estrangeiros têm a oportunidade de contribuir para o desenvolvimento e aprimoramento das políticas públicas no Brasil. A divulgação de artigos, ensaios e estudos de caso enriquece o debate jurídico e estimula a reflexão crítica. Além disso, a revista se estabelece como uma fonte valiosa de conhecimento para profissionais do direito, gestores públicos e demais interessados na área.

A presente edição inicia com um artigo internacional de autoria da professora romena Marieta Safta, da Titu Maiorescu University, de Bucareste, que promove uma reflexão a respeito do papel desempenhado pelos tribunais constitucionais na manutenção da paz, sob o título: THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURTS IN MAINTAINING PEACE.

A seguir, sob o título: FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO – POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA SOB PERSPECTIVA JUDICIAL, a autora Andreia Alvarenga de Moura Meneses aborda como essa questão vem sendo judicializada junto aos Tribunais Superiores e as tendências jurisprudenciais quanto à matéria.

A temática da extrafiscalidade como incentivo ou não ao contrabando, a partir de uma reflexão crítico-analítica em torno dos aspectos econômicos vinculados às alíquotas de IPI sobre o mercado ilícito de cigarros, é a temática do terceiro artigo, intitulado: A POLÍTICA PÚBLICA DA EXTRAFISCALIDADE COMO (DES)INCENTIVO PARA O CONTRABANDO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DAS ALÍQUOTAS DO IPI SOBRE O MERCADO ILÍCITO DE CIGARRO, da autoria de Fillipe Azevedo Rodrigues, André Melo Gomes Pereira e Cínthya Simara Santos de Souza, da Universidade Federal do rio Grande do Norte (UFRN).

Os autores Francisco Ribeiro Lopes e Leonel Severo Rocha, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai das Missões, apresentam o estudo sob o título: A MEDIAÇÃO WARATIANA COMO POLÍTICA PÚBLICA EFICAZ NO ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO, em que resgatam a importância do pensamento waratiano relativo à importância do instrumento da mediação como política pública que, tendo em conta a vulnerabilidade do consumidor, pode se constituir como instrumento eficaz de enfrentamento ao superendividamento.

RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO POR OMISSÃO ADMINISTRATIVA: VIABILIDADE DA PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR CUMULADA COM DANOS MORAIS



COLETIVO, SOB UMA ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA é o título do ensaio produzido pela professora Arianne Brito Cal Athias e Emanuel Pinheiro Chaves, da Universidade da Amazônia, que apresenta, sob uma perspectiva neoconstitucional, como o princípio da dignidade humana pode vir a ser violado em decorrência de ato comissivo administrativo de agente público, no exercício de suas funções.

Loriene Dourado, professora do Centro de Educação Superior, em Campina Grande (PB) e Maria Marli Castelo Branco de Melo, Coordenadora Especial de Políticas Públicas para Mulheres do município de Campina Grande abordam a importância de políticas públicas para pessoas com deficiência (PCD) vocacionadas para a efetivação e o resgate da dignidade humana, tendo em conta novos paradigmas orientados para a garantia da autonomia das PCDs. O trabalho intitula-se: NOVOS PARADIGMAS PARA A AUTONOMIA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A preocupação com políticas públicas voltadas para crianças e adolescentes vítimas de abandono afetivo está presente no trabalho apresentado pela professora Acácia Lélis, da Universidade Tiradentes, de Aracaju (SE) intitulado A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO: A NECESSIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, que analisa a questão à luz da normativa existente e das propostas legislativas em tramitação.

NA INTERSECÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA: PROMOVEDO OS DIREITOS E A INCLUSÃO DE MULHERES REFUGIADAS POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS é o título do ensaio de autoria do professor Oswaldo Pereira de Lima Junior, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte em coautoria com Luana Cristina da Silva Dantas, que se propõe a investigar, pela utilização de uma abordagem interseccional, a importância das políticas públicas na construção ou reconstrução da cidadania das refugiadas em nosso país.

Francisco da Silva Mariz e Carlos Francisco do Nascimento, ambos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em Caicó (RN), são os autores do estudo intitulado: IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO TRABALHO INTELECTUAL: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR EM FACE DA AUTOMAÇÃO que se destaca tanto pela atualidade da temática quanto pelas reflexões que os autores promovem sobre o assunto, ainda tão carente de contribuições da Academia.

Para finalizar essa edição, não menos relevante a contribuição do professor Ivan César Ribeiro, da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) em seu artigo cujo título, CAUSALIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS, aponta para a necessidade de se refletir analítica e criticamente a respeito das relações causais atinentes às políticas públicas e seus resultados, bem como no que diz respeito aos mecanismos subjacentes, encarados como modelos geradores dessas políticas e seus impactos decorrentes.

A análise dos artigos e ensaios apresentados evidencia claramente que a existência de um periódico sobre direito das políticas públicas no programa de mestrado em Direito da UNIRIO não apenas enriquece a qualidade da pesquisa e do debate acadêmico, mas também exerce um impacto positivo no desenvolvimento das políticas públicas no Brasil, com olhares que extrapolam nossas fronteiras. Isso promove uma abordagem mais informada, justa e eficaz para lidar com as questões sociais e legais contemporâneas.

Boa leitura!



The role of the constitutional courts in maintaining peace: judicial public policy

O papel dos tribunais constitucionais na manutenção da paz: política pública judicial

Marieta Safta¹

Titu Maiorescu University of Bucharest. PhD. Professora. Bucharest. Romania

ABSTRACT

The study approaches the theme of Peace as a value enshrined in the constitutions of the States of the world and defended by instruments regulated in the Constitutions, especially the constitutional review. It is difficult to identify a more important topic of reflection and joint effort for all of us as inhabitants of this planet. Considering this importance, this study is an invitation to reflect on Peace as a constitutional value: how this value is regulated in the constitutions of the states of the world; the dimensions of Peace as a constitutional value; how the constitutional courts and equivalentents defend Peace. The decisions and judgments of constitutional courts often have a “calming effect” on social tensions. They play a significant role in mitigating and resolving social conflicts and maintaining and sustaining social Peace. Given this role, it is vital to closely understand and follow constitutional justice developments in our States and the world. Constitutional justice has lights but also shadows, meaning a lot of power but also vulnerabilities. The awareness of all these aspects can lead to more solid institutions capable of being guardians of Peace and the rule of law in such a tumultuous and fragmented world.

KEYWORDS:

Constitutional review; Constitutional courts; Peace; Constitutional values.

RESUMO

O estudo aborda o tema da Paz como valor consagrado nas constituições dos Estados do mundo e defendido por instrumentos regulamentados nas Constituições, especialmente a revisão constitucional. É difícil identificar um tema de reflexão e esforço conjunto mais importante para todos nós como habitantes deste planeta. Considerando esta importância, este estudo é um convite à reflexão sobre a Paz como valor constitucional: como este valor é regulamentado nas constituições dos Estados do mundo; as dimensões da Paz como valor constitucional; como os tribunais constitucionais e equivalentes defendem a Paz. As decisões e julgamentos dos tribunais constitucionais têm frequentemente um “efeito calmante” nas tensões sociais. Desempenham um papel significativo na mitigação e resolução de conflitos sociais e na manutenção e sustentação da paz social. Dado este papel, é vital compreender e acompanhar de perto os desenvolvimentos da justiça constitucional nos nossos Estados e no mundo. A justiça constitucional tem luzes, mas também sombras, o que significa muito poder, mas também vulnerabilidades. A consciência de todos estes aspectos pode levar a instituições mais sólidas, capazes de ser guardiãs da Paz e do Estado de Direito num mundo tão tumultuado e fragmentado.

PALAVRAS-CHAVE:

Revisão constitucional; Tribunais Constitucionais; Paz; Valores constitucionais.

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2474-6539>



1. INTRODUCTION

The topic of the paper is inspired by the most recent Congress of the World Conference on Constitutional Justice on the theme “Constitutional Justice and Peace” which took place in the first week of October 2022, in Indonesia, Bali. This Congress is the 5th in the history of the World Conference of Constitutional Justice (a framework of Cooperation of the Constitutional Courts at the Global level, whose Statute was signed in the capital of my country, Romania, in 2011).

The Congress should be noted for at least two reasons: its scope, as a worldwide meeting of constitutional justice, which brought together 94 constitutional courts and equivalent institutions from around the world, meaning almost 600 participants; **the generous topic, PEACE, as a value enshrined in the constitutions of the States of the world and defended by instruments regulated in the Constitutions, especially the constitutional review.**

It is difficult to identify a more important topic of concern and joint effort for all of us as inhabitants of this planet. Considering this importance, this study is an invitation to reflect on Peace as a constitutional value: how this value is regulated in the constitutions of the states of the world; the dimensions of Peace as a constitutional value; how the constitutional courts and equivalents defend Peace.

2. PEACE AS A FUNDAMENTAL VALUE IN CONSTITUTIONS

2.1 GENERAL REMARKS

A comparative approach of the constitutions leads us to the conclusion that most of them refer to peace, addressing various dimensions of the concept, depending on the history, tradition, and experiences that influenced and still influence the evolution of the States.

Thus, they can be identified: a dimension of peace as a value that characterizes the universal harmony and peaceful coexistence of States in the international community; a dimension derived from the first mentioned, which places the State in the global context as an active participant in peacekeeping efforts; a dimension that projects the State both in external and internal relations, and, capitalizing on the historical experience, marked by conflicts, approaches peace as a commitment to reconciliation; an internal dimension, especially in the sense of social harmony, which can be approached on multiple coordinates.



We have selected the relevant provisions and will present them to create a comprehensive approach to consecrating the multiple dimensions of peace in world constitutions.

2.2 THE GOAL OF UNIVERSAL HARMONY: PEACEFUL RELATIONS WITH OTHER STATES

Peace as a vocation of States, as members of the international community, in relations with other States of the world appears most often **in the preamble of the Constitutions**, but also in the section dedicated to **general principles**.

In this sense they are, for example (in alphabetical order): **Andorra** (1985):

Eager to use every endeavour to promote values such as liberty, justice, democracy and social progress, and to keep and strengthen the harmonious relations of Andorra with the rest of the world, and especially with the neighbouring countries, on the basis of mutual respect, co-existence and peace; Desiring that the motto ‘virtus, unita, fortior’, which has presided over the peaceful journey of Andorra over its more than seven hundred years of history, may continue to be a completely valid principle and may always guide the conduct of Andorrans.

Burkina Faso (2015): “DESIROUS to promote peace, international cooperation, the peaceful resolution of differences between States, with justice, equality, liberty and the sovereignty of peoples”; **Brazil** (1988):

We the representatives of the Brazilian People, convened the National Constituent Assembly, to institute a democratic state destined to ensure the exercise of social and individual rights, liberty, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, pluralist and unprejudiced society, founded on social harmony and committed, in the domestic and international orders, to the peaceful solution of disputes (...).

Cambodia (1993):

Having awakened to stand up with resolute determination and commitment to strengthen our national unity, to preserve and defend Cambodia's territory and its precious sovereignty and the prestige of Angkor civilization, to build the nation up to again be an ‘Island of Peace’ based on a liberal multi-party democratic system, to guarantee human rights and the respect of law, and to be responsible for progressively developing the prosperity and glory of our nation; Art. 1 para. 2 The Kingdom of Cambodia shall be an independent, sovereign, peaceful, permanently neutral and non-aligned country.

Cote d’Ivoire (2016): “Taught by lessons from our political and constitutional history, desirous of building a Nation that is brotherly, united, in solidarity, peaceful and prosperous, and with a concern for preserving political stability”. **Georgia** (2004), “the commitment to strengthen State independence and the peaceful relations with other peoples”. **Indonesia**



(1945): “Government should participate toward the establishment of a world order based on freedom, perpetual peace and social justice”. **Japan** (1946):

We, the Japanese people, acting through our duly elected representatives in the National Diet, determined that we shall secure for ourselves and our posterity the fruits of peaceful cooperation with all nations and the blessings of liberty throughout this land, and resolved that never again shall we be visited with the horrors of war through the action of government, do proclaim that sovereign power resides with the people and do firmly establish this Constitution. (...) We, the Japanese people, desire peace for all time and are deeply conscious of the high ideals controlling human relationship, and we have determined to preserve our security and existence, trusting in the justice and faith of the peace-loving peoples of the world (...).

Korea (1948): “the commitment to elevate the quality of life for all citizens and contribute to lasting world peace and the common prosperity of mankind and thereby to ensure security, liberty and happiness for ourselves and our posterity forever”. **Kazakhstan** (1995): “We, the people of Kazakhstan, united by common historic fate, creating state on the indigenous Kazakh land, considering ourselves peace-loving and civil society”. **Pakistan** (1973): “So that the people of Pakistan may prosper and attain their rightful and honoured place amongst the nations of the World and make their full contribution towards international peace and progress and happiness of humanity”. **Sao Tome and Principe** (1975):

Article 12. International Relations The Democratic Republic of São Tomé and Príncipe is determined to contribute toward the safeguarding of universal peace, toward the establishment of equal rights and mutual respect for sovereignty amongst all States and toward the social progress of humanity, on the basis of the principles of international law and peaceful coexistence.

Senegal (2001): “the people affirm their determination to strive [lutter] for peace and fraternity with all the peoples of the world”. **Spain** (1978): “the commitment to Cooperate in the strengthening of peaceful relations and effective cooperation among all the peoples of the earth”. **Switzerland** (1999): “The Swiss People and the Cantons, (...) resolved to renew their alliance so as to strengthen liberty, democracy, independence and peace in a spirit of solidarity and openness towards the world”. **Togo** (1992): “We affirm our determination to cooperate in peace, amity and solidarity with all people of the world enamored of the democratic ideal, on the basis of the principles of equality, of mutual respect and of sovereignty”.

3. PROTECTION AGAINST THE AGGRESSION. PEACEFUL SETTLEMENT OF THE CONFLICTS. PARTICIPATION IN COLLECTIVE SECURITY SYSTEMS

Some Constitutions reference the peaceful resolution of conflicts, the rejection of war, and protection against aggression, including by regulating participation in collective security



systems. Perhaps the most pronounced form of rejection of war and participation in any armed conflict can be found in the **Japan Constitution** (1946), which includes a chapter entitled “RENUNCIATION OF WAR”,

Article 9: Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes. In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized.

The rejection of aggression can be also found in the preamble or provisions of the Constitutions of:

Estonia (1992): “created to protect the peace and defend the people against aggression from the outside”; **Italy** (1947), “Art.11: Italy rejects war as an instrument of aggression against the freedom of other peoples and as a means for the settlement of international disputes”.

Kyrgyzstan (2010),

Art. 14: (1). The Kyrgyz Republic has no goals of expansion, aggression or territorial claims to be resolved by military force. It rejects the militarization of state life and the subordination of the State and its activity to the purposes of waging a war. The Armed Forces of Kyrgyzstan shall be formed in accordance with principles of self-defense and defensive sufficiency. (2) The right to wage war shall not be recognized except in cases of aggression against Kyrgyzstan and other States bound by obligations of collective defence. The permission in each instance of displacement of the units of the Armed Forces of the Kyrgyz Republic beyond the territory of Kyrgyzstan shall be granted by decision of the Jogorku Kenesh adopted by a majority of not less than two thirds of the total number of deputies. (3) The use of the Armed Forces of the Kyrgyz Republic to attain domestic political objectives shall be prohibited.; (4) The Kyrgyz Republic shall strive for universal and just peace, mutually beneficial cooperation and the resolution of global and regional problems by peaceful means.

Mozambique (2004),

Article 22. Policy of Peace: (1) The Republic of Mozambique shall pursue a policy of peace and shall only resort to the use of force in the case of legitimate self-defence. (2) The Republic of Mozambique shall support the primacy of negotiated solutions to conflicts. (3) The Republic of Mozambique shall uphold the principle of general and universal disarmament of all States. (4) The Republic of Mozambique shall advocate the transformation of the Indian Ocean into a nuclear free zone of peace.

Portugal (1976),

Article 7. International relations: (1) In its international relations Portugal shall be governed by the principles of national independence, respect for human rights, the rights of peoples, equality between states, the peaceful settlement of international conflicts, non-interference in the internal affairs of other states and cooperation with all other peoples with a view to the emancipation and progress of mankind.

Regarding the express mention of the participation of States in collective defense systems, in some cases even with the acceptance of some limitations of sovereignty for defense



purposes, we mention, as examples, the Constitutions of: **Finland** (1999), “Section 1: Finland participates in international co-operation for the protection of peace and human rights and for the development of society”. **Germany** (1949),

Preamble: Inspired by the determination to promote world peace as an equal partner in a united Europe, art. 24 (2) permits the Federation to enter in mutual collective security to maintain peace: Article 24 [Transfer of sovereign powers – System of collective security] (1) The Federation may, by a law, transfer sovereign powers to international organisations. (1a) Insofar as the Länder are competent to exercise state powers and to perform state functions, they may, with the consent of the Federal Government, transfer sovereign powers to transfrontier institutions in neighbouring regions. (2) With a view to maintaining peace, the Federation may enter into a system of mutual collective security; in doing so it shall consent to such limitations upon its sovereign powers as will bring about and secure a lasting peace in Europe and among the nations of the world.(3) For the settlement of disputes between states, the Federation shall accede to agreements providing for general, comprehensive and compulsory international arbitration. Article 26. [Securing international peace]: (1) Acts tending to and undertaken with intent to disturb the peaceful relations between nations, especially to prepare for a war of aggression, shall be unconstitutional. They shall be made a criminal offence. (2) Weapons designed for warfare may be manufactured, transported or marketed only with the permission of the Federal Government. Details shall be regulated by a federal law.

Italy (1947), “Article 11: Italy agrees, on conditions of equality with other States, to the limitations of sovereignty that may be necessary to a world order ensuring peace and justice among the Nations. Italy promotes and encourages international organisations furthering such ends”; **Portugal** (1976),

Article 7. International relations: (1)Portugal shall advocate the abolition of imperialism, colonialism and all other forms of aggression, dominion and exploitation in the relations between peoples, as well as simultaneous and controlled general disarmament, the dissolution of the political-military blocs and the setting up of a collective security system, all with a view to the creation of an international order with the ability to ensure peace and justice in the relations between peoples.

Romania (1991),

Article 149. Accession to the North Atlantic Treaty: Romania's accession to the North Atlantic Treaty shall be decided by a law adopted by the Chamber of Deputies and the Senate in joint session, with a majority of two-thirds of the deputies and senators.

Slovakia (1992), “art. 7: The Slovak Republic may, with the aim of maintaining peace, security and democratic order, under the terms laid down by an international treaty, join an organization of mutual collective security.”

4. PEACE AND RECONCILIATION

The concept of reconciliation, sometimes with the evocation of certain acts that end the conflicts that marked the history of those States, can be found, for example, in **Angola** (2010):



“Armed with a culture of tolerance and profoundly committed to reconciliation, equality, justice and development”. **Benin** (1990): “Thus, the National Conference of Active Forces of the Nation, held in Cotonou from February 19 to 28, 1990, in giving back confidence to the people, has permitted the national reconciliation and the advent of an era of democratic revival”. **Bosnia and Hertegovina** (1995), a Constitution “dedicated to peace, justice, tolerance, and reconciliation”; **Burundi** (2018): “Reaffirming our faith in the ideal of peace, of reconciliation, and of national unity in accordance with the Arusha Accords for Peace and Reconciliation in Burundi of August 28, 2000 and the Ceasefire Accords”. **Madagascar** (2010): Conscious that it is indispensable to implement a process of national reconciliation”. **Namibia** (1990): “will strive to achieve national reconciliation and to foster peace, unity and a common loyalty to a single state”. **Rwanda** (2003): “MINDFUL that peace, security, unity and reconciliation of the people of Rwanda are the pillars of development”.

5. AN INTERNAL PROJECTION OF PEACE. SOCIAL PEACE

The previous examples place the State within the international community and in historical context. However, peace as a fundamental value appears frequently in the context of relationships within the State, as well as in connection with the exercise of fundamental rights. Likewise, the ideal of social peace appears expressly mentioned in some Constitutions, and implicitly in the other Constitutions.

Thus, the idea of peaceful coexistence on the territory of the same State appears in the preamble of the Constitution of **North Macedonia** (1991): “the provision of peace and a common home for the Macedonian people with the nationalities living in the Republic of Macedonia” and also in Constitutions of: **Belarus** (1994): We, the People of the Republic of Belarus, (...), desiring to maintain civic concord”. **Dominican Republic** (2015):

We, representative of the Dominican people, (...) ruled by the supreme values and the fundamental principles of human dignity, liberty, equality, the rule of law, justice, solidarity, and fraternal coexistence, social well-being, ecological equilibrium, progress and peace, essential factors for social cohesion.

Kyrgyzstan (2010): “Acting on behest of our ancestors to live in peace and accord, in harmony with nature, hereby adopt the present Constitution”. **Lithuania** (1992), the Lithuanian nation “fostering national concord in the land of Lithuania”. **Sudan** (2019),



Triving to implement measures to achieve transitional justice, fight corruption, recover stolen funds, reform the national economy, achieve a state of prosperity, welfare and social justice, reform institutions of the state and public service, strengthen the pillars of social peace, deepen the values of tolerance and reconciliation between the components of the Sudanese people and rebuild trust between all the people of Sudan.

Moldova (1994); “CONSIDERING the rule of law, civic peace, democracy, human dignity, fundamental human rights and freedoms, the free development of human personality, justice and political pluralism as supreme values”. **Spain** (1978), “Section 10: The dignity of the person, the inviolable rights which are inherent, the free development of the personality, the respect for the law and for the rights of others are the foundation of political order and social peace”. **Togo** (1992),

Article 48: Every citizen has the duty to see to respect for the rights and freedoms of other citizens and of the safeguarding of the public security and of the [public] order. [They] work for the promotion of tolerance and of dialogue in their relations with others. [They] have the obligation to preserve the national interest, the social order, peace, and national cohesion. Any act or any manifestation of a racist, regionalist, [or] xenophobic character is punished by the law.

Ukraine (1996): “The Verkhovna Rada of Ukraine, on behalf of the Ukrainian people – citizens of Ukraine of all nationalities, (...) caring for the strengthening of civil harmony on Ukrainian soil”. As regards the connection of this value with fundamental rights, examples can be mentioned on **Right to education, in Austria** (1920), art. 145 a:

Democracy, Humanity, solidarity, peace and justice as well as openness and tolerance towards people are the elementary values of the school, based on which it secures for the whole population, independent from origin, social situation and financial background a maximum of educational level, permanently safeguarding and developing optimal quality.

Right to petition, in Japan (1946),

Article 16: Every person shall have the right of peaceful petition for the redress of damage, for the removal of public officials, for the enactment, repeal or amendment of laws, ordinances or regulations and for other matters; nor shall any person be in any way discriminated against for sponsoring such a petition.

Right to association/political parties, in Namibia (1990)², “article 17. Political Activity: All citizens shall have the right to participate in peaceful political activity intended to influence the composition and policies of the Government”. **Right to assemble peacefully in Kyrgyzstan, Romania, Lithuania.**

² The texts of the Constitutions were cited using CONSTITUTE, available online <https://www.constituteproject.org/>.



6. CONSTITUTIONAL REVIEW, A GUARANTEE OF PEACE

6.1 GENERAL REMARKS

The enshrinement of peace in the States Constitutions determines that this fundamental value enjoys the protection of instruments provided by the Constitution itself. Among these instruments, constitutional review represents, in almost all States of the world, a main form of ensuring the supremacy of the Constitution, being, in this light, an outstanding achievement of the rule of law and democracy. Regardless of the model of constitutional review, American, European, or mixed forms of review, and the specific particularities from country to country, the constitutional courts and the equivalent institutions have the vital mission of guaranteeing the fundamental values they enshrine, among which also peace. This role determines that the constitutional courts become, practically, “actors of conflict resolution” or genuine “mediators” (JR Figueroa, 2017).

As the concept of the mentioned Congress emphasized, taking into account the position that such courts have in the system of State authorities and the powers entrusted to them, the idea of “peace” usually used in the constitutional review is not the concept of public international law that relates to conflicts between states. It is used in the sense of peace within the state as the peaceful settlement of disputes of various natures and, most often, in the sense of social peace. In this regard, the constitutional courts play a crucial role. They have a specific or general mandate in maintaining peace, as long as “constitutional courts not only defend but also interpret the Constitution. On the one hand, they make explicit the principles and mandates implicit in the Constitution; on the other hand, they establish a means by which to interpret and harmonize precepts in the Constitution, which may appear to be in conflict or even unrelated to each other. The interpretative role of constitutional courts, as opposed to their purely defensive function, **has a positive impact in providing general criteria and guidance for the acts of public powers** (Venice Commission: 1994). Consequently, the regulation of new powers, more or less different from the traditional role of the constitutional courts as simple “negative legislators,” appears justified.

In this light, generally speaking, all constitutional courts' powers compete to achieve social peace. Thus, social tensions can be caused by legal disputes of a constitutional nature between public authorities, by the adoption of legislative acts, or by voting exercises, such as elections or referendums. As a result, the regulation of powers enabling constitutional courts to intervene at such times appears to be essential for the ‘de-escalation’ of social or political



conflicts, even if the latter does not fall directly within the jurisdiction of the Constitutional Court.

For example, the Constitution of Romania enshrines the role of the Constitutional Court (CCR), organized on the European model, as guarantor for the supremacy of the Constitution. Through its wide range of powers, reviewing both legislative acts and actions, deeds and attitudes, the Court makes an essential contribution to maintaining social peace. According to Article 146 of the Constitution and Law No 47/1992 on the organisation and functioning of the Constitutional Court, the CCR has the following powers: to adjudicate on the constitutionality of laws, before promulgation [point (a), first sentence]: to adjudicate, *ex officio*, on initiatives to revise the Constitution [point (a), second sentence] and on the law for revision adopted by Parliament [Article 23 of Law No 47/1992]: to adjudicate on the constitutionality of treaties or other international agreements [point (b)]: to adjudicate on the constitutionality of Standing Orders of Parliament [point (c)]: to adjudicate on the constitutionality of decisions of the plenary session of the Chamber of Deputies, the Senate or the two Chambers of the Parliament [point (l)]: the same rules as for the power governed by Article 146 (c) of the Constitution; to adjudicate on the constitutionality of exceptions of unconstitutionality of laws and ordinances raised before courts of law or commercial arbitration [point (d), first sentence]; to adjudicate on the constitutionality of exceptions of unconstitutionality of laws and ordinances raised directly by the Advocate of the People [point (d), second sentence]. Furthermore, the CCR: settles legal disputes of a constitutional nature between public authorities, at the request of the President of Romania, the President of either of the Chambers, the Prime Minister or the President of the Superior Council of Magistracy [point (e)]; guards to the observance with the procedure for the election of the President of Romania and confirms the ballot returns [point (f)]; establishes the existence of circumstances justifying the interim in the exercise of the office of President of Romania and communicates its findings to Parliament and the Government [point (g)]; gives an advisory opinion on the proposal to suspend from office the President of Romania [point (h)]; guards to the observance with the procedure for the organisation and conduct of the referendum and confirms its returns [point (i)]; checks compliance with the conditions for the exercise of the legislative initiative by citizens [point (j)]; rules upon the challenges of unconstitutionality of a political party [point (k)].

Many of these powers are common to other constitutional courts, an aspect which was also emphasized in the Concept of the Congress, where it is shown that:



many constitutional courts have in common the exercise of a multiple control mission, including that of the constitutionality of norms, the settlement of disputes between state bodies and that of the regularity of the electoral processes leading to the election of the authorities producing these norms. In all these functions, constitutional courts can be an actor of regulation and stabilisation of political life and thus contribute to achieving peace (2021, p. 02).

We will point out here only two main powers of the courts, also mentioned within the Congress, which are essential from the perspective of our topic: the constitutional review of laws and the settlement of legal conflicts of a constitutional nature.

7. CONSTITUTIONAL REVIEW OF NORMATIVE ACTS

With particularities related to the object (the scope of the reviewed acts, the moment when this review is carried out, the subjects who can notify the Court), the constitutional review of the normative acts is perhaps the main power of the constitutional courts and the equivalent institutions. Historically, it is also the first power that the courts assumed as guarantors of the constitution, if we think about the beginning of the constitutional review in the famous case of the US Supreme Court, *Marbury vs. Madison* (1803).

Finding the unconstitutionality of normative acts adopted in violation of the Constitution, the constitutional courts ensure, *among other things*, the achievement of a general principle of legal security in the quality component of the law, which is the essence of the rule of law. **The constitutional court contributes to the citizens' trust in the law** and the courts by ensuring respect for the rule of law and the legislative process. Moreover, by sanctioning unconstitutional laws, **the Courts provide adequate protection of fundamental rights and freedoms by sanctioning the slips of the legislator**. This role of the constitutional courts must be particularly emphasized because protecting human rights is a precondition to resolving conflicts and peace. The President of the Constitutional Court of Indonesia showed in his speech to Congress that without fulfilling the constitutional rights of the citizens, it is impossible to ensure a just life, and without a just life for every citizen, it is impossible to achieve peace. **So as key actors in the promotion of human rights, constitutional courts directly contribute to social peace** (Usman, 2021).

Inevitably, there are moments of social tension arising either from the adoption of legislative acts or from measures taken by public authorities, often against political competition between government and opposition parties. For example, in Romania, the restrictive regulatory measures on rights in the context of the COVID-19 pandemic, the amendments to the justice



laws, or the legislative changes related to pensions or other social rights were such moments of social tension. **Thus**, concerning the issue of general interest relating to the context of the COVID-19 pandemic, in Romania, at the start of the pandemic, the Government restricted the exercise of certain fundamental rights and freedoms using an emergency ordinance. Upon referral by the Advocate of the People, the Constitutional Court of Romania ruled that the legislative act restricting/affecting the fundamental rights and freedoms of citizens or basic institutions of the State can only be a law, as a formal act of Parliament, adopted in compliance with Article 73 (3) (g) of the Constitution, in the form of organic Law. The Court invoked the constitutional provisions of Article 53 – *Restriction on the exercise of certain rights and freedoms* which expressly refer to ‘law’, as well as those of Article 115 – *Legislative delegation*, which prohibit the Government from adopting emergency ordinances which ‘may affect’ the system of the fundamental institutions of the State, the rights, freedoms and duties provided for in the Constitution, and electoral rights. As a result, the CCR found that Government Emergency Ordinance No 34/2020 amending Government Emergency Ordinance No 1/1999 was unconstitutional because its legislative content was intended to restrict the exercise of certain fundamental rights and freedoms (the right to property, the right to work and to social protection, the right to information, and economic freedom) (2020). In the same context, the CCR upheld the exception of unconstitutionality raised before a court of law and found unconstitutional the provisions of Article 72 (2) of Law No 55/2020 on certain measures to prevent and combat the effects of the COVID-19 pandemic. The Court held, in essence, that the contested provisions did not ensure effective access to justice, since the persons interested in challenging, in administrative proceedings, a Government decision declaring or extending the state of alert did not have the possibility of obtaining a judicial decision within the time-limit for the applicability of that judgment, so that the unlawful effects and consequences thereof on the rights of the person seeking judicial redress can be effectively ruled out (2021). We think that the same period was a challenge for the constitutional courts worldwide³.

There have been many other situations in which social peace was at risk, sometimes boosted by phenomena such as economic or political crises. Thus, for example, more than ten years ago, against the backdrop of the economic crisis of 2009-2010, the Romanian

³ See, for example: Lima, J., Safta, M. **Responses to the COVID-19 Pandemic from the Brazilian Supreme Court and Romanian Constitutional Court**. 2021. Available at: https://revistadedreptconstitutional.ro/wp-content/uploads/1contents/2021_2/Jairo_LIMA_Marieta_SAFTA_UJ_Revista_de_drept_constitutional_nr_2_2021__BT.pdf. Accessed on: 2022.



Government undertook a series of austerity measures, including cuts in contributory pensions and cuts in the salaries of staff in the public sector, materialised in laws adopted by Parliament. The regulations thus enacted, which gave rise to serious social grievances, were challenged before the CCR. The Court partially upheld the referrals of unconstitutionality. In terms of contributory pensions, the Court held that it was unconstitutional to reduce them because:

The amount of the pension, determined in accordance with the principle of contribution, is an earned right, with the result that a reduction in that pension cannot be accepted even on a temporary basis. Through the sums paid in the form of social security contributions, the person concerned had in practice gained the right to receive a pension in the amount resulting from the application of the contribution principle; thus, contributiveness as a principle is of the essence of the right to a pension, and the derogations, even temporary, relating to the obligation of the State to pay the amount of the pension, resulting from the application of that principle, affect the substance of the right to a pension (2010).

As regards the measure consisting of reduction of salaries in the public sector, it was found to be constitutional, provided that the measure was of a temporary nature (2009). Now, on the verge of a new crisis, social protection measures and especially the issue of pensions are causing social tensions in Romania again, so new legislative changes in this regard and referrals to the Constitutional Court are expected.

Interesting cases cited in the public reports of Congress (Arslan, n.d., *online*) (because not all of them have been published yet) concern conflict situations with ethnic or religious connotations. Thus, in **North Macedonia**, ethnic tensions linked to the display of Albanian and Turkish flags in addition to the state flag were temporarily resolved following a decision of the Constitutional Court and later, ultimately with the adoption of a law passed by the parliament with a view of regulating the use of the flags of the communities. In **Switzerland**, the Federal Court ruled in cases related to the French-speaking minority, living in a German-speaking canton. Due to existing tensions, the administration has prohibited meetings in the public domain by separatist movements. The Federal Court ruled that the prohibitions were compatible with the principle of proportionality due to serious risk of danger. **The Belgian Constitutional Court** decided that the difference of treatment and categorisation as “manual” or “intellectual” between workers and employees were unconstitutional. After the single statute for blue and white-collar workers was introduced, the Court has settled numerous disputes and thus continued to safeguard social peace. **The Court of Cassation of France** upheld the ban on barristers wearing a headscarf or other religious symbols in courtrooms. The case was brought by a French lawyer, who challenged a rule set by the Bar Council that banned religious symbols in its courtrooms on the ground that it was discriminatory. The Court of Cassation concluded



that the ban was “*necessary and appropriate, on the one hand, to preserve the independence of the lawyer and, on the other, to guarantee the right to a fair trial*”.

It can be noticed from that examples and it was also emphasized in the Congress that:

Human rights are contextual. Respect, promotion, protection, and fulfilment of human rights are highly dependent on the local wisdom of each country, culture, tradition, and civilization of each country. In other words, human rights must be understood in the cultural context of each country, and cannot be generalized. In such a framework, it must be admitted, the challenges of protecting and advocating human rights in Asian and African countries are very different from those of Western countries or other developed countries. In developed countries, challenges can include contemporary issues, such as pressure on journalists, blocking of internet resources, economic rivalry, same-sex marriage, forms of censorship that are incompatible with media pluralism, the right to access information, the right to protect personal data, and other rights related to the threat of negative excesses of the digital industry. Meanwhile, in Asian-African countries, the enforcement of human rights is still related to the effects of instability or internal state political conflicts, violence, intolerance, freedom of expression, discriminatory treatment of minorities and vulnerable groups, rights of persons with disabilities, access to health, migrant workers, and the like (Hidayat, 2022).

Despite these differences, the aim and purpose of the constitutional courts remains the same because regardless of the context, they must ensure the full achievement of these rights, and through the interpretation of the Constitution the compliance with the highest standards of protection of fundamental rights, as, for example, it expressly provides the Constitution of Romania (1991), in Article 20⁴.

A separate discussion in this framework concerns the powers of the constitutional courts to verify the amendments made to the constitutions, a situation in which even those provisions that regulate peace as a supreme value can be questioned. As for the Constitution of Romania, even if it does not expressly regulate peace as a value, the current constitutional framework only allows an upward revision when fundamental rights and freedoms are in question.

8. SETTLEMENT OF LEGAL CONFLICTS OF A CONSTITUTIONAL NATURE

Some Constitutional Courts have the power to settle the legal conflicts of a constitutional nature between public authorities exercising power in the State.

⁴ “ARTICLE 20 - International treaties on human rights. (1) Constitutional provisions concerning the citizens' rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties Romania is a party to. (2) Where any inconsistencies exist between the covenants and treaties on the fundamental human rights Romania is a party to, and the national laws, the international regulations shall take precedence, unless the Constitution or national laws comprise more favourable provisions” (Romania, 1991).

In exercising the duties and jurisdiction specific to the unitary or federal character of the State, such State bodies may, vertically or horizontally, generate legal disputes resulting from lawful acts or the deeds, actions, or omissions thereof. Excesses of power must be restricted effectively to protect the rights and liberties of especially those who are not in control. The possibility of the constitutional courts to settle legal disputes of a constitutional nature is a powerful tool - but challenged, as the interference with the political area of these cases often brings accusations against the constitutional courts from one side or the other of the political scene. As regards the object of the dispute, in the case of a unitary state, they can be disputes of jurisdiction – horizontally – between the State bodies, conflicts of jurisdiction – vertically – between central State bodies and regions, or disputes between regions in Italy, or disputes of jurisdiction between central bodies and local autonomous entities, in the Czech Republic, Montenegro, Serbia, disputes related to the defense of local autonomy, like in Spain. In the case of a federative State, there may be federal disputes (between the State and the bodies of the entities – communities/regions/ cantons/lands) or between the bodies of the entities themselves, as well as legal disputes/institutional disputes at the state level – between the federative State’s institutions. This is the case of Austria, Belgium, Bosnia, Herzegovina, Germany, and Switzerland⁵.

As concerns Romania, the settlement of legal disputes of a constitutional nature between public authorities is governed by Article 146 (e) of the Constitution. In interpreting the constitutional framework of reference, the CCR noted in this regard that:

If (...) the resolution of interinstitutional disputes fails, public authorities have the possibility to use constitutional mediation instruments, namely **the procedure for settlement of legal disputes of a constitutional nature, provided for in Article 146 (e) of the Constitution, which is specifically intended to restore constitutional normative order**, by interpreting the provisions of the relevant Basic Law and laying down specific benchmarks of fair conduct in relation to constitutional values and principles (ROMANIA, 2017).

The Court has also held that the rule as regards the exercise of its jurisdiction

Is that, in so far as there are mechanisms for the public authorities to regulate themselves through their direct and uninfluenced action, the role of the Constitutional Court becomes a subsidiary one. On the other hand, in the absence of such mechanisms, in so far as the task of regulating the constitutional system falls exclusively to the individual, who is thus placed in a position to seek to safeguard his rights or freedoms against an unconstitutional but

⁵ See: MOTOC, I.A.; TURCU, C.C.; CHIOREAN, I.M. Resolution of Organic Litigations by the Constitutional Court. In: **Constitutional Justice: Functions and relationship with the other public authorities** General report prepared for the XVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts by The Constitutional Court of Romania. Available at: <https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2020/08/raportgeneraleng.pdf>. Accessed on: 2022.



institutionalised legal paradigm, the role of the Constitutional Court becomes one of main and fundamental importance for removing the constitutional deadlock (...). (ROMANIA)”⁶

The Court has sanctioned in this regard behaviours by which the Parliament arrogates to itself powers in the sphere of judicial power or the High Court of Cassation and Justice arrogates to itself the role of legislator, disputes between the President and the Prime Minister regarding the representation at the works of the European Council, the use of constitutional procedures contrary to the purpose for which they were established (for example, forcing the dissolution of the Parliament in the procedure for appointing the Government, by repeatedly appointing the same Prime Minister who stated that he did not want to propose a new Government)⁷.

Both from the experience of Romania and other States, it is found that many of the disputes arise precisely from the unclear nature of the Constitutions and against the background of the disloyal behaviour of political actors. In interpreting the constitution, the constitutional judge can make a positive contribution by attenuating the cause of conflict. The constitutional judge can thus contribute to pacifying the political life by favouring solutions that remain within the framework of the constitutional order. However, this attribution must be approached with caution to avoid drawing the constitutional courts into political conflicts. Perhaps more than in the exercise of other attributions of the courts, there is a risk that in this case even the decisions of the constitutional courts may become sources of conflict.

9. CONCLUSIONS

Facing such a vast subject, we try to briefly sum up showing that the decisions and judgments of constitutional courts often have a "calming effect" on social tensions. They play a significant role in mitigating and resolving social conflicts and maintaining and sustaining social Peace.

Even if most of the constitutional courts have not directly adjudicated cases relating to peace and reconciliation, they have contributed to peaceful co-existence of society by securing and promoting the constitutional principles such as separation of powers, rule of law, democracy and human rights (ARSLAN, n.d.).

⁶ Refer to Decision No 685/2018, published in the Official Gazette No 1021 on 29 November 2018, and Decision No 26/2019, available in the Official Gazette on 12 March 2019.

⁷ See: Toader, T., Safta, M. Dezlegările date conflictelor juridice de natură constituțională. Available at: <https://www.juridice.ro/essentials/2169/dezlegarile-date-conflictelor-juridice-de-natura-constitucionala>. Accessed on: 2022.



It should be noted in this regard an interesting proposal coming from the host country of the Congress, namely the Constitutional Court of Indonesia, to establish a **Constitutional Supremacy Index (CSI) to measure the progress and development toward constitutional compliance, in line with the principles of constitutionalism**⁸.

However, the possibilities of intervention of the constitutional courts are limited by their role and powers. We have to see the risks and counteract them: interference with politics (especially in legal disputes of a constitutional nature), with the activity of courts (where there is a European model of constitutional review), with international and supranational courts, and disputes of potential jurisdiction (such as in the EU). The constitutional courts are also vulnerable to the authoritarian tendencies they are called to limit, which can unbalance them or even cause their political “capture”. The awareness and careful follow-up of these severe issues for the rule of law and democracy constitutes the object of the concerns of international forums such as the Venice Commission or the collaboration structures of constitutional courts and their equivalent. That is why **the independence and, in context, the vulnerabilities of the courts that carry out constitutional justice** have been the subject of a separate section of Congress⁹.

Finally, to achieve the pacifying effect (perhaps even to impact of the Peace of our minds, according to a famous formula used by the president of the European Parliament in a recent intervention on the role of public authorities and persons in Europe and which supports

⁸ See: Chakim, M. Lutfi. The Indonesian Proposal to Establish a Constitutional Supremacy Index. IACL-AIDC Blog, nov. 2022. Available at: <https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/11/10/the-indonesian-proposal-to-establish-a-constitutional-supremacy-index>. Accessed on: 2022.

⁹ (The World Conference on Constitutional Justice, 2022a). In addition to the main theme, the 5th Congress was also an opportunity – in accordance with the practice established at previous Congresses – to take stock of the independence of the constitutional courts members of the World Conference. The 5th Congress concluded: “There is a need for mutual respect between constitutional courts and other state powers, also to prevent discontinuity between constitutional adjudication and initiatives of the legislature (i.e. delayed enforcement of decisions of constitutional courts), which can also be detrimental to the trust placed in constitutional courts.; Openness, accessibility, and transparency in communication, without losing sight of the need for self-restraint, fosters trust in constitutional courts and enhances their standing as independent institutions; When faced with fierce and unfair criticism or undue pressure from the executive and legislative branches after having taken decisions that displeased other state powers or political actors or with misinformation campaigns by lobby and pressure groups, member courts of the World Conference can rely on the solidarity of counterpart courts, expressed through the regional groups and the World Conference, which can help a court to resist such pressures. The Bureau of the World Conference is ready to offer its good offices to courts under pressure, including through statements of support; The 5th Congress called upon judges of the member courts of the World Conference to resist pressures from other state powers and to make their decisions only on the basis of the Constitution and the principles enshrined therein. Furthermore, considering the dynamic constitutional system in each country, the Congress noted the initiative of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia to establish a Constitutional Supremacy Index (CSI) to measure the progress and development toward constitutional compliance, in line with the principles of constitutionalism.” The World Conference on Constitutional Justice, 2022b).



Strong democratic institutions, competent leadership)¹⁰, it is important to maintain public trust in the constitutional courts and the judiciary in general. **Public trust to the court is further enhanced through the transparent of court procedures, providing public information regarding the court processes and hearing schedules, easy access to the court, and services for accessing the public documents such as decisions, regulations, e-journals, and research report.**

So it is essential to closely understand and follow constitutional justice developments in our States and the world. My approach today is part of this effort to realize it, even if it only emphasizes certain aspects. Constitutional justice has lights but also shadows, meaning a lot of power but also vulnerabilities. The awareness of all these aspects can lead to more solid institutions capable of being guardians of the peace and rule of law in such a tumultuous and fragmented world. From this perspective is important also to have more **interaction between judges and academics.**¹¹

10. REFERENCES

5TH CONGRESS OF THE WORLD CONFERENCE ON CONSTITUTIONAL JUSTICE (WCCJ5). Available at: <https://wccj5.mkri.id/>. Accessed on: 2022.

5TH CONGRESS OF THE WORLD CONFERENCE ON CONSTITUTIONAL JUSTICE. *Bali Communiqué*. Constitutional Justice and Peace. Bali, 4-7 October 2022. 6 October 2022. Available online at: https://wccj5.mkri.id/public/pdf/2022_10_06_WCCJ5_Bali_Communique-E.pdf. Accessed on: 2022.

5TH CONGRESS OF THE WORLD CONFERENCE ON CONSTITUTIONAL JUSTICE. *Constitutional Justice and Peace*. Official page. Bali, Indonesia, 4-7 October 2022. Available at: <https://wccj5.mkri.id/>. Accessed on: 2022.

¹⁰ The speech can be viewed at the following link: <http://eplinkedin.eu/q9sx>. Accessed on: 2022.

¹¹ See on this topic: STEUER, M. 'You Are Not Alone': judges, academics, and politicians at the 5th Congress of the World Conference on Constitutional Justice. *Verfassungsblog*. Available at: https://verfassungsblog.de/you-are-not-alone/?fbclid=IwAR2EUKhKFuRJQ2RN69SAY6pqj65ytndcaMZCb7ajsNa9f2AowitzNoo_AyP8. Accessed on: 2022.



ANDORRA. *Codices: Venice Commission*. 1985. Available at: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>. Accessed on: 2022.

ANGOLA. *Constitution of Angola*. 2010. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Angola_2010?lang=en. Accessed on: 2022.

ARSLAN, Z. *The Rule of Constitutional Courts in Maintaining Social Peace: a comparative review of the application*. Available at: <https://www.anayasa.gov.tr/en/president/presidents-speeches/the-role-of-constitutional-courts-in-maintaining-social-peace-a-comparative-review-of-the-application/>. Accessed on: 2022.

AUSTRIA. *Constitution of Austria*. 1920. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Austria_2013?lang=en. Accessed on: 2022.

BELARUS. *Constitution of Belarus*. 1994. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Belarus_2004?lang=en. Accessed on: 2022.

BENIN. *Constitution of Benin*. 1990. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Benin_1990?lang=en. Accessed on: 2022.

BOSNIA AND HERZEGOVINA. *Constitution of Bosnia and Herzegovina*. 1995. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Bosnia_Herzegovina_2009?lang=en. Accessed on: 2022.

BRAZIL. *Constitution of Brazil*. 1988. Available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017.pdf?lang=en. Accessed on: 2022.

BURKINA FASO. *Constitution of Burkina Faso*, 1991. Available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Burkina_Faso_2015.pdf?lang=en. Accessed on: 2022.

BURUNDI. *Constitution of Burundi*. 2018. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Burundi_2018?lang=en. Accessed on: 2022.

CAMBODIA. *Constitution of Cambodia*. 1993. Available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Cambodia_2008?lang=en. Accessed on: 2022.

CHAKIM, M. Lutfi. *The Indonesian Proposal to Establish a Constitutional Supremacy Index*. IACL-AIDC Blog, 10 November 2022. Available at: <https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/11/10/the-indonesian-proposal-to-establish-a-constitutional-supremacy-index>. Accessed on: 2022.

CONSTITUTE. Available at: <https://www.constituteproject.org/>. Accessed on: 2022.



CÔTE D'IVOIRE. *Constitution of Côte d'Ivoire*. 2016. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Cote_DIvoire_2016?lang=en. Accessed on: 2022.

DOMINICAN REPUBLIC. *Constitution of the Dominican Republic*. 2015. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Dominican_Republic_2015?lang=en. Accessed on: 2022.

ESTONIA. *Constitution of Estonia*. 1992. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Estonia_2015?lang=en. Accessed on: 2022.

FIGUEROA, J.R. *Constitutional Courts as Mediators: Armed Conflict, Civil-Military Relations, and the Rule of Law in Latin America (Comparative Constitutional Law and Policy)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

FINLAND. *Constitution of Finland*. 1999. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Finland_2011?lang=en. Accessed on: 2022.

GEORGIA. *Constitution of Georgia*. 2004. Available at: <https://constitutionnet.org/sites/default/files/Georgia%20Constitution.pdf>. Accessed on: 2022.

GERMANY. *Basic Law for the Federal Republic of Germany*. 1949. Available at: https://constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014?lang=en. Accessed on: 2022.

HIDAYAT, A. *Constitutional jurisdictions and protection of fundamental rights: crossed looks from Africa and Asia*. Nusa Dua, Bali, Oct. 2022. Available at: https://wccj5.mkri.id/public/upload/papers/Speech%20Arief%20Hidayat%20AACC_CCJA.pdf. Accessed on: 2022.

INDONESIA. *Constitution of Indonesia*. 1945. Available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Indonesia_2002.pdf?lang=en. Accessed on: 2022.

ITALY. *Constitution of Italy*. 1947. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Italy_2020?lang=en. Accessed on: 2022.

JAPAN. *Constitution of Japan*. 1946. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Japan_1946?lang=en. Accessed on: 2022.

KAZAKHSTAN. *Constitution of Kazakhstan*. 1995. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Kazakhstan_2017?lang=en. Accessed on: 2022.

KYRGYZ REPUBLIC. *Constitution of the Kyrgyz Republic*. 2010. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Kyrgyz_Republic_2016?lang=en. Accessed on: 2022.



LIMA, J.; SAFTA, M. *Responses to the Covid-19 Pandemic from the Brazilian Supreme Court and Romanian Constitutional Court*. 2021. Available at: https://revistadedreptconstitutional.ro/wp-content/uploads/1contents/2021_2/Jairo_LIMA_Marieta_SAFTA_UJ_Revista_de_drept_constitutional_nr_2_2021__BT.pdf. Accessed on: 2022.

LITHUANIA. *Constitution of Lithuania*. 1992. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Lithuania_2019?lang=en. Accessed on: 2022.

MADAGASCAR. *Constitution of Madagascar*. 2010. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Madagascar_2010?lang=en. Accessed on: 2022.

MOLDOVA. *Constitution of Moldova*. 1994. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Moldova_2016?lang=en. Accessed on: 2022.

MOTOC, I.A.; TURCU, C.C.; CHIOREAN, I.M. Resolution of Organic Litigations by the Constitutional Court. In: *Constitutional Justice: Functions and relationship with the other public authorities* General report prepared for the XVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts by The Constitutional Court of Romania. Available at: <https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2020/08/raportgeneraleng.pdf>. Accessed on: 2022.

MOZAMBIQUE. *Constitution of Mozambique*. 2004. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Mozambique_2007?lang=en. Accessed on: 2022.

NAMIBIA. *Constitution of Namibia*. 1990. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Namibia_2014?lang=en. Accessed on: 2022.

NORTH MACEDONIA. *Constitution of North Macedonia*. 1991. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Macedonia_2011?lang=en. Accessed on: 2022.

PAKISTAN. *Constitution of Pakistan*. 1973. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Pakistan_2018?lang=en. Accessed on: 2022.

PORTUGAL. *Constitution of Portugal*. 1976. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Portugal_2005?lang=en. Accessed on: 2022.

ROMANIA. *Constitution of Romania*. 1991. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Romania_2003?lang=en. Accessed on: 2022.

ROMANIA. *Decision No 1414/2009*. Constitutional Court of Romania. Official Gazette No 796, 23 November 2009.

ROMANIA. *Decision No 152/2020*. Constitutional Court of Romania. Official Gazette No 387, 13 May 2020.



ROMANIA. *Decision No 26/2019*. Constitutional Court of Romania. Official Gazette, 12 March 2019.

ROMANIA. *Decision No 392/2021*. Constitutional Court of Romania. Official Gazette No 688, 12 July 2021.

ROMANIA. *Decision No 611/2017*. Constitutional Court of Romania. Official Gazette No 877, 7 November 2017.

ROMANIA. *Decision No 685/2018*. Constitutional Court of Romania. Official Gazette No 1021, 29 November 2018.

ROMANIA. *Decision No 872/2010*. Constitutional Court of Romania. Official Gazette No 433, 28 June 2010.

RWANDA. *Constitution of Rwanda*. 2003. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Rwanda_2015?lang=en. Accessed on: 2022.

SÃO TOMÉ AND PRÍNCIPE. *Constitution of São Tomé and Príncipe*. 1975. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Sao_Tome_and_Principe_2003?lang=en. Accessed on: 2022.

SENEGAL. *Constitution of Senegal*. 2001. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Senegal_2016?lang=en. Accessed on: 2022.

SLOVAKIA. *Constitution of Slovakia*. 1992. Available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Slovakia_2014. Accessed on: 2022.

SPAIN. *Constitution of Spain*. 1978. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Spain_2011?lang=en. Accessed on: 2022.

STEUER, M. *You are not alone: Judges, Academics, and Politicians at the 5th Congress of the World Conference on Constitutional Justice*. Available at: https://verfassungsblog.de/you-are-not-alone/?fbclid=IwAR2EUkhKFuRjQ2RN69SAY6pqj65ytdcaMZCb7ajsNa9f2AowtzNoo_AyP8. Accessed on: 2022.

SUDAN. *Constitution of Sudan*. 2019. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Sudan_2019?lang=en. Accessed on: 2022.

SWITZERLAND. *Constitution of Switzerland*. 1999. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014?lang=en. Accessed on: 2022.

THE PRESIDENT – European Parliament. *Metsola Calls for Forceful Response to Energy Crisis, Inflation, War in Ukraine*. *The President – European Parliament*, 2022. Available online



at: <https://the-president.europarl.europa.eu/home/ep-newsroom/pageContent-area/actualites/metsola-calls-for-forceful-response-to-energy-crisis-inflation-war-in-ukraine.html>. Accessed on: 2022.

THE WORLD CONFERENCE ON CONSTITUTIONAL JUSTICE. *5th Congress of the World Conference on Constitutional Justice*. 2022a. Available at: <https://wccj5.mkri.id/>. Accessed on: 2022.

THE WORLD CONFERENCE ON CONSTITUTIONAL JUSTICE. *5th Congress of the World Conference on Constitutional Justice*. Bali Communiqué. 2022b. Available at: https://wccj5.mkri.id/public/pdf/2022_10_06_WCCJ5_Bali_Communique-E.pdf. Accessed on: 2022.

TOADER, T.; SAFTA, M. *Dezlegările date conflictelor juridice de natură constituțională*. 2018. Available at: <https://www.juridice.ro/essentials/2169/dezlegarile-date-conflictelor-juridice-de-natura-constitucionala>. Accessed on: 2022.

TOGO. *Constitution of Togo*. 1992. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Togo_2007?lang=en. Accessed on: 2022.

UKRAINE. *Constitution of Ukraine*. 1996. Available at: https://constituteproject.org/constitution/Ukraine_2019?lang=en. Accessed on: 2022.

USMAN, Anwar. 5th Congress of the World Conference on Constitutional Justice. *Opening address by Mr. Anwar Usman*, Chief Justice, Constitutional Court of Indonesia. Bali, Indonesia, 4-7 October 2022. Available at: [https://wccj5.mkri.id/public/upload/papers/Opening%20address%20\(Chief%20Justice%20Usman\)%20\(INA\)%20\(unofficial%20translation%20ENG\).pdf](https://wccj5.mkri.id/public/upload/papers/Opening%20address%20(Chief%20Justice%20Usman)%20(INA)%20(unofficial%20translation%20ENG).pdf). Accessed on: 2022.

VENICE COMMISSION. *Concept Paper and Questionnaire: 5th Congress of the World Conference on Constitutional Justice on 'Constitutional Justice and Peace*. Bali, Indonesia, October 2021. Approved at the 14th meeting of the Bureau of the World Conference on Constitutional Justice, Santo Domingo, Feb. 2019. CDL-WCCJ-GA(2021)002. Available at: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-WCCJ-GA\(2021\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-WCCJ-GA(2021)002-e). Accessed on: 2022.

VENICE COMMISSION. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). *The Role of the Constitutional Court in the Consolidation of the Rule of Law. Science and Technique of Democracy*. Nº 10, Bucharest, 8-10 June 1994. Available at: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1994\)010-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1994)010-e). Accessed on: 2022.

VENICE COMMISSION. *The Role of the Constitutional Court in the Consolidation of the Rule of Law*. Bucharest, June 1994. CDL-STD(1994)010. Available at:



<https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD%281994%29010-e>. Accessed on: 2022.

WORLD CONFERENCE ON CONSTITUTIONAL JUSTICE (WCCJ). Available at: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ&lang=EN. Accessed on: 2022.

WORLD CONFERENCE ON CONSTITUTIONAL JUSTICE (WCCJ). On 4-7 October 2022 the World Conference on Constitutional Justice held its 5th Congress on the topic *Constitutional Justice and Peace that was hosted by the Constitutional Court of Indonesia in Bali*. Available at: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ&lang=EN. Accessed on: 2022.

About the author:

Marieta Safta | E-mail: marietasafta@yahoo.com

PhD Associate professor, “Titu Maiorescu” University of Bucharest, Faculty of Law First assistant magistrate, Constitutional Court of Romania.



Fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo – política pública brasileira sob perspectiva judicial

High-cost medicines free supply – brazilian policy into judicial perspective

Andreia Alvarenga de Moura Meneses¹

Tribunal Federal da 2ª Região. Mestranda em Direito. Rio de Janeiro (RJ). Brasil

Emerson Affonso da Costa Moura

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Doutor em Direito. Rio de Janeiro (RJ)

RESUMO

Trata-se de artigo visando à observação do fornecimento de medicação de alto custo pelo Estado como Política Pública insculpida na Constituição de 1988, analisando a judicialização do tema no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para tal objetivo, foi utilizada metodologia de cariz qualitativo e exploratório da literatura técnica e jurisprudência. Defende-se que o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo é direito fundamental constitucional, desde que preenchidos alguns requisitos, como hipossuficiência econômica do paciente, laudo médico indicando a gravidade da doença e a necessidade do fármaco indicado. No plano processual, conclui-se que a União deve figurar no polo passivo das ações judiciais, por ser o ente federativo com mais proeminência econômica.

ABSTRACT

The article aims to research on high cost medicine supply on Government's account as a State Public Policy, included in 1988's Constitution. It intends to analyse the theme's judicialization, scanning the Supreme Court Jurisprudence. It uses qualitative and exploratory methodology into technical literature and jurisprudence as well. It's verified that high cost medicine free supply is a fundamental constitutional right, although the claimant has to comply with eligibility requirements, such as economic privation, detailed medical report within the name of the disease and medical recommendation. For judicial procedures purposes, it completes indicating the Federal Government as defendant in civil lawsuits, because it's most wealthy federative Entity.

PALAVRAS-CHAVE:

Fornecimento gratuito; Medicamentos de alto custo; Políticas públicas; Judicialização. Jurisprudência.

KEYWORDS:

Free supply; High-cost medicines; Public policies; Judicialization; Jurisprudence.

¹ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2230849379391523>



1. INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo para fins de observação da judicialização do fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo pelo Poder Público, o que suscita algumas perguntas. O Poder Público tem o dever de fornecer medicamentos de alto custo, à luz da Constituição de 1988? Qual ente federativo e em que circunstâncias seria essa responsabilização pelo fornecimento dos remédios de alto custo à população? O direito fundamental individual tem requisitos? Como o gestor público deve se portar diante da judicialização do tema?

Mas há uma questão subjacente importante para entendermos todo o quadro.

Nos tempos atuais, liberdades e competências estão em constante mudança, o que não é diferente na economia, que tomou proporções globais e influencia sobremaneira a tomada de decisão nas Políticas Públicas.

Ao mesmo tempo, o ser humano vive o momento de maior avanço tecnológico, em especial com relação ao prolongamento da vida, e da sobrevida com mais qualidade. Sem embargo das contradições desse desenvolvimento, a indústria farmacêutica, com isso, ganhou projeção em escala mundial¹. Doenças antes incapacitantes ou mortais, tornaram-se crônicas, como de conhecimento geral. E, sem fronteiras, a regulação das liberdades e competição do mercado farmacêutico variam tanto de Estado para Estado, que se apresentam opacas no mundo.

A descoberta de um novo fármaco, sem dúvidas, é resultado de anos ou décadas de pesquisas científicas, protegida legalmente mediante patentes, o que faz com que a produção de certos medicamentos não tenha concorrência, o que é um dos primeiros elementos econômicos para se definir o preço de um produto.

Essa dinâmica mercadológica é crucial para entendermos o conceito do medicamento de alto custo, que pode ser assim definido em razão da pouca demanda, pelo número limitado de beneficiários, ou pelo encarecimento artificial do preço de um remédio para robustecer os dividendos dos acionistas da indústria farmacêutica².

Seja qual for o elemento de composição do preço do remédio, não se deve olvidar a variável humana nessa equação: o usuário enfermo necessita daquele remédio para sobreviver ou para ter uma sobrevida condigna.

Essa questão conduz ao objeto de estudo: o usuário do remédio de alto custo leva ao Judiciário seu pleito, em bases constitucionais, para que os entes federativos, União, Estados e Municípios, forneçam a título gratuito os medicamentos de alto custo de que necessita para viver ou sobreviver com dignidade.

Muito tem se falado da reserva do possível, consistente na escassez conatural aos recursos públicos, em contraposição ao mínimo existencial. Quando a questão envolve o direito à saúde, erigido ao *status* constitucional (MOURA; RIBEIRO, 2017), exsurge o dever estatal, plasmado na Constituição de 1988, de fornecimento de medicamentos.

Por outro lado, a tomada de decisão do gestor público envolve não só uma decisão que pode e deve estar confinada aos princípios constitucionais regentes da Administração, mas também se afeiçoa a uma tomada de decisão política e social, e por esses motivos, o debate não pode ser empobrecido apenas do ponto de vista econômico.

Isso porque, quando o gestor público decide uma política pública descolada da realidade, a questão analítica não está servindo ao seu propósito. A qualidade da tomada de decisão engloba a responsabilidade moral e intelectual do processo, que vai além dos gostos pessoais do analista ou da ideologia política; a uma, porque o tema impacta a vida em sociedade (BARDACH, 2001); a duas, porque, por dedução, a política pública tem mais chances de ser bem-sucedida quanto mais saberes humanos são incluídos.

Interessante que essas premissas valem tanto para o gestor público, quanto para o magistrado quando a política pública é judicializada. Se, de um lado, gestor ou julgador não querem deitar a cabeça no travesseiro com questões morais inarredáveis às decisões tomadas, por outro lado, o voluntarismo é um entrave à consecução dos direitos fundamentais em sua plenitude, assim considerados na esfera individual ou coletiva.

Vale dizer que nem o Administrador nem o Juiz podem deixar de pensar a tomada de decisões sem o olhar de distanciamento próprio de quem enxerga “o todo”. Fazer justiça no plano individual, por incrível que pareça, pode ser relativamente mais fácil que achar a solução do problema no plano coletivo.

No Brasil, a discussão sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo remonta à década de 1990, mais precisamente com relação aos portadores do vírus HIV. Os remédios eram caros e de difícil acesso. Assim, a controvérsia sobre o fornecimento gratuito de medicamentos acabou por ser judicializada e submetida ao crivo do Judiciário. (CNJ, 2015).

Mais recentemente, a Pandemia da COVID-19, decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11.03.2020 (OPAS, 2020), da mesma forma, descortinou a questão atinente à produção e distribuição de remédios pelo Estado, mais precisamente aqueles sem base científica para a profilaxia da COVID-19, como de conhecimento geral.



Para tanto, seguiu-se neste trabalho metodologia de cunho qualitativo, em grande parte baseada em dados fornecidos pelos sítios oficiais sobre os assuntos pesquisados, e revisão da literatura correspondente ao tema. Nesse sentido, aplicou-se a técnica da análise documental e jurisprudencial exploratória.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Houve um tempo em que a aceção de que os direitos fundamentais amalgamados na Carta de 1988 poderia configurar uma “*promessa constitucional inconsequente*”, caso fossem encarados como mera sugestão ao legislador ordinário, como ponderado pelo então Ministro Celso de Melo, no julgamento icônico do RE 393175³, pelo Supremo Tribunal Federal.

Superada essa questão epistemológica que emperrava a judicialização para a consecução de direitos subjetivos constitucionais por quase duas décadas no Brasil, o que consistia uma espécie de dogma, no sentido de que o direito fundamental inserido no catálogo constitucional, para ser aplicado, necessitaria da proatividade do legislador ordinário.

Todavia, partindo-se da interpretação sistemática envolvendo a Constituição e a legislação de regência, a obrigação estatal de fornecimento de medicamentos à população brasileira hoje parece incontestável.

Aliado ao argumento crítico de que o Estado Brasileiro, uma Democracia tardia, ao adotar um modelo constitucional dirigente, avocou algumas obrigações para com a população, tem-se a inevitável conclusão de que a população menos favorecida necessita de medicamentos para um mínimo de existência condigna, consecução do meta-princípio da dignidade da pessoa humana.

O senso comum aponta para o fato de que uma pessoa doente necessita de remédios, mesmo que seu quadro de saúde seja irreversível ou o prognóstico da enfermidade seja a morte, como nos casos de câncer em estágio avançado, essa necessidade sempre é urgente.

Por outro ângulo, como também é de conhecimento geral, os medicamentos são uma forma de precaução, no caso de doenças crônicas como cardiopatias ou diabetes, em que os fármacos diários previnem um mal maior ao paciente; ou, na incidência de algumas doenças, servem para evitar recidivas.



Hoje em dia, a discussão acadêmica está se colocando em termos de pós-humanismo, o que é muito salutar, mas não se pode deixar de lado o elemento de premência do direito à saúde para o estabelecimento da dignidade humana.

No início do séc. XXI, os pensadores latino-americanos, em geral, começaram a enxergar as políticas públicas como o instrumento adequado para a concretização dos direitos, diante das constatações dos desafios do nosso tempo (JIMÉNEZ, 2007).

Assentadas tais considerações, podemos concluir que a necessidade humana para a consecução da vida com dignidade é um direito fundamental brasileiro reconhecido, e isso engloba o fornecimento gratuito de remédios pelo Poder Público, mais precisamente no âmbito do SUS, reconhecidamente uma Política Pública do Estado (BUCCI, 2021).

Nesse modelo de gestão pública adotado pela ordem constitucional de 1988, optou-se por um Estado que supra as necessidades mínimas de sobrevivência humana com dignidade.

Mas a equação ganha mais variáveis interessantes quando o medicamento a ser fornecido é de alto custo, como pode ser visto ao longo deste estudo.

3. ANTECEDENTES E LEGISLAÇÃO

Desde o início do séc. XX, observa-se a Saúde Pública como Política de Estado, porque depende mais da atuação do gestor público no cumprimento da lei para implementação e consecução, e menos da inconstância inerente às plataformas políticas (BUCCI, 2021).

Após a segunda metade do séc. XX, com o nascimento do Estado de Bem-Estar Social, saúde e economia aparecem conectadas, no sentido de busca de ordem pública mínima, de modo a não comprometer a atividade econômica. Assim, a prevenção, que é um dos aspectos inerentes ao tema, tem um objetivo social e outro econômico. Como diz o ditado, “*é melhor prevenir do que remediar*”.

Dessa forma, os estudos sobre prevenção de doenças tomam vulto, reforçando a lógica econômica de que uma pessoa saudável é um trabalhador economicamente produtivo. A seara econômica, portanto, não se discrepa da social.

Com relação ao Brasil, no sítio da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), há uma linha do tempo bastante didática com relação às Políticas Públicas no âmbito da Saúde Pública (FUNASA, 2017).



Por sua vez, a Lei 12.401/2011 alterou a Lei 8.080/90, para incluir a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS.

A norma infralegal conatural em vigor é a Portaria de Consolidação 2/GM/MS, Anexo XXVII, de 2017, que estabelece, de forma pedagógica, em anexo aos artigos, as diretrizes e objetivos do Programa Nacional de Medicamentos, bem como conceitua os termos relativos à política pública, sendo necessário, para nosso objetivo, um olhar sobre a listagem da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), exarada em conjunto pelo Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, atualizada em 2022 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022).

A Resolução 338/CNS/MS, de 6 de maio de 2004, por outro lado, aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

O art. 28 do Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011, garante ao usuário do SUS o acesso universal e igualitário à assistência terapêutica integral. Em adição, o art. 26, do citado diploma, prevê a competência do Ministério da Saúde para dispor sobre a RENAME.

A Resolução MS/CIT 1, de 30 de março de 2021, estabelece as diretrizes de atualização da RENAME no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), em atenção às deliberações da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), de 2019 a 2021.

Por fim, a Portaria GM/MS 3.435/2021 atualizou a RENAME 2022, reforçando a prática de uma contínua reavaliação da Política Nacional de Medicamentos.

Verificado, portanto, o arcabouço normativo sobre o SUS e a Política Nacional de Medicamentos, pode-se prosseguir analisando a controvérsia, sob a ótica da Política Nacional de Medicamentos.

4. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O DEVER ESTATAL DE FORNECIMENTO GRACIOSO DE MEDICAMENTOS

Após a compreensão dos conceitos e arcabouço jurídico que envolvem a obrigação de o Poder Público fornecer medicamentos gratuitamente à população, como instrumento da consecução do Direito à Saúde, a primeira questão que se apresenta é se o Estado, entendido nas três esferas de poder, Município, Estado (e Distrito Federal) e União, têm o dever de fornecer o medicamento de alto custo.



Assentada a premissa de que a resposta é positiva, o tema merece algumas digressões, porque a problemática envolve a vida com dignidade, meta-princípio constitucional.

Mas, na prática, diante da realidade que se impõe, de que o Poder Público trabalha na escassez, e não na abundância, como fornecer a uma pessoa, ou a um grupo de pessoas, um medicamento que vale milhões? Como reconhecer o direito a um medicamento fora da RENAME? O alto custo do medicamento deve ser custeado por qual ente federativo?

De início, cabe afirmar que os medicamentos de alto custo não estão listados na RENAME, por motivos intuitivamente óbvios: (i) pelo alto preço em si, não esquecendo que o Poder Público trabalha na escassez; e (ii) pela pequena parcela da população que virtualmente pode ser beneficiada com o uso de tal medicamento. Vale dizer que, em percentuais, algumas doenças são inexpressivas, do ponto de vista custo/benefício político da tomada de decisão.

Outro aspecto importante no entendimento da controvérsia se reporta à regra econômica de oferta x demanda, de conhecimento geral, versando que, quanto mais alta a demanda, o preço de um produto tende a baratear. O contrário também acontece, quanto menos oferta, o preço segue a tendência de aumento.

Transportando esse raciocínio para a nossa realidade social atinente aos medicamentos de alto custo, quando o grupo de pessoas portadoras de uma doença é pequeno, a indústria farmacêutica tem as seguintes soluções (i) não investir nas pesquisas para a produção do fármaco, porque não valeria a pena, comercialmente falando; ou (ii) aumentar artificialmente o preço do remédio para cobrir os danos que os acionistas teriam no investimento em um remédio que não traria retornos expressivos.

Ainda há outra possibilidade: no curso de uma pesquisa potencialmente exitosa do ponto vista monetário, pode ser descoberto o uso de um fármaco para uma doença que até então não tinha tratamento, o que seria considerado um “acidente de percurso”. Como a patente do remédio de alta rentabilidade cobriria o valor da venda do fármaco “descoberto por acidente”, a indústria poderia se utilizar desse segundo remédio como um elemento de aumento de dividendos para os grandes acionistas, mesmo que sua produção e consumo sejam irrisórios, como visto em alguns casos⁴.

Nessa prática concorrencial antiética, supõe-se que quanto menos pessoas forem afetadas com esse aumento exponencial de preços de medicamentos, menos haverá pressão política para a tomada de uma decisão administrativa. Ou seja, se o grupo afetado é pequeno e



não tem representação política, é bem provável que uma intervenção estatal, por mais leve que seja, não acontecerá.

Diante desse panorama, a solução encontrada pela pessoa ou grupo, que sofre com determinada enfermidade, e não tem condições econômicas de adquirir o medicamento, vai no sentido de levar a questão ao Judiciário.

É nesse ponto que se analisa a questão da judicialização da política pública de fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

4.1. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

A primeira questão processual inafastável se refere à legitimação passiva para a causa nas ações que buscam o fornecimento de medicamentos de alto custo.

No reconhecimento da repercussão geral sobre o tema (793), no *leading case* RE 855.178, de relatoria para o acórdão do Ministro Edson Fachin, a Suprema Corte concluiu pela solidariedade dos entes da federação nas demandas prestacionais da área de saúde.

Assim, é imperiosa a inclusão da União no polo passivo da demanda, porque, de acordo com o disposto no art. 19-Q da Lei 12.401/2011, a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS⁵.

Por ilação, a competência para o processamento e julgamento de tais ações judiciais é da Justiça Federal, a teor do art. 109 da Constituição.

Deve ser destacado que, no julgamento do Tema 500 da Repercussão Geral, da lavra do Ministro Roberto Barroso, o STF se pronunciou no sentido de que, no caso de o fármaco não ter registro na ANVISA, a responsabilização processual e material deve se dirigir à União.

Veja-se:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO MORA IRRAZOÁVEL NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO.

1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa



constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços.

2. No caso de medicamentos experimentais, *i.e.*, sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em *uma* hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (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 pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (*e.g.*, EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da 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 de registro (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'."

(DJe 09.11.2020)

4.2. MEDICAMENTOS E DESNECESSIDADE DE AVAL DA ANVISA

Na sequência, no julgamento do Tema 1.161 da Repercussão Geral (RE 1.165.959), relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes, a Suprema Corte decidiu acerca da responsabilidade do Estado no fornecimento do medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem sua importação autorizada pela mesma agência.

Confira-se (*DJe* 22/10/2021):

CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO EXCEPCIONAL DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA, MAS COM IMPORTAÇÃO AUTORIZADA PELA AGÊNCIA. POSSIBILIDADE DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Em regra, o Poder Público não pode ser obrigado, por decisão judicial, a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), tendo em vista que o registro representa medida necessária para assegurar que o fármaco é seguro, eficaz e de qualidade.

2. Possibilidade, em caráter de excepcionalidade, de fornecimento gratuito do Medicamento 'Hemp Oil Paste RSHO', à base de canabidiol, sem registro na ANVISA, mas com importação autorizada por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde, desde que demonstrada a hipossuficiência econômica do requerente.

3. Excepcionalidade na assistência terapêutica gratuita pelo Poder Público, presentes os requisitos apontados pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob a sistemática da repercussão geral: RE 566.471 (Tema 6) e RE 657.718 (Tema 500).



4. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1161: *‘Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS’.*

Assim, percebe-se outra característica sobre a judicialização do fornecimento de medicamentos pelo Estado, a de que não necessariamente o remédio deve ter registro na ANVISA.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO – RE 566.471, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA

O julgamento definitivo do Tema 6 da Repercussão Geral do STF ainda não terminou, está com pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes desde 2020.

No recurso extraordinário, distribuído inicialmente ao então Ministro Marco Aurélio, a controvérsia jurídica estabelecida foi delimitada da seguinte forma: *“Dever do Estado de Fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de comprá-lo”.*

O contexto do julgamento se debruça sobre a obrigação estatal de fornecimento de medicamentos de alto custo, à luz da Constituição. Dessa delimitação se extrai mais um atributo na judicialização do tema: o beneficiário deve comprovar que não tem condições financeiras de adquirir o medicamento.

Denota-se, dessa forma, que o dever do Estado não é irrestrito. Veja-se o teor da primeira decisão da Corte no caso em exame:

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que fixava a seguinte tese (tema 6 da repercussão geral): *“O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil”* (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Outra linha de contenção se refere à imprescindibilidade do medicamento. Note-se que o espectro probatório imposto ao jurisdicionado nem sempre é cumprido em todas essas circunstâncias. De acordo com a ferramenta processual utilizada pelo Demandante, ação de rito comum ou mandado de segurança, por exemplo, essa prova pré-constituída é muito difícil de



ser obtida, o que engendra a extinção do processo sem resolução do mérito ou a improcedência do pedido.

Na sequência, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu a seguinte tese em Voto Divergente⁶:

“Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência [PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO E URGÊNCIA DA MEDIDA PLEITEADA - art. 300 do CPC] -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento”;

Infere-se que a tutela jurisdicional no fornecimento de medicamentos de alto custo deve ser em caráter excepcional.

O Ministro Alexandre de Moraes manteve o requisito da hipossuficiência econômica do beneficiário, mas estabeleceu muitos outros requisitos para a obtenção da tutela jurisdicional, em adição aos demais acima mencionados, como a apresentação de um laudo médico de perito de confiança do Juízo. Observe-se que não se trata daquela discussão periférica sobre a capacidade do médico que atesta a enfermidade e a necessidade do remédio, se o médico seria particular ou se o laudo deve ser emitido por médico em atuação em um dos três entes federativos, mesmo porque essa questão já se encontra superada na jurisprudência, como no caso de isenção de IRPF em razão de constatação de enfermidade descrita no art. 6º da Lei 7.713/88, no sentido de que, sendo o conjunto probatório favorável à parte autora, no caso, admite-se até laudo emitido por médico particular. Precedente: STJ, RMS 57.058/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/09/2018.

No caso específico, o Ministro entende que deve haver perícia oficial do Juízo, o que decerto confere mais segurança ao Julgador na prolação da decisão, mas atrasa o processo e praticamente limita o livre convencimento motivado do Juiz, porque determina que deve ser seguido um rito não previsto na lei, ou seja, a produção de prova pericial. Se assim fosse, nosso ordenamento jurídico não permitiria a prova pré-constituída.



Hoje muito se fala na análise econômica do processo, mas parece que cada um dos Ministros da Suprema Corte vai adicionando requisitos a cada Voto Divergente que se apresenta. Ao final, a tarefa de elaboração do Voto Médio não será nada fácil.

Outra exigência da tese parcial analisada é a certificação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONINTEC) da não incorporação do medicamento à RENAME e de que não há substituto ao fármaco disponível no SUS. Veja-se que a burocracia imposta não atende ao princípio da eficiência, porque basta uma consulta *on line* para saber se o medicamento está na RENAME. Já com relação à existência de um remédio substituto, a questão é muito relativa. Muitas vezes um remédio mais moderno é indicado ao paciente, e não necessariamente o similar na RENAME serve ao propósito do tratamento, de forma que a CONINTEC certificar um remédio substituto na lista oficial afigure-se uma providência ineficaz para o processo.

A tese parcial se reporta também à condição de um atestado da CONINTEC de efetividade e segurança do medicamento, o que se choca com a jurisprudência do próprio STF, como acima mencionado, de que o remédio pode nem estar autorizado a ser importado no Brasil, de maneira que essa condição imposta não faz muito sentido.

Ainda nesse segmento, a decisão divergente concede o prazo de 180 dias, ou seja, 6 meses para a prolação de uma decisão. Na falta do inteiro teor do Voto Divergente, pode-se crer que esse prazo seria para a sentença de mérito, porque tal prazo se afigura muito elástico para a tutela de cognição sumária, diante da conclusão óbvia da necessidade do medicamento pelo paciente, que preenche os requisitos de urgência e verossimilhança, a teor do disposto no art. 300 do CPC.

Por fim, a tese parcial dispensa todas essas exigências se o binômio custo-efetividade for constatado e sopesado no caso concreto. Na prática, o Juiz com mais sensibilidade social vai deixar de aderir aos pressupostos mencionados, para analisar binômio custo-efetividade.

Seguindo no julgamento do RE 566.471, o Ministro Roberto Barroso estabeleceu a seguinte tese parcial, em Voto Divergente:

*“O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) [requisito atinente à legitimidade passiva *ad causam*] a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o*



Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”.

A tese parcial da lavra do Ministro Roberto Barroso também limita o fornecimento de medicamentos de alto custo a situações excepcionalíssimas, destacando que o beneficiário deve demonstrar a miserabilidade jurídica. Concorda com a tese anterior, no sentido de que não deve haver medicamento substituto na RENAME, motivo pelo qual se mantém a análise crítica realizada quanto ao ponto.

Outra condição imposta seria a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes. Malgrado seja uma prova negativa muito difícil, pois o paciente teria que demonstrar mediante prova documental os motivos pelos quais a Administração optou por não incorporar o fármaco na RENAME, dentro de um caráter de urgência parece impossível ao Advogado conseguir essa prova sem prejuízo da saúde do próprio jurisdicionado.

Evidentemente, esse prejuízo ao livre acesso ao Judiciário ofende tanto a pessoa natural postulante quanto o Advogado Público, que, neste caso específico, também fica dependente da burocracia da Administração para contestar o pleito, tanto quanto o paciente tem dificuldade de demonstrar o quesito exigido.

Portanto, essa exigência carece de funcionalidade e não atende aos postulados processuais que cercam o tema.

Outro pressuposto contido na tese parcial em estudo é a comprovação científica da eficácia do medicamento, o que afasta o fornecimento de medicamentos experimentais.

Invertendo a ordem na análise processual do tema, deixou a questão da legitimidade passiva da causa para a conclusão da tese parcial, apontando a União como parte legítima para figurar no polo passivo das demandas que vindiquem o fornecimento de medicamentos de alto custo.

Na decisão que reconheceu a repercussão geral no RE 855.178, Tema 793 do STF, o Ministro Luiz Fux pondera que a Suprema Corte concluiu:

“pela solidariedade dos entes federados no fornecimento de medicamentos como forma de não obstar o acesso à Justiça, principalmente no que se refere a habitantes de municípios longínquos. Por outro lado, não se pode desconsiderar que o processamento de ações contra entes que não sejam os responsáveis primeiros pelo cumprimento da obrigação leva a demandas de ressarcimento desnecessárias, que apenas contribuem para o abarrotamento do Poder Judiciário.

Em pesquisa realizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que tem prevalecido o entendimento de que é imprescindível o ingresso da União nas demandas que versem especificamente sobre o fornecimento de medicamentos registrados na ANVISA, mas não padronizados no SUS. A esse respeito, os julgados a seguir:



AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS QUANTO AO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA À SAÚDE. TEMA 793. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO INCLUÍDO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE. INCLUSÃO DA UNIÃO NO POLO PASSIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE.

1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 855.178- RG (Rel. Min. LUIZ FUX, Tema 793), examinou a repercussão geral da questão constitucional debatida nestes autos e reafirmou a jurisprudência desta CORTE no sentido de que ‘Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.’

2. A União necessariamente comporá o polo passivo da ação que visa ao fornecimento de medicamento não disponibilizado pelo Poder Público, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica. 3. Agravo Interno a que se nega provimento.” (RE 1.360.507-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, *DJe* de 8/3/2022, grifei)

“Agravo regimental na reclamação. 2. Direito Constitucional. 3. Direito à saúde. Responsabilidade solidária. 4. Fornecimento de medicamento não incluído nas políticas públicas. A União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica. Aplicação correta do tema 793. Precedente. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental.” (Rcl 48.760-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJe* de 11/10/2021, grifei)

E ainda: Rcl 52.862-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJe* de 1º/6/2022; Rcl 50.412-AgR-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJe* de 18/5/2022; Rcl 51.375-AgR-terceiro, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJe* de 18/5/2022; Rcl 49.918-AgR-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJe* de 28/4/2022; Rcl 49.890, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, *DJe* de 23/3/2022; Rcl 50.414, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, *DJe* de 23/3/2022; Rcl 50.715-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, *DJe* de 23/5/2022; Rcl 50.866-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, *DJe* de 8/4/2022; Rcl 50.649, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, *DJe* de 23/5/2022; Rcl 50.481-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, *DJe* de 23/5/2022; Rcl 50.458-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, *DJe* de 23/5/2022.

Nesse mesmo sentido, também, as seguintes decisões monocráticas: Rcl 53.732, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 3/6/2022; Rcl 51.698, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 31/5/2022; RE 1.384.325, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* de 30/5/2022; RE 1.360.949, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 20/1/2022; RE 1.332.756, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 7/1/2022; RE 1.326.082, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* de 10/1/2022; RE 1.357.468, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 7/1/2022; Rcl 50.941, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 10/12/2021; RE 1.349.838, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* de 7/12/2021; Rcl 50.597-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 1º/12/2021.

De modo contrário, ressaltou decisão na Rcl 53.632, Rel. Min. André Mendonça, *DJe* de 30/5/2022, no sentido de que a inclusão da União no polo passivo é exigida apenas no caso de fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa.

Destarte, a *vexata quaestio* transcende os limites subjetivos da causa, porquanto o tema em apreço sobressai do ponto de vista constitucional (artigo 109, I, da Constituição Federal), notadamente quanto à necessidade de se conferir balizas adequadas acerca da responsabilização por demandas que envolvam a prestação do direito à saúde, em especial quando versarem sobre o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público.

Ressalto que a definição sobre a quem cabe arcar com os custos de medicamento ou tratamento requeridos judicialmente, além da competência para o processamento e julgamento dessas demandas, alinha-se com a meta de assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todas e todos, em todas as idades (ODS 3 da Agenda 2030 das Nações Unidas).

Configura-se, assim, a relevância da matéria sob as perspectivas econômica, política, social e jurídica (artigo 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil), bem como a transcendência da questão cuja repercussão geral ora se submete ao escrutínio desta Suprema Corte. Nesse sentido, tenho que a



controvérsia constitucional em apreço ultrapassa os interesses das partes, avultando-se relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico.”

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da política pública de Estado de fornecimento de medicamentos de alto custo perpassa condições institucionais rígidas em detrimento da premência do paciente em receber o medicamento para curar a doença ou ter uma sobrevida condigna.

Da análise do conteúdo das decisões judiciais do STF, em geral, o Judiciário tem se inclinado a favor da vida do paciente, para que o Direito à Saúde não se torne “*uma promessa constitucional insequente*”, sem descurar, todavia, de impor limitações a esse direito, em sua maioria de ordem processual atinente à distribuição do ônus da prova a esse direito, levando em consideração seus aspectos substantivos.

No controle crítico do tema, pode ser constatado, em âmbito preliminar, que a União deve figurar no polo passivo das ações que busquem o fornecimento do medicamento de alto custo, por ser o ente federativo com maior potência econômica. Assim, a discussão atual mais importante se refere à legitimação passiva *ad causam*, como demonstrado na tese parcial elaborada pelo Ministro Roberto Barroso, no sentido de que a União é o ente federativo central na legitimidade passiva, em contraposição a jurisprudências anteriores, que apontavam para o Município, por estar “*na linha de frente*” do atendimento básico de saúde ao paciente, como verificado da análise percuciente da legislação de regência do SUS e da Política Nacional de Medicamentos.

Por ilação, como de conhecimento geral, os recursos da União são capazes de suportar o encargo do medicamento de alto custo, mais que dos Municípios, por exemplo, que podem ter sérias restrições orçamentárias. Embora os Municípios estejam na “*linha de frente*” no atendimento dentro do sistema tripartite do SUS, a União detém mais poder econômico.

Assim, pode-se concluir que o direito à saúde, erigido ao *status* constitucional, engloba o fornecimento gracioso de medicamentos aos que não dispõem de condições econômicas para comprar os fármacos de alto custo, para que se o Estado permita as condições para a cura da doença ou uma sobrevida condigna ao paciente.

Assentada tal premissa, dentro da concepção de que há solidariedade entre os entes federativos em razão do bloco de legalidade referente ao SUS, a presença imperativa da União



ao polo passivo das ações judiciais que almejam o fornecimento de medicamento de alto custo atrai a competência da Justiça Federal, a teor do art. 109, I, da Constituição.

Na questão de mérito, dentro do aspecto processual da distribuição do ônus da prova, verificou-se que os requisitos mais factíveis são (i) a hipossuficiência econômica do paciente e (ii) a apresentação de laudo médico que comprove a doença e a indicação do medicamento de alto custo.

Dessa forma, uma vez que a União arque com as despesas do medicamento de alto custo, desde que comprovada a miserabilidade jurídica, a existência da doença e a necessidade do medicamento, o beneficiário pode ter realizado o direito à saúde plasmado na Constituição de 1988.

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em 18/06/2015.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012.

BARDACH, Eugene. *Los Ocho Pasos para el Análisis de Políticas Públicas*. Ciudad de Mexico: Miguel Ángel Porrúa, librero-editor, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: fev 2020.

DUNN, William N. *Public Policy Analysis – An Integrated Approach*. New York: Routledge, 2018.

FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – FUNASA. *Cronologia Histórica da Saúde Pública*. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica>>. Acesso em: fev 2020

JIMÉNEZ, William Guillermo. *El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas*. Univ. Sergio Arboleda. Bogotá (Colombia) 7 (12): 31-46, enero-junio de 2007.



MINISTÉRIO DA SAÚDE – MS. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais Rename*. Brasília : Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: < <https://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2022/01/RENAME-2022.pdf> >. Acesso em: abr 2022.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares; VIANNA, Laura Mello D'Urso. A onerosidade do sistema único de saúde no atendimento a usuários de planos de saúde: o incidente de repercussão geral nº 345. In MENDONÇA, Paulo Roberto Soares (org.). *Judicialização de políticas públicas: a visão dos juristas* Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.

MORAES, RM, SANTOS, MAB, VIEIRA, FS, Almeida RT. *Cobertura de políticas públicas e acesso a medicamentos no Brasil*. Revista de Saúde Pública. 2022; 56:58. <https://doi.org/10.11606/s1518-8787.2022056003898>

MOURA, E.A. da Costa e RIBEIRO, Jamir Calili. *Reserva do Possível: O Dever de Progressividade nos Gastos Públicos*. In: Revista de Direito Brasileira n. 7, v.16, p. 225- 241, jan/abr, 2017.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE - OPAS. Disponível em: < <https://www.paho.org/pt/brasil> >. Acesso em: nov. 2021

RECH, N, FARIAS, MR. *Regulação sanitária e desenvolvimento tecnológico: estratégias inovadoras para o acesso a medicamentos no SUS*. In: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/Gzyn8fv9gJPPYzCWRRJJKLL/?format=pdf&lang=pt>>. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Sessão Virtual de 21 a 28.8.2020*, Plenário do STF. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>, >. Acesso em: nov 2021

VASCONCELOS, Daniela MM *et al. Política Nacional de Medicamentos em retrospectiva: um balanço de (quase) 20 anos de implementação*. <<https://www.scielo.br/j/csc/a/tjNHDRh8DFmzrFCtk9cm6Zj/abstract/?lang=pt>>, 2017.

Sobre os autores:

Andreia Alvarenga de Moura Meneses | E-mail: andreaalvarenga@hotmail.com

Mestranda em Políticas Públicas na UniRio (2022 atual). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - URFJ. Trabalha no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Curso de pós-graduação *latu sensu* em Responsabilidade Civil pela UCAM. Experiência na área de Direito Público, com especial interesse em Direito Constitucional, Direitos Humanos, Feminismo Latino-Americano, Direito Tributário, Direito Previdenciário e Direito Processual Civil.

Emerson Affonso da Costa Moura | E-mail: emersonacmoura@gmail.com

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).



A política pública da extrafiscalidade como (des)incentivo para o contrabando: uma análise econômica das alíquotas do IPI sobre o mercado ilícito de cigarro

The public policy of extra-fiscality as a (dis)incentive to smuggling: an economic analysis of the IPI tax rates on the illicit cigarette market

Fillipe Azevedo Rodrigues¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor Adjunto. Natal (RN). Brasil

Andre Melo Gomes Pereira²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor Juiz de Direito. Mossoró (RN). Brasil.

Cínthya Simara Santos de Souza³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduanda em Direito. Natal (RN). Brasil

RESUMO

Uma estratégia adotada no Brasil para reduzir o consumo de cigarro e custear os prejuízos causados no sistema de saúde é a elevação da alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) aplicados na indústria do tabaco. Essa política tributária torna-se possível em decorrência da característica extrafiscal do IPI, que além da função arrecadatória, visa, primordialmente, ao interesse público, induzindo ou desestimulando comportamentos. O presente estudo objetiva verificar se o IPI-Cigarro está cumprindo efetivamente seu propósito, uma vez que o aumento do preço do cigarro legal pode incentivar o contrabando de cigarros para o país. A metodologia utilizada assume caráter explicativo, com método dedutivo e baseia-se em pesquisas bibliográficas acerca da Teoria Econômica do Crime e Expansão do Direito Penal. Foi verificado que, ao elevar o preço do cigarro legal, os consumidores podem procurar alternativas mais baratas, como o cigarro contrabandeado, que oferece maior conveniência e perspectivas de lucro aos contrabandistas. Logo, partindo da análise racional do custo-benefício proporcionado,

ABSTRACT

strategy adopted in Brazil to reduce cigarette consumption and defray the losses caused to the health system is to increase the Tax on Industrialized Products (IPI) rate applied to the tobacco industry. This tax policy becomes possible as a result of the extra-fiscal characteristic of the IPI, which, in addition to the collection function, aims primarily at the public interest, inducing or discouraging behavior. The present study aims to verify whether the IPI-Cigarette is effectively fulfilling its purpose, since the increase in the price of legal cigarettes may encourage the smuggling of cigarettes into the country. The methodology used assumes an explanatory nature, with a deductive method and is based on bibliographical research on the Economic Theory of Crime and the Expansion of Criminal Law. It was found that, by raising the price of legal cigarettes, consumers can look for cheaper alternatives, such as smuggled cigarettes, which offer greater convenience and profit prospects to smugglers. Therefore, based on the rational analysis of the cost-benefit provided, increasing the IPI-Cigarette to, a priori, reduce the prevalence of cigarettes and

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8397-5094>

² Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9621-676X>

³ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0792144353235604>



aumentar o IPI-Cigarro para, a princípio, diminuir a prevalência dos cigarros e fornecer receitas para financiamento dos custos associados ao fumo estimula, em contrapartida, o contrabando, pois o valor do cigarro vendido ilicitamente sempre será menor se comparado ao preço daquele vendido no mercado legal.

provide revenue to finance the costs associated with smoking encourages, on the other hand, smuggling, as the value of the cigarette sold illicitly will always be lower compared to the price of that sold on the legal market.

PALAVRAS-CHAVE:

Cigarro; Política tributária; IPI; Interesse público; Contrabando.

KEYWORDS:

Cigarette; Tax policy; IPI; public interest; Smuggling.



1. INTRODUÇÃO

O Estado surge como uma instituição política que detém o poder de governar e estabelecer regras para sociedade, estando intrinsecamente ligado à necessidade de organizar e regular a convivência social. De acordo com a teoria do contrato social, os indivíduos teriam pactuado para criação do Estado, renunciando parte de sua liberdade em troca de segurança e proteção dos direitos individuais.

Partindo dessa perspectiva, cabe ao aparato estatal garantir condições mínimas que permitam uma existência humana digna. À vista disso, a Agenda Global 2030 é um compromisso assumido por líderes de 193 países, inclusive o Brasil, que delineia objetivos e metas relacionados com a efetivação dos direitos humanos e a promoção do desenvolvimento.

Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades é o terceiro objetivo da Agenda 2030. Para alcançá-lo, uma das metas é fortalecer a implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT) em todos os países, conforme apropriado. Essa Convenção reafirma o direito de proteção à saúde na medida em que articula ações impositivas para reduzir a prevalência do consumo e exposição à fumaça do tabaco.

O aumento da alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados aplicados na indústria tabagista é uma das medidas mais consagradas, pois, intenciona, além de reduzir o número de fumantes, arrecadar recursos para custear os prejuízos causados na saúde pública. Pela Lei Geral da Demanda, o consumo dos cigarros tende a cair em razão da alta do valor do produto. Entretanto, os consumidores do cigarro legal podem substituí-lo pelo cigarro contrabandeado e a estratégia supracitada, por si, será ineficiente para atingir a meta pretendida.

Dessa maneira, urge a necessidade de debater acerca da seguinte problemática: aumentar a alíquota do IPI-Cigarro para reduzir o consumo influencia o contrabando de cigarros ou é uma política pública completamente eficaz?

O presente trabalho objetiva responder a esse questionamento fazendo um recorte metodológico entre Direito e Economia, evidenciando a Análise Econômica do Direito Penal. Em relação aos objetivos específicos, o propósito é (i) promover uma análise sobre os mercados ilícitos à luz dos objetos de investigação da Teoria Econômica do Crime e da Expansão do Direito Penal; (ii) explicitar a intervenção do Estado no domínio econômico por meio da extrafiscalidade; e (iii) discutir a eficiência da política econômica governamental de aumento da tributação em face da prevalência de cigarros e o estímulo ao contrabando de cigarros, partindo da análise de dados divulgados pelo Ministério da Saúde.



Por conseguinte, a metodologia consiste em pesquisa qualitativa, bibliográfica e método dedutivo, como forma de racionalizar e explicar a correlação existente entre o aumento do IPI-Cigarro e a prática do contrabando.

Para tanto, o desenvolvimento foi dividido em três seções. Na primeira delas será analisado os mercados ilícitos sob a ótica da Teoria Econômica do Crime e da Expansão do Direito Penal. A segunda seção dá continuidade com a explanação da intervenção do Estado no Domínio Econômico. Já a última, apresenta dados e versa sobre a eficiência da elevação da carga tributária para reduzir a prevalência por cigarro.

O trabalho conclui, sob a visão da economia do crime, que a incidência tributária do IPI-Cigarro não cumpre com sua finalidade orientada ao interesse público, além de gerar externalidades negativas, haja vista que o mercado ilícito está intrinsecamente relacionado à evasão fiscal, associações criminosas internacionais, dentre outros delitos, tornando-se evidente que diversos setores da sociedade, por exemplo a economia, segurança e desenvolvimento nacional, são impactados negativamente. Ademais, a ausência de fiscalização de controle de qualidade potencializa o risco a saúde de quem consome o cigarro contrabandeado, acarretando um efeito reverso para o próprio sistema de saúde.

2. MERCADOS ILÍCITOS SOB A ÓTICA DA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME E DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

A tentativa de compreender a origem do fenômeno delitivo remonta a Antiguidade. A título de exemplificação, na Grécia Antiga, o indivíduo que se afastava das normas sociais era tido como um ser anormal e era expulso do seu clã, enquanto que no Século III muitos entendiam que a delinquência estaria relacionada a intervenção do demônio. Contudo, a partir de ideais renascentistas, sobretudo o racionalismo e o individualismo, o homem é visto como agente do seu próprio destino, partindo de escolhas racionais para a tomada de decisões. Assim, a razão somada às causas socioculturais, históricas e econômicas passam a integrar os estudos de explicação do comportamento criminoso.

Desde então, há diversas linhas de pesquisas que pretendem compreender a conduta criminosa, inclusive, interseccionando o Direito com outras ciências, a exemplo da Economia. A interdisciplinaridade entre Direito e Economia ganhou visibilidade com o movimento da Análise Econômica do Direito (AED), sendo um viés do realismo jurídico norte-americano, o



qual, por sua vez, buscava, sobretudo, maximizar o critério de eficácia das normas. Seguindo essa linha de raciocínio, a AED utiliza como base analítica e interpretativa a Teoria Econômica aplicada no âmbito jurídico.

Em síntese, a Economia pode ser conceituada como o estudo da administração de recursos escassos para atender uma série de necessidades humanas. Dentre os postulados econômicos que permitem melhor compreensão acerca da sua intercomunicação com o Direito é a lei das consequências não intencionais, cujo enunciado extraído é que “as pessoas respondem a incentivos, embora não necessariamente de maneiras previsíveis” (LEVITT; DUBNER, 2010, p. XVI *apud* RODRIGUES, 2021, p. 64). Cita-se também o seguinte trecho:

[...] com vistas a satisfazer suas demandas, cada um costuma reagir positivamente aos melhores incentivos e negativamente aos incentivos contrários a seus interesses, haja vista a escassez e iminência de conflito com interesses antagônicos de outros sujeitos em sociedade. (RODRIGUES, 2021, p. 64)

O Direito trata da conduta humana, estabelecendo um padrão socialmente aceitável e desejável, o que permite a coexistência de todos em sociedade. Entretanto, somente o estudo da norma jurídica, por si só, não inibe os comportamentos prejudiciais. A abordagem econômica aplicada ao Direito não se restringe apenas às relações financeiras, e permite um novo parâmetro para sua análise, bem como de políticas públicas. Cita-se como exemplo de ampliação dessa abordagem para outras searas jurídicas a obra *Crime and Punishment: An Economic Approach*, desenvolvida por Gary Stanley Becker (1968), relevante para o estudo da AED.

O trabalho de Becker engloba algumas premissas da Teoria da Escolha Racional, segundo a qual, o indivíduo, enquanto agente econômico e racional, comporta-se sob julgamento da maximização de bem-estar, considerando, principalmente, a satisfação de seus interesses particulares. Diante do conjunto de diferentes modos de agir em determinada situação, o indivíduo, intencionado em potencializar seu bem-estar, decide por um deles após analisar qual lhe permite alcançar suas necessidades individuais com o menor custo possível (RODRIGUES, 2021, p. 67).

Desse modo, o comportamento previsível das empresas é a maximização dos lucros, assim como o fisco maximiza a arrecadação, o ativista ambiental maximiza a preservação do meio ambiente e o assaltante maximiza os benefícios oriundos do objeto roubado. (grifos acrescidos). (RODRIGUES, 2021, p. 67)

Na Teoria Econômica do Crime, Becker (1968) sustenta que a decisão de praticar um delito resultaria de um processo analítico racional ante a utilidade esperada, por meio do qual



haveria o confronto entre os potenciais ganhos resultantes da ação criminosa e a possibilidade de condenação, efeito dissuasivo da pena, dentre outros fatores. Assim, o autor desenvolve um modelo composto por quatro funções que revelam os parâmetros ótimos que devem ser alcançados para obter níveis de criminalidade que minimizem as perdas sociais resultantes desses atos (MIJAN, 2017). Dentre as variáveis encontradas por Becker (1968), Fillipe Azevedo Rodrigues (2021, p. 101) expõe as seguintes:

Além disso, associado ao *efeito dissuasivo da pena (f)* está o *coeficiente do custo social da pena (b)*. Ele varia de acordo com a natureza da punição. Penas de tortura, prisão, e morte transcendem seus efeitos à sociedade, importam um custo social elevado a ser suportado também pela família do apenado; ou até mesmo pelo próprio corpo social no momento da reinserção do egresso no mercado de trabalho, por exemplo. Penas pecuniárias ou de multa, segundo Becker, não ensejam esses custos sociais, tal qual verificado nas demais, mas sim repercutem, por vezes, em uma reparação ao dano causado pelo delinquente, o que já é, em si, um ganho para a sociedade.

Tendo em vista o alto custo social levantado por Becker para as penas privativas de liberdade, imperioso ressaltar que em contraposição ao ideal de Direito Penal Mínimo, ou seja, a tutela dos bens jurídicos mediante as normas penais só deve ocorrer quando não for possível a resolução dos problemas por outras searas do Direito – Direito Civil ou Administrativo, por exemplo –, Jesús Maria Silva Sánchez demonstra que há no contexto atual uma ‘expansão do Direito Penal’.

Nas sociedades complexas, o Direito Penal é visto como um mecanismo eficiente de gestão de risco, uma solução fácil para os problemas sociais. Nas palavras de Sánchez (2013, p. 29):

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva).

Outrossim, para RODRIGUES (2021, p.153), “recorre-se ao Direito Penal para transformá-lo em instrumento de gestão de riscos, o que exige um avanço da tipificação de crimes de perigo.” A consequência é a criação de novos tipos penais ou agravamento das penas cominadas para infrações penais já existentes, ambas de forma injustificada, visando tutelar problemas que poderiam ser resolvidos por sanções administrativas, por exemplo. A esse fenômeno, dá-se o nome de ‘administrativização do Direito Penal’.

Sánchez (2013, p. 193) considera que a expansão do Direito Penal é inevitável, mas defende um Direito Penal de duas velocidades, a fim de torná-lo mais eficiente:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal "da prisão", na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os



princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção.

Assim, é perceptível a Economia fornecendo instrumentos típicos a fim de analisar, além do comportamento criminoso, a eficácia social da norma jurídica. Também é possível observar que as sanções penais, especialmente a privação de liberdade, representa um elevado custo social, deduzindo-se, pois, que agravar penas de prisão em determinadas situações não é tão eficaz para frear ou reduzir o índice de criminalidade.

É nesse sentido que o presente estudo busca aplicar os conceitos provenientes da Teoria Econômica do Crime no caso de contrabando de cigarros, ponderando sobre os custos e benefícios para a prática desse delito, além de avaliar a eficácia do aumento do IPI-Cigarros como política pública para reduzir a prevalência por tabaco.

3. INTERVENÇÃO EXTRAFISCAL DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A Constituição Federal de 1988 define como regra a intervenção indireta para atuação do Estado no domínio econômico, com poder disciplinador da economia, fiscalizando os demais agentes e elaborando normas, ensejando o desenvolvimento social e econômico do país. Com efeito, aduz o artigo 174 da Carta Magna:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Além da economia e o mercado, essa regulação estatal garante o pleno funcionamento dos demais bens públicos protegidos pelo Direito, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a saúde pública, suscitando, pois, um Estado Administrativo de Garantia.

Nesse sentido, o Estado atua de forma a “prevenir e reparar danos decorrentes de condutas nocivas à própria existência e à estabilidade do sistema” (RODRIGUES, 2015), mas com observância ao caráter subsidiário da intervenção, o que significa que a “intervenção pública deve ser adstrita ao objetivo de corrigir os referidos problemas que afetam as transações privadas. A finalidade da intervenção estatal é garantir a funcionalidade para as atividades de mercado” (SCHAPIRO, 2012, p. 120-121).

A indução é uma das formas de intervenção estatal na esfera econômica, por meio da qual a atividade tributária gera incentivos, estimulando ou desestimulando comportamentos em alguns segmentos de mercado. O artigo 3º da Lei nº 5.172/1966 define tributo como sendo



“toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Sua principal função é a obtenção de recursos por parte do Estado, sendo utilizados para o custeio de prestações de serviços a cargo do poder público ou que sejam do interesse público, ainda que desenvolvidas por outros entes.

Por essas razões, em geral, os tributos possuem caráter fiscal. No entanto, em razão da onerosidade atrelada aos tributos nas situações sobre as quais incidem, influenciando, assim, as escolhas dos agentes econômicos, é possível obter o efeito denominado “extrafiscal” (PAULSEN, 2022, p. 52). Segundo Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 231), muitas vezes os tributos extrafiscais são instituídos como instrumento orientado às mudanças desejadas na ordem econômica e social.

Consistindo a extrafiscalidade no emprego de fórmulas jurídico-tributárias para obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários, o regime que há de dirigir tal atividade não poderia deixar de ser aquele próprio das exações tributárias (CARVALHO, 2011, p. 231).

No tocante ao controle de validade da tributação extrafiscal, Leandro Paulssen (2022, p. 55) preceitua que é imprescindível avaliar “se a norma é apta para gerar os efeitos pretendidos, porquanto não há função indutora sem eficácia indutora”. No mesmo raciocínio, o autor também assevera:

Aliás, a tributação extrafiscal está sujeita a duplo controle: o das limitações constitucionais ao exercício do poder de tributar e o dos limites inerentes ao “regime jurídico próprio dos mecanismos de intervenção sobre o domínio econômico”, ou seja, dos limites “que se referem aos campos materiais influenciados”, o que envolve os “princípios atinentes à ordem econômica (soberania nacional, propriedade privada e função social da propriedade, livre-iniciativa e livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte), além de outros princípios, como a defesa da família e a proteção da saúde pública” (PAULSSEN, 2022, p. 55)

A justificativa para intervenção do Estado no domínio econômico se funda, principalmente, nas falhas de mercado, tendo em vista que distanciam o objetivo, baseado em um mercado equilibrado inicialmente pretendido, do resultado obtido. Para Rodrigues (2021, p. 78) na interação entre indivíduos maximizadores:

O equilíbrio é um padrão que se perpetua até a interferência de fatores externos à relação. A premissa na qual se baseiam os economistas é a de que as interações, alheias a interferências externas, costumam tender ao equilíbrio, independentemente se inseridas no mercado lícito, ilícito, em eleições, jogos ou até mesmo em casamentos.

Dentre tais falhas, merece destaque, neste trabalho, as externalidades negativas, entendidas como os custos auferidos por terceiros diante de uma ação individual. Visando inibir



o consumo de produtos de tabaco, precipuamente o cigarro, o Estado intervém no domínio econômico aumentando a alíquota do IPI sobre a indústria tabagista.

A externalidade negativa nessa situação é o aumento do contrabando de cigarros, uma vez que o valor do produto comercializado ilicitamente é menor, figurando como uma opção substituta para satisfazer as necessidades dos fumantes. Soma-se a isso a consequente evasão fiscal suportada pelo setor tributário, além do efeito reverso para o próprio sistema de saúde, uma vez que a ausência de fiscalização de controle de qualidade potencializa o risco a saúde de quem consome o cigarro contrabandeado.

4. EFICIÊNCIA DA POLÍTICA TRIBUTÁRIA ELEVADA NO COMBATE À PREVALÊNCIA DE CIGARROS E AO FOMENTO AO CONTRABANDO

Além de ser um fator de risco para a qualidade de vida saudável, o tabagismo é responsável por uma série de custos econômicos na saúde pública. O Instituto Nacional do Câncer (INCA), em um levantamento sobre custos atribuíveis ao tabagismo (2022b), aduz que:

Nova publicação do Instituto de Efetividade Clínica e Sanitária (IECS) em 2020 estimou que no Brasil as doenças causadas pelo tabagismo custam R\$ 125.148 bilhões ao ano (Pinto *et al*, 2020), ou seja, o equivalente a 23% do que o país gastou em 2020 para enfrentar a pandemia da Covid-19 (R\$ 524 bilhões) (Tesouro Nacional Transparente, 2020). Esses custos são ainda maiores pois não incluem os gastos com ações de prevenção e tratamento para cessação do tabagismo, nem de prevenção e mitigação dos danos sanitários, sociais e ambientais decorrentes da produção de tabaco e do mercado ilegal de tabaco.

Como desdobramento do Convenção Quadro para Controle de Tabaco, existe o Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco, que possui respaldo na Parte IV, artigo 15 da Convenção. Cada Estado-parte assume o compromisso de atuar veementemente para efetivar a redução da oferta de tabaco, especialmente o comércio ilícito, e, para tanto, vale de suas atividades financeiras, em especial a tributária.

Por recomendação do Banco Mundial e da Organização Mundial da Saúde, e consoante as diretrizes do Protocolo, uma das estratégias adotadas no Brasil para reduzir a demanda por cigarro e para custear o prejuízo gerado nos sistemas de saúde é a elevação da alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) sobre a indústria de tabaco.

Um dos eixos centrais do Protocolo é a cooperação internacional para o combate ao descaminho e ao contrabando de produtos de tabaco, através de mecanismos que facilitem as atividades de investigação, aplicação de penalidades, sanções efetivas e a recuperação de ativos. Em nível nacional, prevê que os países adotem medidas para ajustar a sua legislação a fim de tornar mais rígidas as penalidades por essas práticas ilícitas, e que adotem um sistema de controle e rastreamento da produção dos produtos de tabaco. (INCA, 2022d).



O aumento da carga tributária é apontado como um dos meios mais efetivos para reduzir a demanda por cigarro, posto que, em tese, reduz a acessibilidade econômica. O acesso econômico aos cigarros e o seu consumo são verificados a partir da comparação entre o preço do produto e a renda, que é medida pela proporção do PIB anual per capita necessário para comprar cem maços de cigarros da marca mais vendida (INCA, 2022c). Contudo, a procura por um produto também é influenciada pela existência de bens sucedâneos, e o aumento do valor final do cigarro para desestimular seu consumo incentiva a busca por um substituto, qual seja o cigarro contrabandeado.

Apesar dos esforços para implementação da Convenção Quadro para Controle de Tabaco e do Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco, e a consequente diminuição do mercado ilegal de cigarros no Brasil, não há como ignorar a realidade do contrabando de cigarros e sua relação com a política tributária de aumento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) sobre a indústria tabagista.

O mercado ilícito mina a consecução dos efeitos pretendidos pela CQCT, tendo em vista que o valor do cigarro comercializado ilicitamente sempre vai ser menor do que o previsto por lei e, diante disso, o Ministério da Saúde desenvolveu alguns mecanismos para dimensionar o mercado ilegal de cigarro no país. Por intermédio do Instituto Nacional do Câncer – INCA (2022d), foi realizada uma pesquisa sobre a magnitude do consumo de cigarros ilícitos antes e depois da implementação da sistemática de tributação dos produtos de tabaco em 2012:

Os resultados indicaram uma redução na prevalência de fumantes diários de cigarros industrializados entre 2008 e 2013 (de 13,3% em 2008 para 10,8% em 2013). Entretanto, **houve elevação na proporção do consumo de cigarros ilícitos**, independentemente do sexo, idade, nível educacional, área de residência: a proporção de consumo de cigarros de origem ilícita aumentou de 16,9% para 32,3% entre 2008 e 2013. (grifos acrescidos).

Por meio do estudo “VIGITEL 2017 e Estimativa de Consumo de Cigarros Ilícitos no Brasil”, elaborado pelo INCA em 2019, foi realizada uma estimativa do mercado ilegal de cigarros no ano de 2017, tendo como referência os dados de consumo de cigarros da pesquisa Vigitel 2017 e os dados da Receita Federal sobre produção de cigarros. O resultado obtido revela que “a estimativa da proporção de cigarros ilegais consumidos no Brasil em 2017 foi de 38,5% do consumo total de cigarros”. Essa pesquisa também enfatiza o seguinte:

Entre 2012 e 2016, acompanhando uma **reforma mais abrangente na sistemática da tributação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** com elevações contínuas dos preços dos cigarros acima do crescimento da renda pessoal, observa-se **queda no consumo de cigarros legais**, junto com queda na prevalência de fumantes e **aumento do consumo de cigarros ilegais**. (grifos acrescidos). (INCA, 2019a)



Outrossim, ainda consoante o mesmo estudo, “entre 2016 e 2017 observa-se aumento no consumo de cigarros legais, junto com estabilização da prevalência de fumantes e redução do consumo de cigarros ilegais.” A tendência de consumo de cigarros ilegais para esse lapso temporal é de leve diminuição, indo de 42,8% para 38,5% - diferença de apenas 4,3%. De forma complementar, “tendo em vista que desde o ano de 2016 não houve novo aumento na carga tributária dos produtos de tabaco no Brasil, nota-se uma redução no índice, tornando o produto cada vez mais fácil de ser acessado.” (INCA, 2022c).

Em outros termos, já que não houve elevação de tributação sobre a indústria tabagista, o preço do cigarro ofertado também não sofreu alteração, possibilitando maior acesso econômico de forma legal, inexistindo, portanto, motivos para migração de consumo de cigarros legais para os ilegais. Portanto, o aumento dos impostos e preços dos cigarros influencia a demanda dos cigarros contrabandeados, tese defendida por esse trabalho e ratificada pelos próprios levantamentos do Ministério da Saúde.

A pesquisa “Vigitel 2017 e Estimativa de Consumo de Cigarros Ilícitos no Brasil”, anteriormente citada, pontua que:

Apesar do aumento de apreensões de contrabando pelo trabalho dos órgãos responsáveis pelo aparato de fiscalização, o provável aumento da oferta de cigarros ilegais nas cidades que fazem parte da rota do mercado ilegal pode refletir a situação de impunidade frente a esse ilícito, o que o torna uma prática rentável. Tal fato impacta negativamente nos resultados da Política Nacional de Controle do Tabaco, possivelmente, por diferentes influências: [...]. (INCA, 2019)

A seguinte ilustração demonstra as rotas propostas para entrada do cigarro ilegal no Brasil:



Figura 1 – Rotas propostas para o contrabando de cigarro.

Fonte: INCA, 2019.

Segundo Nelson Leitão Paes (2017, p. 25), “quanto maior a alíquota, maior o lucro recebido pelos contrabandistas e fabricantes ilegais”. Ainda de acordo o autor, “adiciona-se o fato de o custo de produção do cigarro ser muito baixo no Paraguai e um terreno fértil para o contrabando de cigarros do país vizinho para o Brasil fica bem estabelecido” (2017, p. 26).

Paes (2017, p. 26) também reitera que existem outros fatores que facilitam o contrabando. Um deles são as facilidades oferecidas pelo cigarro. Trata-se de um produto que pode ser facilmente transportado, com lucros elevados e cujo canal de distribuição informal muitas vezes já está pronto. Adicionam-se outros fatores como fragilidades institucionais, legislação muito branda e a falta de estrutura nas fronteiras em que há um ambiente propício ao contrabando.

Como mencionado em linhas passadas, pela Teoria da Escolha Racional o infrator reflete antes de cometer algum delito, de modo a maximizar seu bem-estar. Para o caso desse estudo – contrabando de cigarros –, quando da análise dos custos e benefícios, o delinquente se depara com um grande mercado consumidor e inúmeras facilidades para o ato consumativo. Desse modo, os benefícios auferidos pela prática do contrabando são maiores do que os custos, ensejando a prática da atividade ilegal.

Essa assertiva é defendida pelo economista Pery Francisco Assis Shikida (2021), que explica que o cigarro apresenta demanda pouco flexível em relação ao aumento do preço, razão

pela qual o aumento de tributos pode incentivar o uso de produtos substitutos, ou seja, contrabandeados.

Não obstante, a tributação atualmente empregada com o objetivo de elevar os preços finais do cigarro, visando desestimular seu consumo, no caso da existência de produtos substitutos para o cigarro legal, acaba favorecendo o cigarro contrabandeado (SHIKIDA, 2021).

Como alternativa, o autor sugere uma precificação especial apropriada para a indústria tabagista nacional competir com o cigarro, evitando assim a substituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse artigo foi debater a relação existente entre a ampla tributação sobre a indústria tabagista no Brasil - como meio de inibir o consumo e gerar receitas para custear os gastos no sistema de saúde - e o mercado ilícito de cigarros. Para tanto, o trabalho revisou conceitos da abordagem econômica aplicada ao Direito, especialmente, da Teoria Econômica do Crime, com enfoque no critério de eficiência dessa política tributária.

Diante do acervo argumentativo e dos dados expostos, a conclusão que emerge desse estudo é que o aumento das alíquotas do IPI-Cigarro não alcança a finalidade pretendida pela CQCT em razão das externalidades negativas inerentes ao mercado.

Nessa linha de raciocínio, a partir do princípio da racionalidade, depreende-se que por mais que o aumento do valor de um produto determine, em tese, a redução da demanda, a existência de produtos substitutos influencia a escolha racional dos agentes econômicos, visto que consumindo um cigarro contrabandeado, os fumantes conseguem satisfazer suas necessidades por um custo menor. Ou seja, ao invés de minimizar a prevalência por cigarro, a medida adotada reforça a prática de contrabando, pois os consumidores buscam alternativas mais baratas, como o cigarro comercializado ilícitamente, que oferece maior conveniência e perspectivas de lucro aos contrabandistas.

É possível chegar à conclusão, sob a visão da economia do crime, que a incidência tributária do IPI-Cigarro não cumpre com sua finalidade orientada ao interesse público, minando os efeitos pretendidos pela CQCT, além de gerar externalidades negativas, haja vista que o mercado ilícito está intrinsecamente relacionado à evasão fiscal, associações criminosas internacionais, dentre outros delitos, tornando-se evidente que diversos setores da sociedade, como a economia, segurança e desenvolvimento nacional, são impactados negativamente. Ademais, a ausência de fiscalização de controle de qualidade potencializa o risco a saúde de



saude/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/dados-e-numeros-do-tabagismo/custos-atribuiveis-ao-tabagismo. Acesso em: jul. 2022.

_____. *Observatório da Política Nacional de Controle do Tabaco. Preços e Impostos, 2022c*. Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/gestor-e-profissional-de-saude/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/politica-nacional/precos-e-impostos>. Acesso em: jul. 2022.

_____. *Observatório da Política Nacional de Controle do Tabaco. Mercado ilegal de produtos de tabaco, 2022d*. Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/gestor-e-profissional-de-saude/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/politica-nacional/precos-e-impostos>. Acesso em: jul. 2022.

_____. *Vigitel 2017 e estimativa de consumo de cigarros ilícitos no Brasil*. Rio de Janeiro: INCA, 2019. Disponível em: https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//vigitel_2017_e_estimativa_de_consumo_de_cigarros_ilicitos_no_brasil.pdf. Acesso em: jul. 2022

MARGARIDO, Mario Antonio; NICOLA, Matheus Lazzari; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. *Análise da estratégia de redução do consumo de tabaco por meio da elevação dos preços no Brasil sob a ótica da teoria econômica, 2020*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/ppp/210125_ppp55_miolo_art_10.pdf. Acesso em: nov. 2022.

MIJAN, Pedro Henrique Cevallos. *Economia do Crime: as contribuições de Gary Becker, seu desenvolvimento e aplicações atuais, 2017*. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/20296/1/2017_PedroHenriqueCevallosMijan_tcc.pdf. Acesso em: jul. 2022.

PAES, Nelson Leitão. *Uma análise ampla da tributação de cigarros no Brasil, 2017*. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7989/1/ppp_n48_an%C3%A1lise.pdf. Acesso em: jul. 2022.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 13^o ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise Econômica da Expansão do Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2021.

_____. *Intervenção pública e proibição do Insider trading: Eficiência e ultima ratio na responsive regulation, 2015*. Revista de Informação Legislativa, v. 53, n. 210, p.211-238. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/522907> >. Acesso em: jul. 2022.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.



SHIKIDA, Pery Francisco Assis. *Economia do crime: o caso do contrabando de cigarro*. Brasil: Economia e Governo, 2021 Disponível em: < <https://www.brasil-economia-governo.org.br/2021/06/07/economia-do-crime-o-caso-do-contrabando-de-cigarro/>>. Acesso em: jul. 2022.

Sobre os autores:

Fillipe Azevedo Rodrigues | E-mail: rodrigues.cgern@gmail.com

Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) - Centro de Ensino Superior do Seridó (Ceres). Doutor em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Possui Graduação em Direito e Mestrado em Direito Constitucional, ambos pela UFRN. É Formador de Magistrados - para educação presencial e à distância - habilitado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tem experiência nas áreas de Direito, Economia e Educação. Autor dos Livros *O Juiz Professor* (2022 - Dialética), *Análise Econômica da Expansão do Direito Penal* (2014 e 2021 - Del Rey) e *Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado* (2016 - Del Rey). Atleta amador de Jiu-Jitsu (Fx. Roxa) e Judô (2 Kyu).

Andre Melo Gomes Pereira | E-mail: cabocodosertao@hotmail.com

Bacharel em Direito e Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília- UnB. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Centro de Ensino Superior do Seridó - CERES, em Caicó - RN. Juiz de Direito titular de entrância final na 4 Vara Criminal da Comarca de Mossoró-RN.

Cínthya Simara Santos de Souza | E-mail: cinthysimara222@gmail.com

Técnica de Nível Médio em Informática, na Forma Integrado - IFRN (2016-2019); - Jovem Aprendiz - Programador de Sistemas de Informação Comercial Mototec Ltda (2018-2019); - Graduanda em Direito - UFRN (2020 - atualmente); - Estagiária no Gabinete Poder Judiciário do Estado do RN - 3º Vara da Comarca de Caicó (2021 - 2022); - Agente Censitária Supervisora Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2022-2022) - Estagiária na Agência da Previdência Social em CAICÓ.



A mediação Waratiana como política pública eficaz no enfrentamento do fenômeno do superendividamento

Waratian mediation as an effective public policy in confronting the phenomenon of over-indebtedness.

Francisco Ribeiro Lopes¹

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai das Missões. Doutorado. Santo Ângelo (RS). Brasil

Leonel Severo Rocha²

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai das Missões. Professor. Santo Ângelo (RS). Brasil

RESUMO

O trabalho objetiva abordar a mediação em Luis Alberto Warat como uma política pública eficaz no enfrentamento do fenômeno do superendividamento. Salienta-se que o consumidor superendividado coloca em risco a manutenção das suas necessidades básicas, bem como, as de seus familiares, alcançando, de forma direta, a sua dignidade humana. Imperioso mencionar, que o Código de Defesa do Consumidor reconhece o consumidor como a parte em vulnerabilidade por meio dos requisitos jurídicos, econômicos ou técnicos. Assim, a pesquisa pretende responder ao seguinte questionamento: a mediação em Luis Alberto Warat pode ser uma política pública eficaz no enfrentamento do fenômeno do superendividamento? Para responder o questionamento, a pesquisa assenta-se no estudo bibliográfico, o método de abordagem dedutivo que, de acordo com o entendimento clássico que parte do geral para a especificidade e o método de procedimento monográfico, onde um caso pode ser representativo para outros. A mediação em Warat possui um viés humanizado que fomenta a sensibilidade das relações (de um para/com o outro), devendo essa humanização ser aplicada nas relações que envolvam o consumidor superendividado, a

ABSTRACT

The work aims to address mediation in Luis Alberto Warat as an effective public policy in tackling the phenomenon of over-indebtedness. It should be noted that the over-indebted consumer puts at risk the maintenance of their basic needs, as well as those of their family members, directly achieving their human dignity. It is important to mention that the Consumer Protection Code recognizes the consumer as the vulnerable party through legal, economic or technical requirements. Thus, the research aims to answer the following question: how can mediation in Luis Alberto Warat be a public policy that guarantees the existential minimum for the over-indebted consumer? To answer the question, the research is based on bibliographical study, the deductive approach method which, in accordance with the classical understanding that starts from the general to specificity and the monographic procedure method, where one case can be representative for others. Mediation in Warat has a humanized bias that fosters the sensitivity of relationships (from one to/with another), and this humanization must be applied to relationships involving the over-indebted consumer, in order to provide a more positive sphere, actively dialoguing

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7368-0551>

² Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6971-1412>



fim de proporcionar uma esfera mais positiva, dialogando e escutando ativamente, para, posteriormente, construírem uma (possível) solução.

and listening, to later build a (possible) solution.

PALAVRAS-CHAVE:

Mediação; Políticas Públicas; Superendividamento; Waratiana.

KEYWORDS:

Mediation; Public policy; Over-indebtedness; Waratiano.



1. INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo central abordar a mediação em Luis Alberto Warat como uma política pública eficaz de enfrentamento ao fenômeno do superendividamento.

A mediação em Warat proporciona o empoderamento dos atores/atrizes sociais a serem protagonistas, fortalecendo/restaurando as relações e construindo um ambiente propositivo para gerenciar/tratar os conflitos. No caso do superendividamento, essas constatações são de suma importância, haja vista que o consumidor superendividado está em uma condição de extrema vulnerabilidade, ou seja, em vários momentos tal situação fere diretamente a sua manutenção, bem como a da sua família.

Motivado por esses aspectos, a pesquisa pretende responder como a mediação em Luis Alberto Warat pode ser uma política pública eficaz no enfrentamento ao fenômeno do superendividamento? Para responder ao questionamento, a pesquisa assenta-se no estudo bibliográfico, o método de abordagem dedutivo que, de acordo com o entendimento clássico que parte do geral para a especificidade e o método de procedimento monográfico onde um caso pode ser representativo para outros.

A primeira hipótese a ser ressaltada, para responder a indagação, é entender o superendividamento e os seus desafios, elencando dados para demonstrar a aumento preocupante dos consumidores superendividados. Posteriormente, a segunda hipótese menciona a mediação em Luis Alberto Warat e seus benefícios frente à situação consumerista, e como ela pode ser utilizada como uma política pública no enfrentamento do fenômeno do superendividamento.

Ante o exposto, se faz pertinente o estudo, buscando-se por meio da metodologia mencionada, a viabilidade e a aplicabilidade da mediação em Luis Alberto Warat para os consumidores superendividados.

2. SUPERENDIVIDAMENTO: CONCEITOS E APONTAMENTOS SOBRE O FENÔMENO QUE AFETA AOS CONSUMIDORES

O fenômeno do superendividamento origina prejuízos sociais que ferem o consumidor e as relações na esfera econômica, familiar e emocional ocasionando desgastes. A perda do crédito motivado pela negativação de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, caracterizando-o como mau pagador, constitui um dos motivos que assola o consumidor superendividado.



O endividamento, ou superendividamento, do consumidor é um fenômeno que impacta negativamente a vida dos consumidores, uma vez que com a negativação de seu nome, o consumidor fica impedido de realizar suas atividades consumeristas, pois não consegue créditos em estabelecimentos bancários, pois fica taxado como “mau pagador”, perdendo a capacidade de gerenciamento das suas despesas.

O endividamento do consumidor é um fenômeno de grande impacto na vida das pessoas, especialmente por que afeta a sua dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, provocando sua exclusão do mercado de consumo e conseqüentemente a exclusão social, uma vez, que o endividado encontra-se impossibilitado de continuar a consumir produtos ou serviços que a sociedade de massa impõe para aceitação dos indivíduos (PAULA, 2020, p. 442-443).

Conforme Carpena, o superendividamento é um fenômeno social que atinge “[...] o consumidor de crédito, pessoa física, que, agindo de boa-fé, voluntariamente ou em virtude de fatos da vida, contrai dívidas, cujo total, incluindo vencidas e a vencer, compromete o mínimo existencial garantido constitucionalmente” (CARPENA, 2010, p. 232).

Os autores, Lopes e Gimenez (2021, p. 534) esclarecem que “[...] o superendividamento é um fenômeno que atinge, gravemente, o consumidor, pois, coloca em risco suas necessidades básicas, bem como a de seus familiares, pois afeta, de forma direta, a sua dignidade humana”. Nesse mesmo sentido, há “impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé¹⁸, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio” (MARQUES, 2006, p. 256).

No superendividamento os consumidores se distinguem em dois sentidos: o ativo e o passivo. O consumidor superendividado ativo é aquele que se endivida voluntariamente, ocasionado pelas estratégias de vendas. Já o consumidor superendividado passivo é aquele que se endivida por situações externas, tais como: desemprego, redução da renda, divórcio, etc. (SHMIDT NETO, 2009).

Nesse contexto, o superendividado ativo possui duas subdivisões: os conscientes e os inconscientes, sendo o superendividado consciente aquele que contrai a dívida de má-fé, havendo o conhecimento prévio de que não possui condições de adquirir o bem ou crédito, conforme sua condição financeira. No que tange ao consumidor superendividado inconsciente,

¹⁸ Conforme Costa (2000, p. 412) salienta que a boa-fé parte “[...] regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do 'alter', visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”.

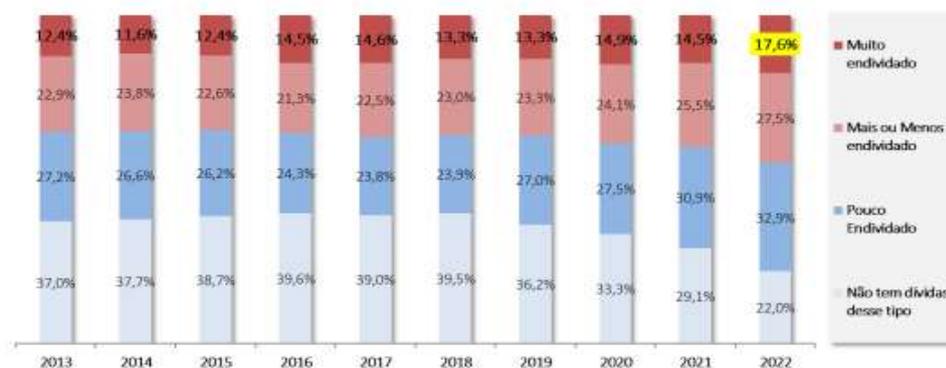


a sua dívida não é adquirida pela má-fé, mas, sim, pela desorganização financeira, sendo que este idealiza a possibilidade de cumprir com suas obrigações, mas não consegue (FINKELSTEIN; MELLO, 2019).

Quando se fala em superendividamento ativo consciente está sendo considerado o caso do consumidor que, sabendo que não possui condições financeiras de adimplir o débito contratado, escolhe mesmo assim concluir o negócio jurídico. Quando se fala em superendividamento ativo consciente está sendo considerado o caso do consumidor que, sabendo que não possui condições financeiras de adimplir o débito contratado, escolhe mesmo assim concluir o negócio jurídico. Situação diferente, contudo, é a do superendividado ativo inconsciente. Nesse caso, a situação do endividamento excessivo surge sem que o consumidor perceba que está contraindo débitos acima de suas capacidades, realizando, assim, seus contratos de boa-fé. (PEREIRA; ZAGANELLI, 2019, p. 7).

A Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor, realizada no ano de 2021, assinala para números alarmantes sobre os consumidores superendividados havendo a necessidade de um regramento para conter esse fenômeno e pedagogicamente educar os cidadãos/cidadãs brasileiros para um propósito de manutenção (do consumidor e seus familiares), conforme se vislumbra no gráfico abaixo.

Gráfico 4. Percepção sobre o nível de endividamento – Percentual médio do total de endividados no Brasil



Fonte: Peic/CNC

Fonte: Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic Nacional), 2021.

O gráfico tem por objetivo demonstrar dados preocupantes, uma vez que apontam que nas famílias mais pobres, o nível de endividamento foi ainda pior: duas em cada dez famílias se sentem muito endividadas, sendo que 23% das famílias endividadas estavam com mais da metade da renda comprometida com dívidas. Tais fatos confirmam que a inflação e os juros elevados afetam mais as famílias de renda baixa e média do que as de maior renda (PEIC NACIONAL, 2021).

Para amenizar os efeitos do superendividamento a Lei n.º 14.181/2021 elencou a necessidade de atenuar a cultura da dívida para cultura do pagamento realizando pedagogicamente uma perspectiva de futuro. A Lei também trouxe um capítulo específico sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, consumidor, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira, assim como atualizou o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90 (BRASIL, 2021).

A atualização do Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei do Superendividamento acarretou avanços, em linhas gerais, como controle da publicidade (artigos 54-B e 54-C), a oferta responsável de crédito e sem assédio de consumo (artigos 54-C e 54-D), a harmonia dos contratos de consumo e de crédito (artigos 52 e 54-F) e cuidados na cobrança de dívidas (artigo 54-G), havendo preocupação direta na prevenção e em novas viáveis medidas para tratar o superendividamento (BRASIL, 2021).

Os avanços mencionados têm por objetivo central o dever de informação, cuidado e cooperação com o consumidor resguardando os direitos e impedindo a exclusão do mercado de consumo ou sua insolvência civil com o superendividamento. Cabe mencionar que o consumidor não tem sua dignidade respeitada quando, em razão de um superendividamento, não puder mais enfrentar suas despesas básicas, pois sua renda ficará designada, quase que de forma exclusiva, a cobertura de dívidas geradas/adquiridas.

Em vista disso, o artigo 6º, XII, da Lei menciona o termo “mínimo existencial” especificando as proibições no mercado de consumo brasileiro, codificadas nos artigos 51, 54-C e 54-G e esclarecendo como se deve dar a concessão informada e racional de crédito, elencadas nos artigos 52, 54-A e 54-D (BRASIL, 2021). Nesse mesmo sentido, o artigo 3º, § 1º, do Decreto n.º 11.150/2022, especifica o mínimo existencial levando em consideração a renda mensal do consumidor e as parcelas vencidas e a vencer que o mesmo possui na relação de consumo, *in verbis*:

Art. 3º No âmbito da prevenção, do tratamento e da conciliação administrativa ou judicial das situações de superendividamento, considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a R\$ 600,00 (seiscentos reais). § 1º A apuração da preservação ou do não comprometimento do mínimo existencial de que trata o **caput** será realizada considerando a base mensal, por meio da contraposição entre a renda total mensal do consumidor e as parcelas das suas dívidas vencidas e a vencer no mesmo mês (BRASIL, 2022).

Importa mencionar a preocupação no dispositivo em regar o consumidor, e não em restringi-lo, pois assim, de forma construtiva, será enaltecida a necessidade de readequação de



suas finanças para que o pagamento de suas dívidas seja efetuado, sem que a sua manutenção, ou a de sua família seja prejudicada.

Cumprido ressaltar que, mesmo havendo essas perspectivas de compreender e contribuir com os consumidores superendividados, se faz necessário um viés informativo e pedagógico, ou seja, mesmo com a legislação tentando amenizar os impactos desse fenômeno há mecanismos autocompositivos que podem cooperar para esse novo olhar ao consumo. Nessa perspectiva, Lopes e Gimenez (2021, p. 542) pontuam a necessidade um olhar mais sensível ao consumidor superendividado,

[...] o consumidor superendividado precisa ser compreendido e por meio de um ato procedimental nem sempre é esclarecido e refletido os ruídos de comunicação, as dificuldades, angústias e todos os sentimentos ocasionados por essa questão conflituosa, ou seja, o conflito é social e deve ser tratado de forma sociológica respeitando os conflitantes e suas arestas.

Portanto, para destacar um viés mais sensível frente às relações dos consumidores superendividados ressalta-se a mediação em Luis Alberto Warat como perspectiva de contribuir e compreender o consumidor e seus desafios. Com esse olhar mais humanizado é possível encontrar respostas para as questões enfrentadas pelos consumidores afetados pelo fenômeno do superendividamento. Por fim, registra-se que, muito além de credores e devedores, as relações são realizadas/vivenciadas por seres humanos.

3. A MEDIAÇÃO EM WARAT COMO POLÍTICA PÚBLICA EFICAZ NO ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

Inicialmente, quando se propõe, ou menciona, o termo “políticas públicas”, se faz necessário esclarecer que inúmeras demandas podem ser abrangidas. As políticas públicas são realizadas levando em consideração uma série de variáveis, assim como observações específicas para sua implementação.

Para uma melhor compreensão será realizada, uma linha de raciocínio elencando alguns autores que estudam sobre a temática e sua complexidade. Para o autor Lasswell (1956) a expressão política pública, leva em consideração a análise de ações governamentais na esfera científica e acadêmica. Por sua vez o autor Easton (1984) esclarece que a influência de alguns grupos, podem gerar resultados nas políticas públicas.

A análise de políticas públicas diz respeito ao modo pelo qual o comportamento dos agentes políticos pode afetar as decisões. [...] esse ramo de estudos surgiu porque os especialistas queriam compreender melhor como as decisões eram tomadas em termos concretos, em particular até que



ponto elas eram (ou poderiam ser) tomadas ‘racionalmente (OUTHWAIRE; BOTTOMORE, 1996, 84-85).

Registra-se que o termo política pública, caracteriza-se e se efetiva quando há uma harmonização entre agentes sociais e sua posição na estrutura social, ou seja, de extensões econômicas e políticas. Nesse contexto, é possível salientar que a política pública é “[...] o espaço de tomada de decisões autorizada ou sancionada por intermédio de atores governamentais, compreendendo atos que viabilizam agendas de inovação em políticas ou que respondem a demandas de grupos de interesse” (COSTA, 1998, p.7).

As políticas públicas não devem ser enleadas como a prestação de serviço público, mas sim, em “[...] linhas de ação coletiva que concretiza direitos sociais declarados e garantidos em lei. É mediante as políticas públicas que são distribuídos ou redistribuídos bens e serviços sociais, em resposta às demandas da sociedade” (CUNHA; CUNHA, 2002, p. 12).

A sociedade possui temas sensíveis que podem ser amparados e amenizados pelas políticas públicas, sendo apropriado para almejar e efetivar o bem-estar da sociedade bem como o interesse público. Para abranger esses efeitos em diferentes áreas e gerar o bem-estar da sociedade, os governos empregam das chamadas políticas públicas que podem ser deliberadas como o conjunto de decisões e ações do governo para o enfrentamento e para solucionar as dificuldades apresentadas pela sociedade.

Com esse viés, as políticas públicas podem ser direcionadas para várias situações, tais como: educação, saúde, acesso à Justiça, etc. (LOPES, 2008).

[...]as Políticas Públicas são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público. É certo que as ações que os dirigentes públicos (os governantes ou os tomadores de decisões) selecionam (suas prioridades) são aquelas que eles entendem serem as demandas ou expectativas da sociedade. Ou seja, o bem-estar da sociedade é sempre definido pelo governo e não pela sociedade. Isso ocorre porque a sociedade não consegue se expressar de forma integral. Ela faz solicitações (pedidos ou demandas) para os seus representantes (deputados, senadores e vereadores) e esses mobilizam os membros do Poder Executivo, que também foram eleitos (tais como prefeitos, governadores e inclusive o próprio Presidente da República) para que atendam às demandas da população (LOPES, 2008, p.05).

Dessa forma, a política pública será utilizada como a “política engloba tudo o que diz respeito à vida coletiva das pessoas em sociedade e em suas organizações” (HEIDEMANN, 2009, p. 28), assim como, incluindo as ações e diretrizes políticas. Cabe mencionar, que a política pública possui a finalidade central de contemplar o coletivo, criando situações de forma micro e macro para serem aproveitadas de forma a suprir uma determinada demanda.



Como forma de adequar algumas questões estruturais do nosso país, a mediação de conflitos pode ser uma importante ferramenta para gerenciar os conflitos em nossa sociedade, assim como, tornar possível que os atores e atrizes sociais sejam protagonistas em suas questões. Diante desse cenário, efetivar políticas públicas de incentivo e de aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, por meio da Resolução n.º 125/2010 e Lei n.º 13.140/2015, implica em fomentar incentivos para alcançar a cultura de pacificação social.

É perceptível que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) trouxe a mediação e a conciliação para redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses. Registra-se que o presente trabalho não tem por finalidade analisar a mediação institucionalizada pelo CNJ, mas se faz necessário consignar a preocupação com o aumento das demandas judiciais e seus desafios.

É de extrema relevância proporcionar um olhar diferenciado frente às demandas e a mediação em Luis Alberto Warat¹⁹ proporciona aos atores/atrizes sociais caminhos viáveis para suas arestas, bem como empodera os mesmos a (re)construírem suas relações. É preciso compreender que a mediação é sociológica e não tratada pela esfera procedimental, ou seja, a mediação waratiana possui um cunho pedagógico que fomenta a cultura mediadora e a necessidade de um olhar humanizado perante o outro.

A mediação em Luis Alberto Warat, também chamada de Mediação Waratiana, versa em uma técnica de tratamento de conflitos capaz de elucidar e sanar as possíveis controvérsias com base no diálogo, respeito e na transformação dos envolvidos, incentivando o protagonismo dos sujeitos como uma forma pedagógica na construção de cidadania (LOPES; BERTASO, 2022, p.41)

(Re)constituir as relações por meio do diálogo, estimulando e adequando olhares múltiplos sobre a relação, amenizando os ruídos de comunicação e proporcionando aos conflitantes a encontrarem suas oportunas decisões são expectativas da mediação em Luis Alberto Warat. A transformação por meio da mediação é que a “[...] sabedoria decorre da experiência e do conflito vivido por uma consciência alerta; a submissão à experiência de sentir possibilitará que o medo do desconhecido seja destemor, a raiva do outro seja compaixão, e o ódio sentido se transforme em amor” (GIMENEZ, 2018, p. 23).

¹⁹ Para uma melhor compreensão da trajetória do Professor Luis Alberto Warat, menciona que na “construção de seu magistério, Luis Alberto Warat foi um grande pensador que, a partir de um vasto conhecimento do Direito, percorria pela filosofia, psicanálise, literatura e a teoria do Direito, de modo que, influenciou e continua influenciando pesquisadores destas áreas de investigações” (ROCHA, 2012).



Percebe-se que a mediação em Warat elenca os sentimentos nas relações, não havendo o cunho central no acordo, mas sim, na reflexão necessária de compreensão, no sentido mais amplo da palavra, do conflito e o papel dos conflitantes, havendo um resgate sobre as relações. A mediação em Warat “[...]é uma terapia do amor que proporciona a (re)construção da autonomia, emancipação dos atores sociais, sendo o autoconhecimento a forma transformativa das relações e não apenas o foco no acordo como uma solução das relações” (LOPES; BERTASO, 2022, p. 42).

Para Warat (2018, p. 17) a mediação não pode ser pensada e aplicada unicamente em termos jurídicos, mas sim em “uma técnica ou um saber que pode ser interpretado nas mais variadas instancias”. Nesse viés, é possível afirmar que a mediação é sociológica e não jurídica, logo, a cultura da judicialização e a cultura adversarial podem ser suavizadas pelo diálogo.

A mediação ultrapassa a dimensão de resolução não adversária de disputas jurídicas. Ela possui incidências que são ecologicamente exitosas, como a estratégia educativa, como a realização política da cidadania, dos direitos humanos e da democracia. Dessa forma, produz um dever de subjetividade que indicam uma possibilidade de fuga da alienação. A mediação deve ser encarada como uma atitude geral diante da vida (WARAT, 2004, p. 66).

De certo que a humanização dos desafios da sociedade contemporânea deve ser vista como uma possibilidade de (re)ver novas oportunidades/possibilidades para os estados conflituosos, em outras palavras, os conflitos devem ser observados de forma positiva, assim como, possibilitar que o outro possa expressar sua percepção sobre as circunstâncias que ensejaram o desentendimento.

[...] o reconhecimento do outro não é somente uma atitude, mas impõe formas de organização social, opostas em seu conjunto às que tinham sido criadas pela liberdade dos antigos. A filiação à coletividade, o espírito cívico, portanto a participação em ações e símbolos coletivos, devem ceder lugar ao encontro tão direto quanto possível com o outro. Em vez da mobilização para um objetivo comum, a escuta e o debate (TOURAINÉ, 1996, p. 263).

Faz-se necessário constatar que a mediação em Warat, com esse perfil mais sensível, pode cooperar com o consumidor superendividado, sendo uma importante ferramenta social no gerenciamento dos conflitos e no restabelecimento do entendimento entre os conflitantes. O crescente número de consumidores afetados pelo fenômeno do superendividamento caracterizam a falta de conscientização desenfreada pelo consumo, aumentando as demandas judiciais, justificando-se, nessa ótica, a mediação em Warat como meio para retomar o equilíbrio entre os atores em conflito, enaltecendo a necessidade de colocarem-se no lugar do outro, harmonizando o diálogo.



Seguramente a mediação waratiana pode expandir as possibilidades de entendimento, cooperando com o consumidor superendividado, tornando possível seu sustento que, muitas vezes, está prejudicado pelas dívidas adquiridas, ou seja, a mediação abarca a conscientização dos envolvidos.

Do mesmo modo, possibilita ampliar as possibilidades realizadas pelos atores sociais, de maneira a construir que os mesmos sejam capazes de se entenderem para (re)constituir as relações para, posteriormente, criarem os caminhos para uma possível solução. É nessa perspectiva, que a Lei n.º 14.181/2021 trouxe uma preocupação em que o consumidor superendividado seja capaz de resgatar seu poder de pagamento, mas para isso acontecer, credor e devedor precisam dessa sensibilidade, a qual é proporcionada pela mediação em Luis Alberto Warat.

Portanto, instruir-se a conhecer, significa que o conhecimento não deve ser entendido como algo completo e acabado, mas conhecer é um processo dinâmico e contextualizado, logo, é indispensável adaptá-lo às demandas individuais e coletivas, reinventando o pensamento sem reproduzi-lo, procurando a passagem da curiosidade na codificação de uma sociedade mais equilibrada.

A mediação vem ultrapassando barreiras e exercendo um importante papel social, enaltecendo a cidadania responsável, sendo um importante estímulo social, bem como promove a cultura da paz e a cooperação em prol do coletivo, ou seja, “a mediação assume uma faceta/função de caráter mais social” (ROCHA; GUBERT, 2017, p. 121).

Nesse contexto, (re)estruturar as relações e, principalmente, a comunicação é um dos grandes papéis da mediação, oportunizando aos conflitantes a possibilidade do diálogo ser propositivo e restaurativo. É com essa estrutura que a mediação proporciona a exposição de sentimentos e uma reflexão aos atores/atrizes sociais.

A mediação vem estruturada para amparar todo e qualquer tipo de conflito, objetivando a reestruturação da comunicação, conforme afirmam Rocha e Willani.

[...] vem especificamente estruturada para comportar e amparar, em tese, todo e qualquer tipo de conflito, tendo como primazia a reestruturação da comunicação. Metaforicamente, pode-se afirmar que ela trata a relação que se encontra enferma com os remédios necessários, abrindo espaço para a exposição de sentimentos e conversação tranquila, valorando o que sentem necessidade de expor e de melhorar. Assim, dá largos passos para uma resposta mais eficaz, transformando o conflito em algo construtivo (ROCHA; WILLANI, 2015, p. 124).

A mediação waratiana pode colaborar de forma positiva nas demandas do superendividamento, restabelecendo o entendimento nas relações consumeristas, sendo de



extrema necessidade a compreensão e cooperação dos envolvidos. Nesse modo, a mediação é uma importante ferramenta que possibilita esse misto de sensações que evidenciam que, acima das relações consumeristas, há pessoas e suas dificuldades, bem como suas vivências e desafios.

Com o restabelecimento das relações por intermédio da mediação é possível realizar acordos viáveis no superendividamento, consistindo em uma relação humana e não procedimental, ou seja, “um modelo de observação fundado em uma perspectiva sistêmica em que a comunicação se originasse autopoieticamente desde a incorporação do outro em um “nós” (ROCHA; WILLANI, 2015, p. 117).

Dessa maneira, a mediação em Warat possui sua aplicabilidade, restaurando os vínculos, as necessidades e despertando os sentimentos para gerenciar os conflitos e, no caso em tela, o consumidor superendividado precisa ser compreendido. Importante mencionar que, na mediação envolvendo o consumidor superendividado, precisa haver acolhimento, sensibilidade, reflexão e tornar possível que o credor se sinta pertencente para entender o seu contexto atual e que o diálogo restabelecido é para que os envolvidos compreendam que não é o “ele”, mas sim, o “nós”. Por isso a mediação em Warat é a perspectiva positiva para tratar/gerenciar o conflito e seus desdobramentos.

Assim, a mediação waratiana possui esse viés de conectar os conflitantes, e os próprios conseguem dimensionar suas condutas e refletir sobre a situação, destacando suas percepções, do mesmo modo, que estimula a escuta ativa. Essas percepções adequam um espaço propositivo para gerenciar os conflitos ocasionados pelo fenômeno do superendividamento.

Na mediação a verdade do conflito é compartilhada. Uma verdade é uma ação cooperativa, pois as pessoas se transformam juntas dentro de seus próprios conflitos. Cabe ao mediador auxiliar as pessoas a redescobrir a comunidade, a reencontrar-se com a paixão de estar-em-comum (GIMENEZ, 2018, p. 57).

Por conseguinte, a mediação é “[...] uma arte, “a arte de compartilhar”, sua análise terá como fio condutor o restabelecimento da comunicação entre as partes, sem a imposição de regras, auxiliando-as a chegar a um reconhecimento recíproco que produza uma nova percepção do conflito” (SPENGLER, 2016, p. 174).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, tem realizado um amplo movimento ao superendividamento, havendo uma preocupação sobre o tema e um direcionamento elogiável para colaborar com essa condição que assola muitos brasileiros/brasileiras.



Dito isso, é forçoso constatar que a mediação waratiana, por suas características consegue acolher o consumidor superendividado, proporcionando um ambiente colaborativo e evolutivo, sendo capaz de aproximar os envolvidos. É com esse viés humanizado que a mediação precisa/necessita ser efetivada, com o objetivo de (re)estabelecer condições e perspectivas melhores. Não é adequado tratar o fenômeno do superendividamento com o foco no acordo, mas sim, fomentar uma condição pedagógica para que os impactos sejam amenizados.

Logo, no caso do fenômeno do superendividamento, a mediação em Warat seria o meio adequado para tornar possível um reequilíbrio (econômico, retornar a consumir, etc) aos consumidores, isto significa dizer, que credor e consumidor são capazes de conversarem e compreenderem a magnitude da conjuntura de cada um. É por meio de um ambiente reflexivo, humanizado e acolhedor que se pode tornar viável novas posturas e condições para viabilizar políticas públicas afetivas e efetivas.

Por fim, reconhecendo a atividade proposta pelo Conselho Nacional de Justiça, e por todo o exposto, é cristalino que a mediação em Luis Alberto Warat é uma filosofia de vida, que visa respeitar as divergências e oportunizando aspectos positivos quando houver conflitos. Especificamente no caso do fenômeno do superendividamento, a aplicabilidade da mediação em Luis Alberto Warat é uma perspectiva que pode cooperar com a sociedade tornando possível um consumo consciente, equilibrado e responsável.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa possibilitou a reflexão sobre a possibilidade de aplicação da mediação em Luis Alberto Warat nas questões dos consumidores superendividados e suas especificidades. No primeiro momento, foram realizados apontamentos sobre o superendividamento, suas características e dados específicos sobre a grave situação vivenciada por inúmeros brasileiros superendividados e posteriormente a mediação waratiana, seu viés de empoderamento, construção das relações e possibilidades de compreensão entre os conflitantes.

Abranger o consumidor superendividado é se preocupar com a vida, haja vista que uma pessoa que não consegue se manter, está em estado de vulnerabilidade de fato, não havendo condições mínimas para sua manutenção e de seus familiares. Caso de extrema necessidade, pois



se não há crédito como realizar as atividades do cotidiano (alimentos, contas básicas/necessárias, etc).

Salienta-se que para entender as causas que ensejaram o superendividamento, necessita-se de um viés sensível para deixar que as relações consumeristas sejam as mais humanizadas possíveis, tornando viável o diálogo sem qualquer tipo de julgamento. Para essa posição incidir, precisa-se de um ambiente acolhedor, respeitoso, escuta ativa e diálogo propositivo, sendo um ambiente restaurativo, como preceitua a mediação em Warat.

Com esse aspecto, é possível fomentar um ambiente positivo que incentive que os conflitantes proponham e acolham as percepções divergentes, harmonizando a situação e respeitando os limites de cada um. A mediação em Warat possui esse tratamento/gerenciamento de restaurar as relações e oportunizar aos atores/atrizes sociais uma sinergia na construção das possíveis soluções do/para conflito. É com essa posição sociológica que a mediação precisa ter no caso em tela, ou seja, humanização.

A mediação Waratiana pode colaborar com o consumidor superendividado construindo elementos essenciais para restaurar as relações ocasionando um verdadeiro aspecto positivo tornando possível que credor e devedor consigam dialogar, se compreender e harmonizar suas divergências. A implicação da mediação waratiana é pedagógica sendo um caminho humanizado que valora os sentimentos dos conflitantes e os mesmos são capazes de realizar a partir das suas expectativas a melhor decisão.

É possível viabilizar um ambiente que proporcione uma compreensão dos envolvidos, consistindo em um amadurecimento do caso concreto por meio do diálogo propositivo, do respeito, da compreensão das divergências e da necessidade de compreensão de ambos para posteriormente encontrarem a decisões que seja capaz de abarcar as demandas de forma que respeitem os limites do consumidor, sem prejudicar sua manutenção e/ou sua família.

Dessa forma, dedicar-se a mediação em Luis Alberto Warat é acreditar da capacidade do ser humano de dirimir suas divergências, gerenciando os conflitos em um viés humano e sociológico, não apenas focado exclusivamente no acordo (que por vezes não é efetivo), mas sim, na construção das relações (da forma mais ampla do seu significado).

5. REFERÊNCIAS

CARPENA, Heloísa. *Contornos atuais do superendividamento*. in MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.) *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Iuris, 2010, p. 232.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO, BENS, SERVIÇOS E TURISMO (CNC). *No auge da pandemia, endividamento encerra o trimestre no maior nível, em seis meses: O percentual de famílias com dívidas no País cresceu pelo quarto mês, finalizando*. Brasília, 2021d. 4 p. Disponível em: <http://stage.cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-einadimplencia-doconsumidor-peic-marco-1> Acesso em: 09 mai 2022.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pg. 412.

COSTA, N. do R. *Políticas públicas, justiça distributiva e inovação: saúde e saneamento na agenda social*. São Paulo: Hucitec, 1998.

COSTA, Bruno Andrade. *Controle judicial de políticas públicas e o processo constitucional: gestão processual, negociação e soluções*. Curitiba: Juruá, 2015.

CUNHA, E. da P.; CUNHA, E. S. M. *Políticas públicas sociais*. In: CARVALHO, A.; SALLES, F., GUIMARÃES M.; UDE, W. *Políticas públicas*. (org.) Belo Horizonte: UFMG; PROEX, 2002. pp. 11-26.

EASTON, D. *The Political System: An Inquiry into the State of Political Science*, New York: Knopf, 1953.

FINKLSTEIN, Maria Eugenia Reis. MELLO, Marcus Vinícius Ramon Soares. *Superendividamento: conceito, classificação, modelo de tratamento, oferta de crédito e abordagem atual*. Revista dos Tribunais, v. 86, 2019, p. 81-120.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O novo no direito de Luis Alberto Warat: Mediação e Sensibilidade*. Curitiba: Juruá, 2018.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análises*. Brasília: UnB, 2009.

LASSWELL, H. D. *Politics: Who Gets What, When, How*. Cleveland: Meridian Books, [1936]1956.

LOPES, FRANCISCO RIBEIRO; MARTINS BERTASO, J. *A mediação em Warat e o direito fraterno na situação sanitária COVID-19*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, [S. l.], v. 38, n. 1, p. 35–50, 2022. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/473>. Acesso em: 20 mai. 2022.



LOPES, Francisco Ribeiro; GIMENEZ, Charlise Paula Colet. A mediação em Luis Alberto Warat e o superendividamento: uma perspectiva (im)possível nas relações consumo? In: *Anais do XII Seminário Nacional de Defesa do Consumidor, VIII Seminário Nacional de Defesa do Consumidor, IV Encontro de Balcões de Consumidor, IX Encontro Regional de Procons e a I Mostra de Trabalhos Científicos*. Org. MARQUES, Claudia Lima; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; SILVA, Rogério da. 2021, p. 534-551. Disponível em: <E-BOOK- UPF- WARAT E SUPERENDIVIDAMENTO.pdf> acesso: 25 mai. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima. *Sugestões para Uma Lei Sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Crédito ao Consumo*: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul: Revista dos Tribunais, 2006, pg. 256.

OUTHWAITE, W.; BOTTOMORE, T. (Ed.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

PAULA, Ana Cristina Alves de. A Proteção do Consumidor Superendividado no Direito Estrangeiro e no Brasil. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; JAQUES, Marcelo Dias; COPELLI, Giancarlo Montagner. *Políticas Públicas no Brasil: Ensaio para uma Gestão Pública voltada à Tutela dos Direitos Humanos*. V. II, Tomo II. Santa Catarina: Dom Modesto, 2020. p. 442-443 (434-451).

PEREIRA, Andressa; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Superendividamento do consumidor: prevenção e tratamento sob o prisma da dignidade da pessoa humana*. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 19, n. 1, p. 89, 9 abr. 2019, p. 07.

Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic Nacional). Disponível em: <http://stage.cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-marco-1>. Acesso em 27 Mai. 2022.

ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, [S. l.], v. 33, n. 1, 2017. Disponível em: <<https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/154>> Acesso em: 25. Maio de 2022.

ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora/São Leopoldo: Unisinos, 2012.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Scheila. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/4f8d2dab1f07d43b66312cdea67cd4eb.pdf>> acesso em 27 de Maio de 2022.

SCHMIDT NETO, André Perin. *Superendividamento do consumidor*: conceito, pressupostos e classificação. Revista dos Tribunais, v. 71, 2009, p. 09-33.



SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: Por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2ª ed. Ijuí, RS: Editora Unijuí: 2016.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia?* 2ª ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Florianópolis: EModara, 2018.

_____. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Coordenadores Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b, v. III.

Sobre os autores:

Francisco Ribeiro Lopes | E-mail: franciscorlopes@icloud.com

Doutorando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Santo Ângelo, na linha de pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos; Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Santo Ângelo (Bolsista CAPES); Especialista em Conciliação e Mediação de Conflitos pelo Centro de Mediadores e Instituto Superior de Educação; Especialista em Advocacia do Direito Negocial e Imobiliário pela Escola Brasileira de Direito; Especialista em Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura Federal e Universidade de Caxias do Sul; Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria; Membro da Academia de Letras e Artes Sepeense (ALAS) cadeira de n 15 - Carlos Drummond Andrade; Pesquisador no Grupo de Estudos sobre Conflito, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus de Santo Ângelo/RS; Pesquisador no Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Transformação Social da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro; Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas e Trabalho Pedagógico na Educação Profissional da Universidade Federal de Santa Maria; Mediador de Conflitos na Prefeitura Municipal de São Sepé/RS (2021/2022); Coordenador Adjunto na 8 Coordenadoria Regional de Educação - CRE/RS . Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA). Avaliador do INEP/MEC.

Leonel Severo Rocha | E-mail:leonel.rocha@icloud.com

Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982), Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989), Revalidado como Doutor na área do Direito, pela UFSC, em 13/02/2003, conforme processo 23080.025472/2002-06 e Resolução n.01/CNE/2001) e Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce - Itália. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, bem como Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), onde Coordena a Cadeira Warat; Professor Visitante da Faculté de Droit da Universidade de Paris 1. Bolsista Produtividade do CNPq. Foi Coordenador Executivo (2012-2018) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (Mestrado e Doutorado,



Capes 6). Representante Titular da Área do Direito no CNPq-2016-2019 .Presidiu a Comissão de Direito do PROEX-Unisinos-2012-2018. Foi Coordenador e Professor Titular do PPGD-UFSC (Mestrado e Doutorado, Capes 6). Consultor da Capes e da Fapergs. Vice-Presidente da região Sul do CONPEDI. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, trabalhando principalmente os seguintes temas: Teoria dos Sistemas Sociais, Constitucionalismo, Democracia e Teoria do Direito, tendo orientado até o momento, mais de 200 Dissertações, Teses e Supervisões de Pós-doutorado. Coordena Projetos de grande impacto internacional, com financiamento do CNPq, Fapergs e Capes, em colaboração com Instituições Estrangeiras e pesquisadores do Chile, Espanha, Itália, Alemanha e França. Índice H 23 e Índice i10 57 (2020). Professor Leonel has an undergraduate degree from Law and Social Sciences at the Federal University of Santa Maria (1979). He has a Master degree on Law from the Federal University of Santa Catarina (1982), a Doctor degree from École des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) and a Post-doc from the Università degli Studi di Lecce. Currently he is a full Professor and Executive Coordinator of Postgraduate Programme in Law at the Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Master and Doctor degree, Capes 6), and full Professor at the Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), He is also a CNPq researcher. His main research interests concern Law, focusing on its General Theory, the Social Systems Theory and the Law Theory.



Responsabilização do agente público por omissão administrativa: viabilidade da propositura da ação popular cumulada com danos morais coletivo, sob uma ótica do princípio da dignidade da pessoa humana

Accountability of public agent for administrative omission: feasibility of bringing popular action coupled with collective moral damage, under a view of the principle of human dignity

*Ariane Brito Cal Athias*¹

Universidade da Amazônia. Professora. Belém (PA). Brasil

*Emanuel Pinheiro Chaves*²

Consultor jurídico. Advogado. Belém (PA) Brasil

RESUMO

O presente artigo discorre sobre a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio estruturante em um Estado Social de Direito, sob a perspectiva neoconstitucional do direito contemporâneo, na atuação estatal, especificamente por meio do ato omissivo administrativo do agente público no exercício da sua função, ocasionando danos de interesse transindividual e, conseqüentemente, acarretando na responsabilização civil do Estado. Diante dessa situação jurídica, discute-se a possibilidade do cidadão em propor a ação popular para anular o ato público lesivo e, objetivando ressarcir o dano coletivo cumular o pedido de indenização por danos morais coletivos, na ação popular, para minimizar a ofensa ao bem jurídico tutelado.

ABSTRACT

This article discusses the violation of the principle of human dignity, a structuring principle in a welfare state under the neoconstitutional perspective of contemporary law, in state action, specifically through the administrative omissive act of the public agent in the exercise of its function, causing damage of transindividual interest and, consequently, leading to civil liability of the State. Given this legal situation, we discuss the possibility of the citizen to propose a popular action to annul the harmful public act and, in order to compensate the collective damage, cumulate the request for compensation for collective moral damages, in the popular action, to minimize the offense to the protected legal interest.

PALAVRAS-CHAVE:

Dignidade da pessoa humana; Omissão administrativa; Responsabilização civil do estado; Dano moral coletivo; Ação popular.

KEYWORDS:

Human dignity; Administrative omission; Civil responsibility of the State; Collective moral damage; Class action.

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2887-1989>

² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3563613735309222>



1. INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é um dos principais fundamentos de qualquer ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito, o qual orienta os demais direitos e princípios fundamentais nas relações sociais em uma sociedade.

Esses direitos fundamentais possuem como característica mais proeminente uma carga valorativa construída e normatizada no princípio da dignidade da pessoa humana, o que os dá forte carga axiológica e os posiciona em uma hierarquia superior no ordenamento jurídico (Vieira Junior, 2015, p. 85-89).

Nesse contexto, imprescindível mencionar a ideia de proteção estatal, por meio de políticas públicas que protegem tanto os direitos fundamentais individuais e sociais, quanto os direitos fundamentais coletivos, assim entendidos como aqueles que visam a tutela dos bens jurídicos como direitos básicos e vitais de uma sociedade.

Levando em consideração a busca por esse direito, que muitas vezes se encontra violado por atos praticados, em regra, por agentes políticos eleitos pelo povo, a ação popular é uma alternativa para impugnar tais atos, a qual atribui ao cidadão a legitimidade para impugnar tais atos, a fim de aniquilar o desvirtuamento de finalidades das ações públicas.

Ademais, tal ação constitucional não se limita a simples decretação de nulidade do ato público lesivo, mas também a imputação de condenação a danos morais coletivos diante da violação ao direito coletivo violado. Por vezes, a mera sustação do ato não efetiva a garantia constitucional pleiteada.

Outrossim, será abordada a responsabilidade civil do Estado, diante dos atos lesivos praticados pelos agentes públicos no exercício da sua função atribuída pelas premissas Constitucionais, e normas do direito brasileiro.

Desta forma, busca-se discutir sobre a viabilidade de propositura da ação popular cumulado com pedido de danos morais coletivos em prol da sociedade por atos omissos do agente público no exercício das suas funções, diante da ofensa à coletividade, nos termos das legislações vigentes, assim como ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

O princípio da dignidade da pessoa humana está enraizado no texto constitucional brasileiro (art. 1º, inciso III, CF) e nos tratados internacionais de direitos humanos, como



fundamento basilar de um Estado Democrático de Direito que transmite a ideia de igualdade substancial entre a população.

Ademais, ensina Ingo Sarlet (2013, p. 21), o fato é que esta – a dignidade da pessoa humana – continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de direito.

Da mesma forma, leciona Sarmiento (2016, p. 28), a dignidade da pessoa humana “envolve a concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração.” Desta feita, sob a ótica individual, o ser humano pelo simples fato de ser, merece ser tratado com respeito e dignidade.

Nesse contexto, importante ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana está umbilicalmente relacionado, também, com os direitos da coletividade, assim conhecidos como a terceira dimensão dos direitos humanos¹, uma vez que o referido princípio não pode ser vislumbrado como a simples satisfação do interesse individual ou a atuação estatal positiva na atividade econômica, mas também por alcançar direitos inerentes à humanidade/sociedade, tais como o meio ambiente ecologicamente equilibrado².

Nesse sentido, para Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 114), o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, como o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

É a partir da premissa de Estado Social de Direito, com a positivação e concretização dos direitos fundamentais aos seus cidadãos, por meio de políticas públicas visando a tutela dos direitos sociais que surge a ideia de garantia, por parte da Administração Pública, de destinação de recursos públicos para preservar o mínimo e proporcionar uma vida digna à população, caso contrário, a essência do princípio da dignidade no contexto social não atingiria seu objetivo. Nesse diapasão, mister frisar que o princípio da dignidade está intrinsecamente relacionado com o princípio do mínimo existencial.

Nesse contexto, Barroso (2014, p. 85) entende que o mínimo existencial, portanto, está no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos, cuja existência como direitos realmente fundamentais é hoje paradigma constitucional — não sendo mais vistos como meros privilégios dependentes do processo político. Ora, o Estado, no seu dever de atuação, mesmo em casos de



omissão (fato administrativo), pode causar prejuízo à coletividade e, como principal ator na preservação dos direitos sociais, pode ser punido pela inércia na manutenção de direitos fundamentais coletivos.

Ressalte-se que o preceito de mínimo existencial relaciona não somente os direitos fundamentais previstos no Título I, Capítulo I e II da CRFB, mas todas as normas do texto constitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 939/DF, julgada em 1993.

Coligado a este direito fundamental de manutenção do mínimo existencial no contexto da coletividade está a vedação de retrocesso social. Nas palavras do ex-Ministro Celso de Mello:

O postulado da proibição do retrocesso social, cuja eficácia impede – considerada a sua própria razão de ser – sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, que não pode ser despojado, por isso mesmo, em matéria de direitos sociais, no plano das liberdades reais, dos níveis positivos de concretização por ele já atingidos (Mello *apud* Ramos, 2020).

Pelo entendimento apresentado, como é possível visualizar, a vedação de retrocesso não mais é do que a luta pelo respeito e permanência dos direitos já conquistados, sob pena de ofensa à dignidade humana.

Como já exposto, a ideia de um Estado Social de Direito, como a república brasileira, visa o dever de garantir à população condições dignas de existência, positivada no ordenamento jurídico nacional e internacional, caso contrário, estaria acontecendo o que o professor Ivo Dantas denomina de “hiato constitucional”, ou seja, “um choque entre o conteúdo da Constituição Política e a realidade social” (Dantas, 1996, p. 18).

Transpondo nosso raciocínio para o âmbito do Direito Administrativo, percebemos que com a constituição os direitos fundamentais se tornaram centrais para atuação administrativa do Estado, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade, uma vez que Estado e Direito existem para proteger e promover direitos fundamentais (Hirsch; Silva, 2022, p. 117).

Isto nos leva à ideia de juridicidade, como princípio da Administração Pública. A transição da legalidade para a juridicidade é entendida como:

A superação de paradigma em que a administração pública rompe a exclusiva vinculação direta dos seus atos à lei, pautados na autorização do legislador, para a vinculação direta dos seus atos à Constituição, pautados em princípios e regras (Hirsch; Silva, 2022, p. 117)

Essa ideia está permeada em todos os atos administrativos, vinculados e discricionários. Assim poderemos balizar a ideia que apresentaremos, em que a omissão do Estado permitirá,

com base na violação da juridicidade por violação dos direitos fundamentais, o cabimento da Ação Popular. Nesse sentido:

Frise-se que a ideia de juridicidade administrativa pressupõe o vínculo da administração pública ao ordenamento jurídico sistêmico baseado em princípios e regras constitucionais, cujo poder-dever encontra fundamento nos direitos fundamentais e no regime democrático (Hirsch; Silva, 2022, p. 119).

Isto se dá em razão da forte vinculação existente entre direitos fundamentais e políticas públicas, que é justamente o tipo de resultado positivo que se espera ao combater uma omissão administrativa de agente público. Este é, sem dúvidas, o fundamento do controle judicial de políticas públicas. A vinculação acontece pois:

A Constituição Federal de 1988 apresenta um catálogo de direitos fundamentais cuja concretização se dá através de políticas públicas gerais e setoriais de caráter multidisciplinar. Baseado no respeito à dignidade da pessoa humana, o texto constitucional contém normas para a garantia universal de direitos, em especial os direitos sociais (Hirsch; Silva, 2022, p. 127).

O controle judicial de políticas públicas nada mais é que a avaliação da legalidade dos atos administrativos, mas legalidade interpretada à luz do nosso Estado Social e Democrático de Direitos, ou seja, legalidade é cumprir o propósito constitucional. Este ditame se traduz nas palavras de Carvalhaes (2019, p. 77):

Para cumprir o propósito constitucional, o poder judiciário é legitimado a exercer o controle judicial de políticas públicas que, em razão de ação ou omissão dos demais poderes Executivo e Legislativo, não promoveram a satisfação integral dos direitos fundamentais.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade Civil do Estado ou extracontratual, conforme Maria Sylvia Zanella de Di Pietro (2020, p. 488) “corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos e omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a referida responsabilidade encontra-se disposta no art. 37, § 6º, na Carta Magna de 1988, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.



Como observado, a responsabilidade civil do Estado encontra-se disposta no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, na qual assevera que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Para a configuração da Responsabilidade civil estatal é de suma importância que se demonstre o nexo de causalidade entre os danos causados e a conduta tanto das pessoas jurídicas de direito público quanto das de direito privado prestadora de serviço público, sendo desnecessária a prova de culpa, pois o ato não precisa ser ilícito, basta a comprovação do dano e o nexo causal entre a atividade estatal e o resultado danoso.

Na norma supracitada, o Brasil adotou a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, em relação aos danos que seus agentes causarem a terceiros. Possui como base a Teoria do Risco, na qual toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

De acordo com a doutrina majoritária, a posição vigente acerca do fundamento no âmbito estatal não se refere à Teoria do Risco Integral, mas sim à Teoria do Risco Administrativo, na qual a responsabilidade do Estado pode ser atenuada, se provada a culpa parcial e concorrente da vítima ou mesmo excluída, se provada a culpa exclusiva da vítima ou força maior.

Embora haja uma certa confusão na doutrina, acerca de qual teoria teria sido adotada pela Constituição de 1988, se a Teoria do Risco Integral ou a do Risco Administrativo, essa confusão seria mais de ordem semântica, porque todos os doutrinadores, compreendem que as regras constitucionais impuseram a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação do dano, não significando, contudo, que tal responsabilidade subsista em qualquer circunstância, mas podendo ser excluída em caso de culpa da vítima ou de força maior.

3.1. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO

Em relação a conduta por atos omissos do Estado é necessário distinguir se a omissão constitui ou não fato gerador da responsabilidade civil estatal, pois nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal, não configurando a responsabilidade estatal. Apenas quando o Estado tiver uma conduta omissiva diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.



Assim, a responsabilidade civil do Estado reside, na conduta omissiva, quando estiverem presentes os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Em decorrência disso, na omissão administrativa, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas.

Segundo Alexandre Mazza (2012), a doutrina tradicional entende que nos danos por omissão a indenização é devida se a vítima comprovar que o ato omissivo produziu o prejuízo, aplicando-se a teoria objetiva. Ocorre que a teoria convencional da responsabilidade civil do Estado não parece aplicar-se bem aos danos por omissão, especialmente diante da impossibilidade de afirmar-se que a omissão “causa” o prejuízo. Nesse mesmo entendimento da inaplicabilidade a doutrina assevera que os danos por omissão se submetem à teoria subjetiva. Tal entendimento também é adotado pelo Supremo Tribunal Federal (RE 179.147).

4. DANO MORAL COLETIVO

Quando se fala sobre o dano moral, automaticamente fala-se sobre o conceito e possibilidade de ressarcimento diante do dano coletivo à dignidade humana. Trazendo a visão de constitucionalização do direito civil no Código de 2002, o art. 186, *caput*, da referida norma versa que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Nesse mesmo contexto, o Enunciado nº. 456, Conselho da Justiça Federal aponta que a expressão "dano" no Art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Nas palavras do ministro Francisco Rezek, em pronunciamento feito no julgamento do RE 172720 no Supremo Tribunal Federal (STF), em 1996, o dano moral é aquele dano que se pode depois neutralizar como uma indenização de índole civil, traduzida em dinheiro, embora sua própria configuração não seja material.

Quanto ao dano moral coletivo, Tartuce (2021, p. 882) entende que o dano moral coletivo surge como outro candidato dentro da ideia de ampliação dos danos reparáveis. O seu conceito é controvertido, mas ele pode ser denominado como o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (danos



morais somados ou acrescidos) O Superior Tribunal de Justiça (STJ), também já se manifestou quanto ao referido dano, nos termos do voto da relatora Nancy Andrichi no Resp nº 1.586.515 significa:

Categoria autônoma de dano que não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais. (STJ - REsp: 1586515 RS 2016/0046140-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/05/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2018).

A doutrina moderna vem entendendo pela sua incidência em determinados casos de violação de direito, uma vez que configurada a lesão ao direito, nasce ao titular deste a possibilidade de ressarcimento por eventual dano sofrido.

No caso de dano moral coletivo, estamos a falar de um bem jurídico que não afeta indivíduos determinados, mas a população sob o viés de grupo intrinsecamente ligado por diversos fatores, tais como pelo critério territorial ou costumeiro. Tal prejuízo não pode ser auferido como o dano material, principalmente pelo fato de ser mensurado sob a perspectiva coletiva, por isso entende-se que a sua natureza jurídica é presumida, conforme entendimento do STJ no AgInt no AgInt no AREsp 1501406/SC.

Com base nessa premissa de violação ao direito da coletividade, bem como sob uma visão de democracia participativa, vislumbra-se a possibilidade de manifestação do direito de petição, por intermédio do próprio cidadão que se vê prejudicado, no contexto social, por exemplo, por eventuais omissões do gestor público. Sobre o tema:

No conceito de petição há de se compreender a reclamação dirigida à autoridade competente para que reveja ou eventualmente corrija determinada medida, a reclamação dirigida à autoridade superior com o objetivo idêntico, o expediente dirigido à autoridade sobre a conduta de um subordinado, como também qualquer pedido ou reclamação relativa ao exercício ou à atuação do Poder Público (Mendes; Branco, 2020, p. 655).

Diante de tal necessidade e objetivando minimizar/aniquilar eventual ato lesivo praticado, passa-se a tratar a possibilidade de propositura da ação popular como instrumento processual constitucional do cidadão, além de buscar o ressarcimento por danos morais coletivos.



5. AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO JUDICIAL DE TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS NA LÓGICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante da previsão legal do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, garantindo como direito fundamental a inafastabilidade de jurisdição, assim como a imagem do cidadão brasileiro, qual seja, o indivíduo que possui reconhecimento da República Federativa do Brasil como membro da sociedade e possuidor de direitos políticos a fim de fiscalizar/averiguar os atos públicos em geral, premissa inerente de um Estado democrático. Sobre o conceito de cidadão “aquele que está no pleno gozo de seus direitos políticos pode fiscalizar por meio da ação popular os representantes que elege e, por consequência, todos os demais agentes encarregados da gestão da coisa pública.” (DANIEL ASSUMPÇÃO, 2013, p. 169).

Ademais, sob o prisma do princípio republicano e do Estado Democrático de Direito externado pelo fundamento de que “o poder emana do povo”, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da CF e diversos tratados internacionais de direitos humanos, surge a ideia de a propositura da ação popular, conforme previsão legal no art. 5º, inciso LXXIII, da CF também regido pela Lei nº. 4.717/1965, tratando-se de um remédio constitucional passível de apresentação nos casos de violação de direitos fundamentais por meio de ato(s) lesivo(s) da Administração Pública que não afetam o indivíduo como elemento isolado da coletividade, mas sim buscando a anulação ou declaração de nulidade de um ato de dano coletivo, esta visão está intrinsecamente ligada ao fato da nossa democracia ser considerada mista, bem como sob ótica de considerar os princípios constitucionais como mandados de otimização.

Para Roberty Alexy, segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandatos de otimização (Optimierungsgebote). Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus (Mendes; Gonet Branco, 2020, p. 229).

O professor Ingo Wolfgang Sarlet (2013, pag. 38) afirma que o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha – além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Nessa mesma linha de pensamento, André de Carvalho Ramos leciona (2020, p. 346) a cidadania-fiscalização, que permite ao cidadão propor a ação popular (art. 5º, LXXIII).



A partir da leitura do texto constitucional é possível vislumbrar que o constituinte não limitou a ação popular à atos comissivos, razão entende pela sua possibilidade em caso de omissão administrativa. Mesmo não sendo possível extrair da leitura estrita da lei a possibilidade de uso da Ação Popular em casos de atos omissivos (Cagno; Couto, 2018 p. 633) Entretanto, o cabimento se mostra em consonância com o paradigma constitucional vigente.

Ampliar o manejo da Ação Popular a ponto de ela se assemelhar à Ação Civil Pública permite maior democratização do Estado de Direito Brasileiro, pois o alcance da defesa de direitos fundamentais deixa de estar restrito ao Ministério Público como autor (Cagno; Couto, 2018, p. 634).

A ação popular é instrumento de democracia e participação direta, proporcionando mais que a mera representação política ou institucional, cada vez mais questionada e alvo de desconfiança por parte dos cidadãos. Isso porque a Ação Popular teve seu rol de objetos expandido pela constituição de 1988, em uma lógica que está em sintonia com sua base normativa, sedimentada nos direitos fundamentais.

A ausência do termo “omissão” no texto constitucional e na lei da ação popular, que falam em “ato lesivo” não justifica o não enquadramento na medida, uma vez que todos os casos de aplicabilidade da Ação podem se dar por uma lesão omissiva. (Cagno; Couto, 2018, p. 636). Afinal, omissão não é inação, mas um ato (o ato de não agir quando devido). Nesse sentido:

Tudo que vem sendo falado pode, ainda, ser corroborado por uma visão sistemática que permita considerar valores constitucionais como: razoabilidade e proporcionalidade, isonomia, liberdade, justiça, solidariedade e dignidade humana que fatalmente conduzirão à conclusão tendente à ampliação do uso da ação popular, inexistindo, em verdade, argumentos contrários que possam se apropriar de tamanho arsenal ético-constitucional (Cagno; Couto, 2018, p. 636).

Este é o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, que admite Ação Popular em ato omissivo (Cagno; Couto, 2018, p. 637-639). Neste sentido o Ministro Herman Benjamin assevera, no REsp 1164710/MG, julgado em 2012, que “a Ação Popular deve ser apreciada, quanto às hipóteses de cabimento, da maneira mais ampla possível, de modo a garantir, em vez de restringir, a atuação judicial do cidadão”.

Dessa forma também entende Daniel Assumpção (2013, pag. 163) O art. 5º, LXXIII, da CF, ao mencionar expressamente a existência de um ato lesivo, pode passar a enganosa impressão de que as omissões que violam os valores tutelados pela ação popular não permitem o ingresso de tal ação. Não é esse, entretanto, o melhor entendimento, porque a lesão ao



patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural também podem decorrer de omissão.

Ademais, repisamos o objetivo central desse instrumento processual é atribuir ao cidadão o direito de petição em impugnar atos administrativos lesivos à coletividade. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO loto POPULAR. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ILUMINAÇÃO PÚBLICA. SUPOSTA COBRANÇA A MAIOR. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. CDC. APLICAÇÃO. (...) 6. A Ação Popular é apropriada in casu, pois indiscutível que a autora busca proteger o Erário contra a cobrança contratual indevida, nos termos do art. 1º da Lei 4.717/1965, conforme o art. 5º, LXXIII, da CF. 8. Como visto, a viabilidade da Ação Popular, in casu, decorre do pedido formulado e do objetivo da demanda, qual seja, proteger o Erário contra a cobrança contratual indevida, nos termos do art. 1º da Lei 4.717/1965, conforme o art. 5º, LXXIII, da CF, questão que não se confunde com a condição de consumidor daqueles que são titulares do bem jurídico a ser protegido (a coletividade, consumidora da energia elétrica). 9. A Ação Popular deve ser apreciada, quanto às hipóteses de cabimento, da maneira mais ampla possível, de modo a garantir, em vez de restringir, a atuação judicial do cidadão. 10. Recurso Especial não provido. (STJ - REsp: 1164710 MG 2009/0209255-1, Relator: STRO Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2015)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INTERESSE DE AGIR. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. (...) 3. A ação popular pode ser ajuizada por qualquer cidadão que tenha por objetivo anular judicialmente atos lesivos ou ilegais aos interesses garantidos constitucionalmente, quais sejam, ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. 4. A ação popular é o instrumento jurídico que deve ser utilizado para impugnar atos administrativos omissivos ou comissivos que possam causar danos ao meio ambiente. 5. Pode ser proposta ação popular ante a omissão do Estado em promover condições de melhoria na coleta do esgoto da Penitenciária Presidente Bernardes, de modo a que cesse o despejo de elementos poluentes no Córrego Guarucaia (obrigação de não fazer), a fim de evitar danos ao meio ambiente. (...) (STJ - REsp: 889766 SP 2006/0211354-5, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 04/10/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 18/10/2007 p. 333.

Quanto à possibilidade, na petição de ação popular, de requerer danos morais coletivos se vislumbra totalmente viável, uma vez que o cidadão, como membro da sociedade que se sentiu lesado por ato emanado pelo Poder Público, partindo de um sentimento social, entende pela viabilidade jurídica de tal pedido de ressarcimento, ainda que no manejo dessa ação coletiva.

Nesse sentido, importante mencionar que o Ministério Público brasileiro, em ações civis públicas - ACP, com a ideia de compensação pelo dano coletivo sofrido, requer nos pedidos a indenização por danos morais coletivos a serem remetidos a um fundo público que esteja relacionado com o objeto da referida demanda.



Pois bem, se a praxe do *Parquet*, nas ações coletivas, é pelo pedido de danos morais coletivos, com base na estruturação do processo coletivo brasileiro, nas quais as demandas coletivas, em caso de omissão legislativa sobre determinado tema, da mesma forma podemos utilizar tal entendimento para socorrer às demais normas processuais coletivas a fim de supri-las.

Nesse sentido, cita-se decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA E DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, AÇÃO POPULAR E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MICROSSISTEMA LEGAL. PROTEÇÃO COLETIVA DO CONSUMIDOR. PRAZO PRESCRICIONAL. LEI 7.347/85. CDC. OMISSÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 4.717/65. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AGRAVO DESPROVIDO.

(...) 3. O aresto paradigma (REsp 1.070.896/SC, Relator Ministro Luis Felipe Salomão) reputa que, em face do lapso existente na Lei da Ação Civil Pública, deve-se aplicar o prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), tendo em vista formarem um microsistema legal, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor. 4. Deve prevalecer o entendimento esposado no aresto paradigma, pois esta Corte tem decidido que a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Código de Defesa do Consumidor compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, motivo pelo qual a supressão das lacunas legais deve ser buscada, inicialmente, dentro do próprio microsistema. 5. A ausência de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, tanto no CDC quanto na Lei 7.347/85, torna imperiosa a aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65). 6. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EREsp 995.995/DF, 2ª S., rel. Ministro Raul Araújo, j. 11.03.2015, DJe 09.04.2015).

Ademais, o art. 14, da Lei 4.717/65 dispõe que: “Se o valor da lesão ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução”. Ora, novamente o legislador não limitou o termo “lesão” somente ao dano material, motivo este que, se levarmos em consideração a interpretativa completa da norma, bem como sob uma visão neocivilista das possíveis formas de ressarcimento por lesão ao direito, é evidente a possibilidade de cumulação de indenização por danos morais coletivos, afinal de contas, ação apresentada visa justamente anular ou declarar a nulidade à atos públicos lesivos ao patrimônio público e direitos fundamentais coletivos.

Na mesma linha de raciocínio, o art. 22, da Lei da Ação Popular informa que: “Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação”. O Código de Processo Civil, nos seus artigos 291, caput; 292, inciso V; 327, assim dispõem:



Art. 291. A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível. Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

Pois bem, é razoável concluir que nos termos da legislação processual não há qualquer óbice em cumulação de pedidos em um mesmo processo. Ressalte-se que o dispositivo legal ainda preceitua a viabilidade ‘ainda que entre eles não haja conexão’, não é que o se vislumbra na presente tese abordada, mas é possível perceber que o legislador buscou permitir ao demandante a formulação de pedidos o quanto estes forem pertinentes à tutela de seus direitos e, quando falamos em ação popular, na tutela dos direitos da coletividade.

Quando nos referimos a direitos fundamentais atrelados ao mínimo existencial em proteção à dignidade da pessoa humana, consubstanciados por políticas públicas, não há discricionariedade da Administração Pública em cumprir ou não o propósito constitucional (Cagno; Couto, 2018, p. 129). Por isso que mesmo nos “casos em que não exista previsão legal específica, o ato ou omissão pode ser considerado imoral se contrariar os objetivos e princípios constitucionais que devem orientar a Administração Pública” (Hirsch; Silva, 2022, p. 640).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar que diante da prática de um ato lesivo ao patrimônio público ou lesivo ao direito coletivo, cria-se a responsabilidade daquele que o praticou, mesmo que por ato omissivo.

Tal responsabilidade, uma vez praticada pelo agente público no exercício da sua função pública atrai a responsabilidade do Estado ao qual está vinculado, uma vez que, regra geral, é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Não obstante, nos casos de omissão, a doutrina majoritária e a jurisprudência têm se manifestado pela responsabilidade subjetiva da Administração Pública e, em caso de condenação, pode ser realizada ação de regresso em face do agente público.

Nesse sentido, em razão dos atos praticados causarem danos à coletividade, mister se faz provar a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, sob o prisma neoconstitucional das relações jurídicas e da primazia de tutela do interesse público.

Além disso, buscou-se comprovar a viabilidade jurídica de propositura da ação popular, como instrumento judicial de tutela dos direitos coletivos elencados, atribuindo a legitimidade



ativa ao indivíduo em pleno gozo de seus direitos políticos, com a cumulação de danos morais coletivos em razão do dano sofrido pela sociedade.

Por fim, diante das interpretações alcançadas da legislação brasileira, no que tange à responsabilidade civil do Estado, por meio de atos lesivos praticados pelos agentes públicos, torna-se viável a propositura de ação popular, como ferramenta judicial de proteção dos direitos de interesse da coletividade pelo cidadão, a fim de anular o ato lesivo ao bem jurídico protegido, bem como permitir a condenação em danos morais coletivos.

Assim, uma omissão lesiva a direito fundamental, consubstanciada na ausência de política pública, representa uma imoralidade administrativa, uma vez que atenta ao propósito constitucional e, portanto, merece ser examinada juridicamente a partir de uma ação de iniciativa popular.

É preciso avançar processualmente, de modo a expandir a interpretação sobre o cabimento da Ação Popular, para, assim, torná-la um instrumento de cidadania que coaduna com a evolução do direito das políticas públicas.

7. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eugênio Rosa. *A Responsabilidade Civil do Estado por omissão e suas excludentes*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Eugenio_Rosa_de_Araujo.pdf>. Acesso dia 08 de jan.2022.

BARRETO, Rafael. *Direitos Humanos – Coleção Sinopses para Concursos*. Salvador: Editora JusPodivm, 9ª ed. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 28 dez. 2021.

_____. *Enunciado nº. 456, do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403#:~:text=A%20express%C3%A3o%20>

[0%22dano%22%20no%20art,legitimados%20para%20propor%20a%C3%A7%C3%B5es%20coletivas.>](https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403#:~:text=A%20express%C3%A3o%20) Acesso em 13 de jan. 2022.



_____. *Lei nº. 4717/1965 - Lei da Ação Popular*. Diário Oficial da União. Brasília, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm> Acesso em 05 jan. 2022.

_____. *Lei nº. 10.406/2002 - Código Civil*. Diário Oficial da União. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em 08 de jan. 2022.

_____. *Lei nº. 13.105/2015 - Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 09 de jan. 2022.

_____. *STF- RE 172720, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurelio, julg. Em 06.02.1996 e publi. 21.02.1997*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744702/recurso-extraordinario-re-172720-rj>> Acesso no dia 13 de jan. 2022.

_____. *STF - ADI: 939 DF*. Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 15/12/1993. TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL 01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>> Acesso no dia 13 de jan. 2022.

_____. *STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1517973 PE 2015/0040755-0*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 01/02/2018. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846390/recurso-especial-resp-1517973-pe-2015-0040755-0/inteiro-teor-549846399>>. Acesso dia 05 de jan. 2022.

_____. *STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1586515 RS 2016/0046140-8*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 29/05/2018. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/876548848/recurso-especial-resp-1586515-rs-2016-0046140-8/inteiro-teor-876548849?ref=juris-tabs>>. Acesso dia 05 de jan. 2022.

_____. *STJ - AgInt no AgInt no AREsp: 1501406 SC 2019/0138975-0*. Relator: Ministro FRANCISCO de Justic FALCÃO, Data de Julgamento: 21/09/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/09/2020) Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101134737/agravo-interno-no-agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-agint-no-aresp-1501406-sc-2019-0138975-0/inteiro-teor-1101134747>> Acesso em 16 de jan. 2022

_____. *STJ - REsp: 1586515 RS 2016/0046140-8*. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/05/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2018) Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1717007&tipo=0&nreg=201600461408&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180529&formato=PDF&salvar=false>> Acesso no dia 15 de jan. 2022.



_____. *STJ - REsp: 1164710 MG 2009/0209255-1*. Relator: STRO Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 12/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2015) Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165438062/recurso-especial-resp-1164710-mg-2009-0209255-1/relatorio-e-voto-165438071>>. Acesso no dia 19 de jan. 2022

_____. *STJ - REsp: 889766 SP 2006/0211354-5*. Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 04/10/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 18/10/2007 p. 333. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19209074/recurso-especial-resp-889766-sp-2006-0211354-5/inteiro-teor-19209075>>. Acesso no dia 22 de jan. 2022.

_____. *STJ - AgRg nos EREsp 995.995/DF. 2ª S.*, rel. Ministro Raul Araújo, Julgado em 11.03.2015, DJe 09.04.2015). Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621470557/recurso-especial-resp-1394761-df-2013-0238361-6> > Acesso no dia 22 de jan. 2022

CAGNO, Luciano Picoli; COUTO, Camilo José d'Ávila. *Ação popular por omissão lesiva ao mínimo existencial (moralidade) e controle de políticas públicas: novos horizontes desvelados pela jurisprudência do STJ e do STF no paradigma dos direitos fundamentais*. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 631-647.

CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. *Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2011.

DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: Teoria e Prática*. – 3 ed. - Minas Gerais: Editora Renovar, 1996.

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Forense, 2020.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SILVA, Jailce Campos e. *O princípio da juridicidade e o controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários na implementação das políticas sociais*. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 113-141, jul./set. 2022. DOI:10.21056/aec.v22i88.1629.

JUNIOR, Luiz Carlos da Silva. *O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro*. Jus.com.br, 2013. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20veda%C3%A7%C3%A3o%20a>

[o%20retrocesso%20social%20tem%20como%20conte%C3%BAdo,%C3%A0%20Uni%C3%A3o%20os%20seus%20direitos](https://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20veda%C3%A7%C3%A3o%20a)>. Acesso dia 05 de jan. 2022.

MAZZA Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



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

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais – 2ª Edição – Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.*

NETTO, Felipe Braga. *Responsabilidade civil do Estado por omissão: entre mitos e verdades*. Migalhas, 2020. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/336797/responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao--entre-mitos-e-verdades>>. Acesso em 04 de jan.2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

PAZ, Samuel Mota de Aquino. *Dano Moral Coletivo na jurisprudência do STJ*. Conteúdo Jurídico, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38467/dano-moral-coletivo-na-jurisprudencia-do-stj>>. Acesso em 04 de jan. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021*

VARELLA, Marcelo D; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Ardyllis Alves. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, local de publicação, vol. 11, n. 2, p.1938, agosto 2021. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP>>. Acesso em 06 de jan. 2022.

Sobre o autor:

Ariane Brito Cal Athias | E-mail: ariannecal@terra.com.br

Pós-doutora em Direito. *As Gerações dos Direitos Humanos no Marco dos Direitos Sociais. Perspectiva Comparada: Brasil e Espanha - 2021 na Universidade de Salamanca. USAL/Espanha (2022)*. Doutora em Direito Administrativo pela PUC de São Paulo (2007). Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia (2001). Professora Associada I da Universidade Federal do Pará - UFPA, cedida ao Ministério Público do Estado do Pará para



exercer o cargo em comissão de Assessor do Procurador-Geral de Justiça. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento na Amazônia - PPGDDA (Mestrado Profissional) da UFPA. Professora Titular I de Graduação e do Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais (Mestrado) da Universidade da Amazônia - UNAMA. Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Pará – IDAPAR.

Emanuel Pinheiro Chaves | E-mail: emanuel_chaves@yahoo.com.br

Possui graduação em Direito pela Universidade da Amazônia (2003) e mestrado em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. Coordenador do Núcleo de Assuntos Jurídicos da Secretaria Municipal de Economia da Cidade de Belém. Pós-Graduado em Direito Ambiental e Políticas Públicas. Pós-Graduado em Direito Municipal. Pós-Graduado em Direito Eleitoral. Atualmente é consultor jurídico da Prefeitura Municipal de Nova Timboteua, Consultor Jurídico da Prefeitura Municipal de Jacareacanga, Consultor Jurídico da Prefeitura Municipal de Medicilândia, Consultor Jurídico da Prefeitura Municipal de Pacajá. Já foi consultor jurídico da Prefeitura Municipal de Brasil Novo, consultor jurídico da Prefeitura Municipal de Curuá, consultor jurídico da Prefeitura Municipal de Igarapé-Açu, consultor jurídico da Prefeitura Municipal de Tailândia. Advogado - Chaves Rodrigues Alves e Negrão. Tem experiência na área de Direito Administrativo, com ênfase em Direito Municipal, Direito Constitucional Administrativo e Direito das Políticas Públicas. Em interesse em: interesse público, constitucionalização do direito administrativo, estado democrático de direito e neoconstitucionalismo latinoamericano.



Novos paradigmas para a autonomia de pessoas com deficiência e a efetivação da dignidade humana por meio de políticas públicas

New paradigms for the autonomy of people with disabilities and the enhancement of human dignity through public policies

Loriene Dourado¹

Centro de Educação Superior. Professora. Advogada. Campina Grande (PB). Brasil

Maria Marli Castelo Branco de Melo²

Coordenadora Especial de Políticas Públicas para Mulheres do município de Campina Grande. Advogada. Campina Grande (PB). Brasil

RESUMO

A busca pela garantia de igualdade entre todos os indivíduos tem sido uma bandeira de luta constante tanto pelo meio de políticas públicas, com as efetivações das normas infraconstitucionais garantidoras de direitos, como também pelo trabalho incansável de movimentos sociais que buscam dia a dia a efetivação de direitos. Nesse contexto, os direitos da pessoa com deficiência assumem papel de destaque no meio social, tendo como foco a efetivação da dignidade humana. Analisa-se a importância da inclusão social da pessoa portadora de deficiência. Desta forma, tem-se como objetivo geral deste estudo analisar os novos paradigmas legais que impulsionam as políticas públicas para garantir a autonomia das pessoas portadoras de deficiência. Para tanto, utilizou-se como ferramentas metodológicas a pesquisa de cunho bibliográfico, exploratório, descritivo, além de seu aspecto qualitativo. Ao término desta pesquisa, foi possível concluir que a legislação ora analisada trouxe respaldo jurídico para as atividades e ações civis dos deficientes. Em termos de Direito de Família, percebe-se uma maior presença e aceitação do deficiente como indivíduo

ABSTRACT

The search for guaranteeing equality among all individuals has been a constant struggle both through public policies, with the implementation of infraconstitutional norms that guarantee rights, and also through the tireless work of social movements that seek, day after day, to implement rights. In this context, the rights of people with disabilities assume a prominent role in the social environment, focusing on the realization of human dignity. The importance of social inclusion of people with disabilities is analyzed. Therefore, the general objective of this study is to analyze the new legal paradigms that drive public policies to guarantee the autonomy of people with disabilities. To this end, bibliographical, exploratory, descriptive research was used as methodological tools, in addition to its qualitative aspect. At the end of this research, it was possible to conclude that the legislation now analyzed provided legal support for the activities and civil actions of disabled people. In terms of Family Law, there is a greater presence and acceptance of people with disabilities as unique individuals, a fact that

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9773-5569>

² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2321155597745033>



único, fato que evidencia a cidadania deste e sua inserção social como sujeito de direitos. highlights their citizenship and their social insertion as a subject of rights.

PALAVRAS-CHAVE:

Pessoa com deficiência; Dignidade Humana; Autonomia; Direitos fundamentais.

KEYWORDS:

Person with disability; Human dignity; Autonomy; Fundamental rights.



1. INTRODUÇÃO

contexto social que relaciona os indivíduos no meio onde vivem se caracteriza especialmente pela igualdade de condições existentes para a garantia de vida de todos os envolvidos. Isto ocorre tanto no meio animal composto por seres irracionais, onde cada um possui uma função, como também na sociedade humana, onde cada pessoa possui um papel que se torna fundamental para a manutenção da vida como um todo.

A igualdade dos indivíduos se torna a mola mestra para uma vida mais justa perante o meio jurídico e social, conforme determina a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde se encontra fundamentado a igualdade de todos os seres humanos e o respeito mútuo.

Como signatárias da Declaração Universal dos Direitos Humanos, as legislações brasileiras seguem as determinações dessa norma internacional, tendo em vista que a própria Constituição de 1988 determina que as legislações nacionais devam ser fundamentadas na referida Declaração.

A evolução legislativa brasileira se evidenciou em documentos legais, a exemplo do Código Civil Brasileiro, onde é possível encontrar artigos que acompanham as determinações legais inseridas no rol de normas infraconstitucionais. Entretanto, embora a Carta Cidadã de 1988 já dispunha em seu texto legal a igualdade e os direitos de todos os indivíduos, verificou-se que somente em 2015, com a entrada em vigor da Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015, intitulada como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), também conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), foi possível impulsionar políticas públicas no sentido de garantir a dignidade da pessoa portadora de deficiência.

Neste sentido, a partir da entrada em vigor da LBI, temas como incapacidade civil, tutela, curatela, interdição, dentre outros, todos relacionados a direitos e garantias para as pessoas portadoras de deficiência, tornaram-se pauta de discussões e movimentos impulsionadores de políticas públicas. Nesse contexto evolutivo, importante salientar a entrada na seara jurídica do instituto da decisão apoiada, que não fazia parte dos institutos jurídicos brasileiros.

Em se tratando de decisão apoiada, é mister evidenciar a possibilidade do portador de deficiência, desde que avaliada sua capacidade intelectual, tomar decisões, desde que com o auxílio de pessoas que façam parte do seu rol particular de pessoas confiáveis, tendo assim tutela jurisdicional para efetivação de sua vontade perante atos da vida civil, tendo como pressuposto a inclusão, independência e igualdade.

Importante mencionar que a entrada em vigor da LBI possibilitou o acesso à liberdade para atos da vida civil dos portadores de deficiência que tinham tais direitos tolhidos, evento este jamais visto anteriormente na legislação pátria, porém, se faz necessário cautela acerca das inovações legais que visam a garantia de direitos, podendo sugerir algumas perdas, vez que algumas formas de proteção foram suprimidas, como é o caso das pessoas que não sendo deficientes, encontram-se em estado de dependência e sem capacidade para a vida civil, mesmo que temporária. Nesse contexto, surge a pergunta que servirá de eixo para o desenvolvimento deste estudo: As mudanças advindas a partir da entrada em vigor da Lei nº13.146/2015 são garantidoras de direitos das pessoas deficientes ou que estejam transitoriamente em estado de dependência física ou mental?

O objetivo geral deste estudo é analisar os novos paradigmas legais que a garantia da autonomia das pessoas portadoras de deficiência, tendo como pressuposto a dignidade humana do indivíduo. Para se alcançar o objetivo aqui proposto, tem-se seus objetivos específicos: descrever a dignidade humana como princípio norteador das legislações; evidenciar a legislação brasileira de proteção e salvaguarda dos direitos do deficiente; analisar os direitos do deficiente e sua repercussão normativa em conformidade com as políticas públicas.

A realização deste estudo se justifica especialmente com a necessidade de garantia de direitos determinados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, evidenciando especialmente os direitos do indivíduo portador de deficiência e demonstrando para toda a sociedade que mesmo sendo deficiente, o indivíduo pode exercer suas capacidades civis de acordo com as normas vigentes e ressalvadas e respeitadas todas as diversidades, garantindo assim a efetivação de direitos, a igualdade entre e o respeito à dignidade humana.

Em termos acadêmicos, este tema pode ser considerado de grande relevância, visto que a garantia de direitos da pessoa portadora de deficiência deve fazer parte do contexto social, efetivado a partir da execução da norma e da análise jurídica de todos os aspectos relacionados ao pleno exercício da cidadania daqueles indivíduos que se utilizam da norma de inclusão aqui estudada para salvaguardar seus direitos.

Entendendo a riqueza deste tema, tão rico de análises científicas, não se pretende neste estudo esgotar o assunto, mas sim abrir uma aba de estudos científicos acerca da legislação vigente e a garantia de direitos, além da plena efetivação da norma em estudo.



Em se tratando dos aspectos metodológicos necessários para um estudo cientificamente qualificado aqui utilizado para a confecção deste artigo, tem-se que esta pesquisa se caracteriza por ser de cunho bibliográfico, exploratório, descritivo, além de seu aspecto qualitativo.

A pesquisa bibliográfica, necessária para o desenvolvimento estruturalmente científico de uma pesquisa, realizada através de pesquisa em material científico público, a exemplo de livros e artigos científicos, foi essencial para uma análise mais embasada acerca da garantia de direitos das pessoas com deficiência efetivados pela Lei Nº 13.146/2015. Assim, entende-se que a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. As consultas serão feitas em livros específicos sobre o assunto acima discriminado. (LAKATOS e MARCONI, 2006).

Relacionado os objetivos desse estudo com a metodologia utilizada, considera-se esta pesquisa como sendo exploratória, vez que “que se caracteriza pelo desenvolvimento e esclarecimento de ideias, com o objetivo de oferecer uma visão panorâmica, uma primeira aproximação a um determinado fenômeno que é pouco explorado”. (OLIVEIRA, 2006, p.65.)

Em se tratando de pesquisa do tipo descritiva, esta busca descrever as características de determinada população ou fenômeno, sabe-se que sua finalidade é identificar os fatores que o ocasionam. (LAKATOS e MARCONI, 2006).

2. A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE DE DIREITOS: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS ANTERIORES AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A legislação de um país tem o papel fundamental de determinar as regras necessárias para a plena realização e resolução das demandas sociais, levando em consideração o momento histórico em que determinada sociedade se encontra inserida.

Em se tratando de garantias de direitos, as normas reguladoras dos ordenamentos jurídicos, especialmente quando se trata das normas brasileiras, tem como pressuposto o respaldo de direito do cidadão, com base nos princípios constitucionais de igualdade e não aceitação de nenhuma forma discriminatória entre os indivíduos.

A Constituição Federal de 1988 determina que todos sejam tratados de maneira igualitária, respeitando as individualidades e especialmente as diferenças, tratando os diferentes



de forma diferenciada até o limite de sua diferença. Assim, torna-se possível a garantia da isonomia constitucional.

As pessoas com deficiência possuem destaque na garantia de direitos, tendo em vista sua condição física que os distingue dos demais cidadãos e por isso necessitam de um olhar mais especial para a efetivação de seus direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Relacionada à capacidade civil, as pessoas com deficiência estiveram sempre resguardadas pela legislação brasileira, apesar de nosso ordenamento jurídico ter sido considerado muito limitado, especialmente antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Para um melhor entendimento acerca da capacidade civil, pode-se entender essa como sendo

[...]a capacidade de um indivíduo de executar e atuar plenamente em sua vida civil. A atuação plena na vida civil consiste, de forma resumida, a poder responder por suas ações neste espectro da vida social: assinatura de contratos, compras, vendas, casamentos, acordos de troca etc. (TARTUCE, 2011, p.106).

Importante mencionar que antes da entrada em vigor da legislação pertinente à capacidade civil, em especial relacionada ao deficiente físico, exposta pelo Código Civil de 2002, as pessoas com deficiência eram consideradas relativa ou totalmente incapazes dependendo da sua incapacidade, tendo em vista as determinações legais do Código Civil de 1916. Nesse sentido, os deficientes físicos eram nivelados de um modo que a legislação os tratava desigualmente, uma vez que os impossibilitava da vida civil de uma maneira drástica, limitando os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana enquanto cidadão, já que impedia qualquer ato da vida civil quando detectada a deficiência independente de seu tipo.

Analisando as perspectivas relacionadas aos deficientes antes do Código Civil de 2002, percebe-se conforme Clovis Bevilacqua menciona em suas obras que a definição de deficiência é tarefa complexa e árdua tanto para a ciência quanto para o direito. Contudo, há de se distinguir as diversas modalidades de deficiência para que não ocorram abusos legislativos que acabem impossibilitando o usufruto de direitos do indivíduo.

A fixação da alienação mental é árdua para a ciência médica e para o Direito, pois varia desde pequenos distúrbios, cujo enquadramento neste dispositivo legal pode ser questionado, até a completa loucura, facilmente perceptível mesmo para os olhos leigos. Tudo isso dificulta até a denominação dessa situação mental. O projeto originário de nosso Código de 1916 falava em alienados de qualquer espécie, mas essa lei revogada preferiu a expressão loucos de todo o gênero, mais difundida na época. (DIAS, 1983, p.81).



Nesse contexto, as evoluções legislativas especialmente relacionadas a pessoas portadoras de deficiência foram determinantes para a efetivação da garantia de direitos destes, vez que o entendimento de comunidade e sociedade não deve estar subjugado ao individualismo, como era característica do Código Civil de 1916.

As transformações ocorridas em nossa sociedade impuseram uma mudança nas formas de se interpretar e aplicar a lei, uma vez que o individualismo e o patrimonialismo predominantes no séc. XIX não podem mais prevalecer. Os fundamentos e princípios da República Federativa do Brasil, estabelecidos na Constituição Federativa de 1988, de construir uma sociedade mais digna e justa exigiram a socialização, a publicização do Direito privado. (PASCHOAL, 2010, p.1).

Tendo como pressuposto a busca pela igualdade entre os indivíduos e garantia de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência, especialmente aos atos da vida civil e resguardadas as limitações e diferenças existentes, originou-se o Estatuto da Pessoa com Deficiência, documento normativo que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como ferramenta jurídica capaz de efetivar a garantia de proteção e a igualdade para os portadores de deficiência, resguardando a dignidade humana destes, tendo em vista a possibilidade de decisões por parte daqueles que possuem capacidade para isto e garantindo assim autonomia e inclusão.

Para melhor entendimento do tema, faz-se necessário uma conceituação sobre o que venha a ser deficiência. De acordo com Fontana “A pessoa será considerada deficiente quando apresentar impedimentos de longo prazo, tanto de forma física quanto mental, intelectual ou sensorial, sendo avaliada, quando necessário, por equipe multiprofissional e interdisciplinar. [...]”(IBDFAM, 2017, p.86).

Neste sentido, acerca de deficiência enquanto instituto jurídico torna-se imprescindível especificar que ser deficiente não é fundamento de incapacidade civil. A Lei nº 13.146/2015 deixa bem claro em seu artigo 6º tal afirmação, quando diz que a deficiência, seja ela de qualquer modalidade aceita legalmente, não afeta a capacidade civil do indivíduo, inclusive para casar-se ou constituir união estável, para exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, número de filhos e fazer planejamento familiar de forma adequada, conservar a fertilidade sendo vedada a esterilização compulsória, exercer o direito a família e convivência familiar, exercer os direitos relacionados a guarda, tutela, curatela e adoção, como adotante ou adotando, garantindo igualdade de oportunidade com os demais membros da sociedade. (BRASIL, 2015).

Em se tratando de capacidade, este instituto jurídico encontra-se diretamente ligado ao conceito de personalidade jurídica. Em se tratando de personalidade jurídica, essa se caracteriza



especialmente pela capacidade de direito, ou seja, o indivíduo se torna titular de direitos e deveres perante a sociedade. Vale salientar, porém, que nem todos os indivíduos possuem a capacidade de ser titular de direitos e deveres individualmente, sendo necessário o suporte de terceiros, ou seja, falta-lhes a capacidade.

O conceito de capacidade está atrelado ao da personalidade jurídica, sendo que quando a personalidade jurídica é adquirida, surge a capacidade de direito, que consiste na aptidão da pessoa ser titular de obrigações e direitos. Porém, nem todo indivíduo possui capacidade para exercer essa aptidão pessoalmente, faltando-lhe então a capacidade de fato.

Nesse pensamento Orlando Gomes dispõe:

A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade”. E mais adiante: “A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade. (GOMES, 2001, p.172).

As incapacidades legalmente conhecidas se distinguem em dois grupos: incapacidades relativas e incapacidades absolutas. As incapacidades relativas se identificam-se pela linha intermediária entre a capacidade civil plena e a incapacidade absoluta, enquanto a incapacidade absoluta se caracteriza pela completa ausência de aptidão mental para usufruto dos atos da vida civil.

Importante mencionar que as alterações legais visam precipuamente à proteção da pessoa portadora de deficiência, tendo como escopo a igualdade e inclusão. Nesse sentido, a proteção mencionada se evidencia pelas possibilidades de usufruto de direitos civis que antes eram restritos de acordo com a deficiência que o indivíduo possuía.

Contudo, é necessário esclarecer que para garantir a proteção total e assegurar os direitos dos portadores de deficiência, especialmente aqueles que eram completamente incapazes (maiores de idade com deficiência mental que não garanta discernimento para atos da vida civil), a norma possui regras especiais e direcionadas. Nesse sentido, a proteção torna-se efetiva, pois engloba todos aqueles que se encontram na qualidade de portadores de deficiência.

As alterações do Código Civil asseguraram tais direitos, tendo em vista que o novo texto legal excluiu os incs. II e III do art. 3º e incluiu o inc. I no caput. Nesse sentido, de acordo com o novo texto normativo, consideram-se como absolutamente incapaz apenas os menores de 16 anos. Pessoas com deficiência mental que não possuem o necessário discernimento para a



prática dos atos da vida civil, bem como as pessoas que por causa transitória não puderem exprimir suas vontades não serão mais consideradas absolutamente incapazes.

Nesse contexto, percebe-se a efetivação da proteção da pessoa com deficiência e a igualdade de direitos através da inclusão social que é objetivo da LBI, vez que garante aos portadores de deficiência o acesso aos mesmos direitos das pessoas não portadoras de deficiência, sem qualquer distinção. Contudo, se torna imperioso analisar as consequências advindas de tais modificações no Código Civil, oriundas das regras elencadas no Estatuto da Pessoa com Deficiência, garantindo o direito ao exercício da capacidade civil em igualdade de condições, tendo em vista os possíveis casos em que não seja possível usufruir das determinações legais introduzidas pelos novos textos normativos e evidenciando a excepcionalidade dos institutos de incapacidade.

Em se tratando de proteção de direitos, tem-se em mente de imediato o princípio da dignidade humana do indivíduo. Neste viés jurídico, verifica-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem o condão de garantir a proteção ampla dos direitos de personalidade daqueles indivíduos acometidos de alguma deficiência, seja ela, física, mental intelectual ou sensorial e desta forma garantindo a inclusão:

O mais substancial avanço do Estatuto da Pessoa com Deficiência em prol das pessoas com deficiência rumo à concretização da inclusividade a que se propõe, repousa nos aspectos pessoais contemplados, com reflexos diretos no direito de Família, consagrando a autonomia existencial de uma gama de direitos de personalidade[...] (IBDFAM, 2021, p. 186).

A partir da efetivação da inclusão, torna-se possível a igualdade, vez que a todos, sem distinção, são dadas oportunidades iguais que garantirão acesso de todos a tudo que lhes for permitido de acordo com a lei. A inclusão, desta forma, fundamenta-se não mais como um objetivo, mas sim como uma realidade social.

Importante mencionar, porém, que a autonomia dada aos indivíduos portadores de deficiência, a partir do advento da Lei nº 13.146/2015 devem ter o respaldo do Estado, tendo em vista a vulnerabilidade dos seus beneficiários.

Os atos de autonomia são exarados mediante apoio institucional ou social, não sendo legítima a apropriação da vulnerabilidade da pessoa para alçar vantagem própria em seu prejuízo. Se a CDPD impõe aos Estados-parte que promovam o acesso dessas pessoas ao apoio de que necessitarem, lançá-las na arena das inúmeras relações sociais sem esse apoio seria incorrer em violação do princípio da proteção insuficiente. (MENEZES, 2018, p.597, apud IBDFAM, 2021, p. 188).¹

A garantia de direitos do portador de deficiência é a ferramenta jurídica que fundamenta o empoderamento desses cidadãos perante a sociedade comumente preconceituosa, além de



garantir maior acessibilidade e efetivação da inclusão social, vez que os deficientes físicos necessitam de tratamento especial devido às suas limitações, porém tal tratamento deve efetivar a sua inclusão no meio social, garantindo-lhes acesso a toda e qualquer forma ou necessidade de atuação perante a sociedade.

3 A SALVAGUARDA DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COM A VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: DO EMPODERAMENTO E INCLUSÃO SOCIAL

Com a finalidade e intuito de maior acessibilidade, O Estatuto da Pessoa com Deficiência adveio como uma forma de proporcionar maior igualdade para as pessoas com deficiência, bem como o respeito pela sua dignidade e a liberdade de fazer suas próprias escolhas, isto é, maior autonomia individual, com o objetivo de evitar práticas discriminatórias, algo comum na vida dessas pessoas que sofrem de algum tipo de limitação.

Merece destaque, para demonstrar tal afirmação, o art. 6º da lei 13.146/2015, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: *a)* casar-se e constituir união estável; *b)* exercer direitos sexuais e reprodutivos; *c)* exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; *d)* conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; *e)* exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e *f)* exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Em suma, no plano familiar há uma expressa inclusão plena das pessoas com deficiência e com reconhecimento de vários direitos antes não pertencentes a essas pessoas.

O conceito de capacidade está atrelado ao da personalidade jurídica, sendo que quando a personalidade jurídica é adquirida, surge a capacidade de direito, que consiste na aptidão da pessoa ser titular de obrigações e direitos. Porém, nem todo indivíduo possui capacidade para exercer essa aptidão pessoalmente, faltando-lhe então a capacidade de fato.

Nesse pensamento Orlando Gomes dispõe:

A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade”. E mais adiante: “A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não



poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade. (2001, p.172).

No Código Civil a alteração do regime de capacidade civil pela lei excluiu os incs. II e III do art. 3º e incluiu o inc. I no caput, passando então a ser considerado como absolutamente incapaz somente os menores de 16 anos. Dessa forma, alterou-se a ideia de reconhecimento da incapacidade absoluta em nosso ordenamento jurídico ao determinar que as pessoas com deficiência mental que não possuem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, bem como as pessoas que por causa transitória não puderem exprimir suas vontades não serão mais consideradas absolutamente incapazes.

Diante disso, pelo referido Estatuto o objetivo de inclusão demonstra-se louvável, porém, é necessária análise das consequências introduzidas pelas modificações no Código Civil Estatuto da Pessoa com Deficiência ao prelecionar que a pessoa com deficiência tem resguardado seu direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas reafirma que os regimes de incapacidade são a exceção e a capacidade constitui a regra do dispositivo, além de determinar a curatela como medida protetiva extraordinária, no intuito de evitar discriminação introduzida pela lei.

No ordenamento jurídico brasileiro, a capacidade civil está intimamente ligada à prática de certos atos mais do que em relação à deficiência em si, portanto, é uma medida da personalidade jurídica e não se correlacionando com a gestão da vida. Destaca-se, porém, que a restrição à administração pessoal da vida não enseja na incapacidade restando aqui um efetivo balanceamento em favor da pessoa com deficiência. Neste modo, merecem uma proteção especial as questões relativas às nulidades e anulabilidades, pois os atos tomados pelos deficientes mentais, em razão de sua fragilidade intelectual que deve ser nivelada, podem ser mais propícios de praticar atos sem total percepção de suas consequências.

Para a proteção da dignidade da pessoa com deficiência entre vários comandos que representam notável avanço, a nova legislação altera e revoga alguns artigos do Código Civil (arts. 114 a 116), trazendo grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga teoria das incapacidades, o que repercute diretamente para institutos do Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela.

Com essa mudança legislativa não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados.



Todas as pessoas com deficiência, das quais citamos acima, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade. A expressão “interdito” carrega em si uma carga pejorativa muito grande e para acabar com esse tipo de termo a Lei 13.146/15 não emprega mais a expressão interdição”.

Grande avanço social foi na alteração do inciso III do art. 4º do CC/2002, sem mencionar mais os excepcionais sem desenvolvimento completo. O inciso anterior tinha incidência para o portador de *síndrome de Down*, não considerado mais um incapaz. A nova redação dessa norma passa a enunciar as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade, o que antes estava previsto no inciso III do art. 3º como situação típica de incapacidade absoluta. Agora a hipótese é de incapacidade relativa, conquista muito grande e válida para as pessoas portadoras desse tipo de deficiência, que até os dias de hoje ainda sofrem discriminação por não serem capazes de desenvolver nenhum tipo de atividade por serem estigmatizadas como “doidas, debiloides”, como muitos as julgam e assim poderem quebrar esses paradigmas que os separam dos demais.

Outra novidade se refere a um tema não muito frequente, mas nos últimos tempos, tem tomado as manchetes de jornais e revistas: o *autismo*, chamado Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) e denominado pela Associação Americana de Psiquiatria (APA), como um transtorno do neurodesenvolvimento (2013). Esse transtorno desde 2012, com a edição da Lei nº 12.764 intitulada como “Lei Berenice Piana”, considerada uma das mais importantes para o Brasil nesse enfoque da inclusão da pessoa com TEA e com a proteção do Estatuto do Deficiente fez com que os autistas passem a ser considerados oficialmente pessoas com deficiência, tendo direito a todas as políticas de inclusão do país e assim respeitar autonomia, vontade e preferências individuais.

O sistema de incapacidades verificadas as alterações, deixou de ter um modelo rígido, passando a ser mais maleável, pensado a partir das circunstâncias do caso concreto e em prol da inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social podendo abranger as peculiaridades do sujeito diante de suas singularidades.

Não são raras na literatura as produções que buscam conceituar pessoas com deficiência, a exemplo da obra intitulada “A Epopéia Ignorada: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje”, do autor Otto Silva, segundo o qual são consideradas pessoas deficientes “[...] todas aquelas que estão abaixo dos padrões estabelecidos pela sociedade como de



‘normalidade’, por motivos físicos, sensoriais, orgânicos, ou mentais, e em consequência dos quais veem-se impedidos de viver plenamente” (SILVA, 1987, p.32).

As pessoas com deficiência não podem ser reputadas incapazes em razão, apenas, de sua debilidade. É que na ótica civil-constitucional, especialmente à luz da dignidade humana (CF, art. 1º, III) e da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), as pessoas com deficiência dispõem dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo motivo plausível para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade. E, muito pelo contrário, reclamam proteção diferenciada, de modo a que se lhes garanta plena acessibilidade. (FARIAS *apud* ROSENVALD, 2016, p.911).

O conjunto atual de normas dentro do ordenamento brasileiro que dispõem sobre os direitos das pessoas com deficiência é bastante amplo e complexo, mas a realidade nem sempre foi essa. Primeiro foi necessário mudar a percepção que a sociedade tinha desses indivíduos para que se pudesse entender que eles deveriam ser parte ativa da sociedade, integrando os ambientes sociais, inclusive o contingente trabalhista que antes eram excluídos por considerarem inaptos para exercerem tais ofícios.

Com a promulgação da nova Constituição em 1988 que proclama a igualdade entre todos e traz em seu texto artigos garantidores de direitos essenciais que colocam em foco a necessidade de se legislar para garantir a inclusão desse grupo há muito esquecido havendo promoção da igualdade de oportunidades e a proibição de discriminação das pessoas com alguma limitação, colocando todos em pé de igualdade e dignidade.

Em 24 de outubro de 1989, diante disso, é promulgada a Lei nº 7.853, que dispõe sobre a integração das pessoas com deficiência. No mesmo ano, foi apresentada à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.657/89, aprovado como a Lei nº 10.216, em abril de 2001, que dispõe exclusivamente dos direitos das pessoas “portadoras de transtornos mentais” e o modelo assistencial de saúde mental.

A Lei nº 9.394, de 1996, estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, trazendo importantes previsões, como os recursos pedagógicos para cada aluno com deficiência. Inclusive, o capítulo V, da lei dispõe apenas sobre a Educação Especial, estabelecendo suas diretrizes gerais. Em complementação, no ano de 2007, o Ministério da Educação (MEC) editou a Política de educação especial na perspectiva da educação inclusiva, de acordo com convenção internacional ratificada pelo Brasil.

No ano de 2000 duas novas leis são promulgadas, a Lei nº 10.048 e a Lei nº 10.098, ambas sobre a acessibilidade. Em seguida foi assinado Decreto nº 5296/2004 que regulamenta



prioridade de atendimento à pessoa com deficiência e estabelece normas para a promoção da acessibilidade de forma ampla.

O marco de avanço e atual no legislativo foi A Lei nº 13.146/2015, que entrou em vigor no dia 5 de janeiro de 2016, após decorridos 180 dias de sua publicação, seguiu as diretrizes elencadas no art. 3º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, as quais se sustentam nos seguintes princípios: o respeito pela dignidade inerente, pela independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual; a não discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade entre o homem e a mulher e o respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência e respeito pelo seu direito de preservar sua identidade.

Importante evidenciar que o respeito ao indivíduo ultrapassa a ideia de respeito à pessoa enquanto organismo vivo, vez que não vislumbra apenas a preservação e respeito ao corpo físico, mas também à sanidade mental e emocional tendo em vista o direito à dignidade humana também ser um direito de personalidade. (MORAES, 2006).

Em se tratando de dignidade humana, podemos entendê-la como:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2006, p.21-22).

As determinações legais nacionais e internacionais relacionadas à dignidade humana e à proteção da pessoa com deficiência têm como pressuposto a garantia e efetivação do princípio da igualdade, vez que este possui o condão de equilíbrio dos direitos das pessoas.

Toda e qualquer interpretação constitucional que se faça, deve passar, obrigatoriamente, pelo princípio da igualdade. Só é possível entendermos o tema de proteção excepcional das pessoas portadoras de deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade. (ARAUJO, 2003, p.46).

No contexto de garantia de direitos, respeito à dignidade humana, efetivação do princípio da igualdade, percebe-se que a inclusão social toma forma. Aos deficientes, é garantido o acesso a todos os direitos das pessoas que não são portadoras de deficiências. Vale salientar que os deficientes físicos possuem algumas prerrogativas que lhes garantem um tratamento diferenciado perante os indivíduos não portadores de deficiência, tendo em vista que



para se garantir a igualdade, faz-se necessário o pressuposto constitucional que determina o dever de tratar desigualmente os desiguais, no limite de suas desigualdades, com vistas a garantir a igualdade de todos. (BRASIL, 2015).

A garantia de direitos efetivada através de tratamento diferenciado utilizado como pressuposto para a garantia da igualdade é a ferramenta jurídica fundamental para favorecer a inclusão social do indivíduo portador de deficiência, pois o cumprimento das normas de acessibilidade e inclusão possibilita a estes o acesso aos mais diversos direitos.

Conceituando inclusão social, tem-se que esta pode ser entendida como:

Tornar as pessoas participantes da vida social, econômica e política, assegurando o respeito aos seus direitos no âmbito da Sociedade, do Estado e do Poder Público. A inclusão é um processo que acontece gradualmente, com avanços e retrocessos isto porque os seres humanos são de natureza complexa e com heranças antigas, têm preconceitos e diversas maneiras de entender o mundo. Assim sendo, torna-se difícil terminar com a exclusão e mesmo existindo leis contra a mesma, não são leis que vão mudar, de um dia para o outro, a mentalidade da sociedade assim como o seu preconceito. (MACIEL, 2000, p.02).

Importante evidenciar que por muitos séculos, os aspectos inerentes aos portadores de deficiência os colocavam em um posto de inferioridade perante os demais indivíduos que compunham as sociedades. Contudo, isso vem mudando com a evolução humana e social. Nesse sentido, torna-se imperioso extinguir a ideia de que o deficiente não possui função social, vez que independente de sua deficiência, existem outras ações ou atividades humanas que o deficiente físico pode desenvolver com excelência.

A falta de conhecimento da sociedade, em geral, faz com que a deficiência seja considerada uma doença crônica, um peso ou um problema. O estigma da deficiência é grave, transformando as pessoas cegas, surdas e com deficiências mentais ou físicas em seres incapazes, indefesos, sem direitos, sempre deixados para o segundo lugar na ordem das coisas. É necessário muito esforço para superar este estigma. (MACIEL, 2000, p. 01).

As normas legais brasileiras, em especial o Código Civil de 2002, fortalecem a proteção da dignidade humana do indivíduo portador de deficiência, garantindo o respaldo legal para a efetivação da igualdade social, bem como utiliza ferramentas que possibilitam garantia de direitos, a exemplo do Estatuto do Portador de Deficiência que é uma legislação especificamente direcionada aos deficientes.



4. DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ESTATUTO RESPECTIVO E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA: A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, art. 23, de forma sucinta, determina que os Estados-partes, em relação à pessoa com deficiência, tomem medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação, reconheçam a estas todos os direitos relativos à família (casamento, filhos, adoção, curatela etc.) e assegurem direitos e responsabilidade das pessoas com deficiência e instituições.

Todas as pessoas com deficiência passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade que antes não era reconhecida e hoje pode integrá-la e dar-lhe uma vida digna.

Como maneira de efetivar os direitos já garantidos pela Convenção o Estatuto surge também para efetivá-los, colocando a pessoa com deficiência em foco, garantindo dignidade e autonomia, além de dar enfoque para a acessibilidade e comunicação, efetivando o princípio da igualdade presentes não só na convenção internacional, como na Constituição Federal de 1988.

A dignidade da pessoa humana tem grande destaque na Constituição Federal, uma vez que ela é:

Uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana. Não é à toa que a Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra traz, também, estampada no seu artigo de abertura que “A dignidade da pessoa humana é inatingível. Respeitá-la e Protegê-la é obrigação de todo o poder público”. Foi, claramente, a experiência nazista que gerou a consciência de que se devia preservar, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana [...] Assim, para definir dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para contra elas, lutar. Então, se extrai dessa experiência histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque é. (NUNES, 2010, p. 62-63).

Isto posto é possível entender que o princípio da dignidade permeia todo o texto da Constituição de 1988 que, como um todo, trabalha para garantir a sua consumação. Por isso, por ser esse princípio uma prerrogativa de existir como ser humano, as pessoas com deficiência também gozam dele em sua plenitude.

Todavia, a inclusão da pessoa com deficiência ultrapassa as barreiras jurídicas e inclui, entre outras, as sociais e as econômicas, as questões do preconceito além de exclusão. Quanto à última, observa-se que o Estatuto, seguindo uma orientação internacional que prima pela construção de uma sociedade inclusiva e, dessa forma, capaz de atender às reivindicações de



diversas minorias, entre elas a das pessoas com deficiência, busca criar uma cultura de inclusão e de equalização das diferenças.

A Lei nº 13.146/2015 ainda prevê expressamente em seu art. 10º o exercício dos direitos e liberdades fundamentais, ou seja, significa a validação do princípio, mas a garantia à dignidade da pessoa humana, em razão da efetivação dos direitos daqueles grupos vulneráveis, como os idosos, crianças e pessoas portadoras de deficiência.

Desta forma, existe uma consonância entre as previsões da Convenção e o Estatuto no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, a garantia trazida no art. 1º da Lei nº 13.146 destaca que a forma de promover o exercício dos direitos e garantias fundamentais precisa ser em condições de igualdade. Não se pode, portanto, falar de dignidade humana sem tratar da igualdade, pois os dois princípios andam sempre juntos para tutelar a efetivação de políticas públicas.

O princípio da igualdade, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p.26), “se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais” e inaugura o capítulo dos direitos individuais na Constituição de 1988, sendo responsável por nivelar os cidadãos perante a norma legal posta.

De acordo com o autor o preceito da igualdade perante a lei, é voltado para o legislador e o aplicador da lei, pois a igualdade não é aplicada apenas às normas postas, mas a implementação por meio de políticas públicas e, quando necessário, a edição de novas normas. Isso porque a lei não pode ser fonte de um privilégio de uma grande maioria que se sente favorecido, mas como ferramenta reguladora da vida social, deve tratar com igualdade todos os cidadãos independentes de qual limitação se encontre sem haver distinção entre os cidadãos.

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (MELLO, 2005, p.45).

Uma consideração a ser feita refere-se ao art. 116 do estatuto instituiu o art. 1.783-A no Código Civil que introduziu o instituto da tomada de decisão apoiada. Além do mais, a criação do instituto não foi somente a única modificação introduzida pelo estatuto, tendo também o seu art. 155 alterado o Título IV do Livro de Direito de Família do Código Civil, passando a ser titulado como “Da tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada”.

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes



os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (CÓDIGO CIVIL, 2002).

A tomada de decisão apoiada coexistente e concorrente à curatela trata-se de um procedimento judicial, ambos são vinculados ao campo patrimonial. A tomada de decisão apoiada permite que a pessoa com deficiência mantenha autonomia para atuar, sem restrição de sua capacidade de fato, contando com o auxílio de apoiadores voluntários que assumem a missão de auxiliar a pessoa em seu cotidiano. É um mero apoio para auxiliar, cooperar, com as atividades cotidianas da pessoa e, por isso não deve ser confundido com a curatela, que apresenta como ponto importante o seu caráter patrimonial, sendo seu principal objetivo o de zelar e administrar os bens do curatelado. Além disso, acarreta uma mitigação extrema da personalidade do interditado, sendo, portanto, diminuída a capacidade de agir do curatelado.

Tendo em vista que a criação do novo instituto da tomada de decisão apoiada, bem como a curatela, possui como característica a necessidade de intervenção ser positiva ao deficiente, sendo que se o apoiador agir com negligência ou exercer pressão indevido no deficiente, será destituído de sua função a partir de uma denúncia fundada feita ao Ministério Público ou ao Juiz que participará de forma decisiva para assegurar a correção da relação processual entre beneficiário e apoiadores.

No instituto da curatela houve também significativas alterações e no rol dos legitimados para requerimento da interdição. Em regra, a curatela era aplicada aos portadores de deficiência mental, sendo agora regra excepcional e restrita aos aspectos patrimoniais e negociais. No rol dos legitimados a alteração para propositura da ação de interdição consiste na adição do próprio deficiente.

Portanto, o instituto da tomada de decisão apoiada se apresenta como um dos mais relevantes aspectos das recentes inovações no regime jurídico da capacidade civil. Isso porque, como é evidente, se presta à efetivação das garantias individuais e princípios contidos na Constituição Federal, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana como também o princípio da igualdade.

Diante disso, o aumento da autonomia das pessoas com deficiência, seguindo a tendência que vem sendo mundialmente adotada, se presta à manutenção do Brasil como país vanguardista na proteção das garantias individuais, bem como contribui para a consolidação do Estado Democrático de Direito.



Com o novo diploma, o casamento de pessoa que não podia manifestar vontade era considerado nulo. O portador de deficiência mental em idade núbil poderá contrair matrimônio ou união estável, constituindo família, expressando sua vontade diretamente ou por meio de responsável ou curador, além de poder também exercer a guarda e adoção, como adotando ou adotante em igualdade com as demais pessoas.

Percebeu-se que a Lei 13.146/2015 veio na hora exata ao conferir um tratamento mais digno às pessoas com deficiência, sendo uma verdadeira reconstrução valorativa aos dias de hoje, mas o grande desafio é a mudança de mentalidade, na perspectiva de respeito à dimensão existencial do outro e reconhecer que são tão merecedores quanto os demais.

5 A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A (RE)CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

A igualdade entre as pessoas é o principal ponto de atuação dos órgãos de proteção dos Direitos Humanos em todo o mundo, especialmente depois da entrada em vigor da Declaração Universal dos direitos Humanos, documento legal internacional que possibilitou regravar universalmente a salva guarda dos direitos humanos, garantindo dessa forma a isonomia mundial.

Em se tratando de proteção da dignidade humana dos indivíduos, o texto legal da Declaração Universal dos direitos humanos é taxativa quando determina que todos devem ser tratados com respeito e igualdade, não sendo admitido nenhuma forma de segregação, preconceito ou diferenciação entre os seres humanos.

Já em relação a pessoas portadoras de deficiência, verifica-se que os direitos garantidos constitucionalmente, tendo respaldo também em legislações internacionais, buscam especialmente a igualdade social nos mais diversos aspectos da vida humana (seja trabalho, educação, lazer, esportes, relações interpessoais), garantindo assim a inclusão social.

Historicamente, percebe-se que por longos anos os portadores de deficiência eram segregados, vez que a sociedade os considerava inúteis e os tornavam um grupo social sem oportunidades. Com o advento de normas protetivas no âmbito do respeito à dignidade humana do indivíduo, e em especial às normas direcionadas às garantias dos direitos dos portadores de deficiência, verificou-se a implementação da inclusão social dos portadores de deficiência,



garantindo a estes indivíduos acesso aos mais variados direitos, tais como educação, trabalho, mobilidade, ou seja, inclusão social efetivamente garantida.

Os direitos humanos não podem fazer nenhum tipo de distinção entre os indivíduos detentores deste direito. A segregação social, racial, ou de qualquer outro tipo, não é admitida de forma nenhuma, tendo em vista as normas garantidoras de direitos relacionados à dignidade humana dos indivíduos. Nesse contexto, entende-se que é dado aos deficientes os mesmos direitos dados aos não portadores de deficiência.

Importante mencionar, porém, que aos deficientes são asseguradas algumas prerrogativas constitucionais que lhes garantam a igualdade, vez que para a efetivação da inclusão social e a igualdade entre todos os seres humanos, faz-se necessário tratar desigualmente os desiguais, no limite de suas desigualdades, com vistas a garantir a igualdade de todos. (BRASIL, 2015).

Por tal perspectiva, verifica-se que a garantia de direitos da pessoa com deficiência favorece a inclusão social deste indivíduo, vez que a partir da execução das regras legais, por meio de políticas públicas e de forma apropriada, é possível garantir inclusão social de forma efetiva e contínua.

Conceituando inclusão social, tem-se que esta pode ser entendida como:

Tornar as pessoas participantes da vida social, econômica e política, assegurando o respeito aos seus direitos no âmbito da Sociedade, do Estado e do Poder Público. A inclusão é um processo que acontece gradualmente, com avanços e retrocessos isto porque os seres humanos são de natureza complexa e com heranças antigas, têm preconceitos e diversas maneiras de entender o mundo. Assim sendo, torna-se difícil terminar com a exclusão e mesmo existindo leis contra a mesma, não são leis que vão mudar, de um dia para o outro, a mentalidade da sociedade assim como o seu preconceito. (MACIEL, 2000, p.02).

Verifica-se, a partir dos conceitos acima expostos, que a inclusão social possui como fundamento o princípio da igualdade que somado ao da dignidade humana, garante aos portadores de deficiência acesso a todos os direitos inerentes ao ser humano, vislumbrando dessa forma, o direito de ir e vir e respeito ao cidadão.

A abordagem da deficiência também sofreu transformações significativas para o processo de inclusão das pessoas com deficiência. A transição do modelo médico para um modelo social substituiu o enfoque negativo da deficiência, por uma nova perspectiva onde a incapacidade do indivíduo é determinada não por suas restrições físicas, mas pelo contexto ambiental onde vive. De modo que os fatores ambientais podem restringir ou ampliar a interação de um indivíduo no espaço edificado, independente do mesmo apresentar ou não uma deficiência. (SIMONELLI, 2009, p.17).

É fundamental abolir o velho e ultrapassado entendimento de que o deficiente é um peso social, vez que a deficiência, seja ela física, mental ou sensorial, impede o deficiente de



desenvolver atividades delimitadas de acordo com suas limitações, não impedindo tais indivíduos de desenvolver outras atividades que a sua deficiência não atrapalha.

Neste contexto, a inclusão social e as políticas públicas tornam-se imprescindíveis, tendo em vista o preconceito e as diferenças, além das dificuldades pelas quais passam as pessoas portadoras de deficiência. Importante mencionar que a exclusão social não deve ser admitida como decorrente do contexto de vida em sociedade, vez que tal modelagem segregadora de vida em social acaba tolhendo direitos e criando barreiras de distanciamento entre os indivíduos. (SIMONELLI, 2009). Sendo assim, a garantia de direitos das pessoas com deficiência deve ser preservada de maneira exaustiva, tendo em vista, a ainda existente, dificuldade dos portadores de deficiência alcançarem a efetivação de direitos por diversos fatores, sejam eles culturais, sociais, financeiros ou de acessibilidade.

Um ponto que merece destaque na garantia de direitos do portador de deficiência e consequentemente na inclusão social pode ser verificado através da garantia de acessibilidade. Entende-se, pois, que acessibilidade pode ser considerada como:

As condições e possibilidades de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de edificações públicas, privadas e particulares, seus espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, proporcionando a maior independência possível e dando ao cidadão deficiente ou àqueles com dificuldade de locomoção, o direito de ir e vir a todos os lugares que necessitar, seja no trabalho, estudo ou lazer, o que ajudará e levará à reinserção na sociedade. (MEC, 2016).

Analisando todos os direitos inerentes ao ser humano, em especial aos portadores de deficiência, verifica-se que a cidadania também consubstancia um direito de todos. Por cidadania, entende-se a qualidade de ser cidadão, possuidor de direitos e deveres e a relação deste com o Estado para que sejam garantidas todas essas prerrogativas. (NABAIS, 2005). Levando em consideração o que já foi exposto, verifica-se que a inclusão social dos deficientes vem se firmando a cada ano que passa. As legislações brasileiras, em todas as esferas estatais, têm buscado garantia a efetivação deste direito, consubstanciando dessa forma a construção de uma cidadania pautada única e exclusivamente na garantia de direitos de todos os seres humanos, independente de sua condição, seja ela, física, mental, sensorial, social, ou qualquer outra diferença que existe entre os indivíduos. (SANTOS, 2015.)

Para os indivíduos portadores de deficiência, a inclusão social e consequente efetivação da cidadania é uma conquista, vez que a deficiência, por si só, já causa limitações e sentimentos de diferenciação perante dos demais indivíduos. Contudo, uma sociedade pautada pela igualdade, é possível tornar tais diferenças mais amenas, garantindo a todos os cidadãos o



direito de viver, crescer, se desenvolver físico, psíquico, acadêmico e economicamente, prezando desta forma a dignidade humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o trabalho percebeu-se que a Lei 13.146/2015 surgiu para beneficiar aquelas pessoas que possuem algum tipo de deficiência, seja ela psíquica, física ou intelectual, mas que conseguem, por mais difícil que seja, exercer suas vontades. Essas pessoas não serão consideradas relativamente incapazes, sendo agora entendidas como plenamente capazes, podendo praticar seus atos com proteção de seus interesses existenciais e patrimoniais, onde evidencia-se um dos benefícios deste novo instituto, a promoção da “autonomia da pessoa, sem cerceá-la”, ou seja, sem restrição da sua plena capacidade.

Cabe apontar que a nova Legislação além de resguardar àqueles que se encontram em vulnerabilidade, estará em igualdade com a Constituição Federal, assegurando assim, os princípios da Igualdade e da dignidade da pessoa humana, ocasionando uma mudança de foco na abordagem das pessoas com deficiência, objetivando uma maior liberdade do portador de deficiência mental. Nota-se o caráter inclusivo do aludido dispositivo pela amplitude do alcance de suas normas, concretizando uma conquista social ao consagrar um sistema normativo que contemple o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou diversos dispositivos do Código Civil, em especial nos aspectos da capacidade, da curatela, criou o instituto da tomada de decisão apoiada, entre outros aspectos.

Uma grande conquista entre as pessoas com deficiência foi a tomada de decisão apoiada, ou seja, não retira ou interfere na capacidade civil da pessoa, apenas estabelece-lhe auxílio para prática de determinado ato e tenha qualquer dificuldade prática na condução de sua vida civil, podendo optar pela curatela, diante de incapacidade relativa, ou pelo procedimento de tomada de decisão apoiada.

Diante disso, se reconhece a grande valia e o caráter inclusivo do Estatuto das Pessoas com Deficiência, e um instrumento importante de cobrança da efetivação desses direitos, por meio de políticas públicas, com suporte na mudança de mentalidade no seio social, bem como pelo correto manejo da nova legislação, a fim de privilegiar em sua plenitude os postulados da dignidade da pessoa humana e isonomia e com o apoio da sociedade convocada a participar



desse processo de conscientização, que é de fundamental importância, já que somente por meio dessa participação efetiva serão quebrados os paradigmas antigos em relação às pessoas com deficiência, construindo a formação de novos conceitos sobre essas pessoas.

Com a sociedade participante, os seus direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro poderão ser efetivos; assim, será garantido o pleno gozo destes por todos. Dessa forma, cumprir-se-ão os preceitos fundamentais que são necessários para a concretização do objetivo prioritário, idealizado pelo constituinte e resguardado pela Constituição Federal: o Estado de Direito.

Deve-se lembrar ainda que, para que as pessoas portadoras de deficiência tenham mudanças na sua qualidade de vida e possam de fato usufruir de dignidade e cidadania, investimentos públicos deverão ser feitos no sentido de qualificar profissionais que, de alguma forma, vão trabalhar ou interagir com essas pessoas, seja na área da saúde, na área da educação, no trabalho, lazer, ou em qualquer situação. Para isso é necessário que o governo invista em campanhas que objetivem a conscientização da sociedade no que diz respeito às necessidades e o acesso aos direitos da pessoa com deficiência. Baseado nisso, poderão ser utilizados os órgãos públicos, igrejas, entidades educacionais, mídia, etc. como mecanismos de comunicação que visem a transmitir e expandir informações ao grupo maior de pessoas. Informações estas que tenham capacidade de quebrar os paradigmas anteriores do preconceito e discriminação, com o objetivo de formar uma nova consciência social sobre a pessoa com deficiência e suas características.

Portanto, o Estatuto da Pessoa com deficiência traz forças para os deficientes lutarem pelos seus direitos e não mais aceitarem as exclusões proporcionadas por leis e institutos sem a devida observância dos direitos e deveres humanos dos portadores de deficiência. Diante da pesquisa realizada verificou-se que a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência visou trazer uma maior proteção aos deficientes, assim como a garantia de um tratamento mais digno, priorizando a autonomia de vontade dos mesmos, a fim de evitar práticas discriminatórias.

Dessa forma, os problemas enfrentados pelos portadores de deficiência não estão relacionados à carência de leis, visto que existem inúmeras normas internas e internacionais que garantem todos os direitos que essas pessoas necessitam para verdadeiramente serem incluídas socialmente. Ao contrário, a solução do problema passa pela mudança de paradigma



por parte da sociedade sobre os portadores de deficiência e, sobretudo, pela falta de políticas públicas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no ordenamento jurídico.

Assim, ficou evidente acerca das inovações jurídicas trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como considera-se as formas de proteção ao deficiente previstas na nova lei, quais sejam a curatela e a tomada de decisão apoiada. Por fim, examina-se os impactos da aprovação dessa nova legislação na teoria das capacidades no atual Código Civil. Com isso, verifica-se que o deficiente não será mais considerado incapaz, apesar de ser mantida a possibilidade de interdição como medida excepcional, tratando-os de forma igualitária com os demais indivíduos. Ademais, embora a legislação tenha o escopo de proteção e dignidade ao deficiente, ressalta-se que a regulamentação trazida no estatuto trará consequências em várias áreas do direito civil, o que, ao invés de trazer benefícios, pode acarretar um prejuízo aos mesmos.

Outra conquista com a entrada do Estatuto foi que o portador de deficiência mental em idade núbil poderá contrair matrimônio ou união estável, constituindo família, expressando sua vontade diretamente ou por meio de responsável ou curador, além de poder também exercer a guarda e adoção, como adotando ou adotante em igualdade com as demais pessoas.

Verifica-se, assim, a ressignificação das pessoas enquanto seres humanos, especialmente quando se trata do Direito de Família, tendo em vista que o Estatuto da Pessoa com Deficiência abriu um leque de vantagens e garantias das pessoas inseridas no contexto legal do referido diploma legal, tendo por base a individualidade, o respeito à dignidade humana e a cidadania de cada indivíduo.

O Direito de Família assume papel decisivo na melhoria da qualidade de vida das pessoas deficientes tendo em vista que os direitos civis são aqueles que contextualizam o indivíduo enquanto ser humano possuidor de direitos perante a sociedade. Nesse contexto, a repercussão da Lei do Deficiente perante o Direito Civil se caracteriza pela inserção social destes, demonstrando a igualdade de todos e a atuação humana de cada indivíduo de maneira isonômica, vez que traz para o contexto de ações da vida civil do deficiente, especialmente na seara do Direito de Família, atos que antes eram mitigados.

Por fim, pode-se perceber que os avanços atuais da legislação se tornam relevantes na conjuntura social versando a visibilidade da inclusão da pessoa com Necessidade Educacional Especial (NEE), em especial a pessoa com Transtorno do Espectro do Autismo. É válido



salientar que as leis são embasamentos para reflexões sobre o que é ser inclusivo e qual a importância do ato inclusivo na sociedade.

Conclui-se, assim, que a legislação ora analisada trouxe respaldo jurídico para as atividades e ações civis dos deficientes. Em termos de Direito de Família, percebe-se uma maior presença e aceitação do deficiente como indivíduo único, detentor de direitos, fato este que evidencia a cidadania deste e sua inserção social como sujeito de direitos. Este estudo não esgota o tema, contudo abre o caminho para que mais pesquisas se desenvolvam e seja possível desenvolver cada vez mais meios jurídicos eficazes que garantam os princípios protetores da dignidade humana de cada indivíduo na sociedade brasileira, evidenciando que a inclusão é um direito e não um privilégio.

7. REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Pessoa portadora de deficiência: proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed., rev., ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*. 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf Acesso em: 03, set. 2019.

_____. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em Acesso em: 03 set. 2019.

_____. *Código Civil Brasileiro*. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%2020ed.pdf> Acesso em: 03, set. 2019.

CARNEIRO, Luciana Vieira. *O Estatuto da pessoa com deficiência e seus reflexos na capacidade civil*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 set 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52101/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seus-reflexos-na-capacidade-civil>. Acesso em: 05 set 2019.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v.I

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 1023 p.



FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador, JusPodivm, 2ª ed., 2016, p. 243.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Parte Geral*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edição. Rio de Janeiro – Editora Forense. 2001.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação: Sua Aplicação às Relações de Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2010. 206 p. p. 31.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LIPP, Marilda Novaes. *Sexo para deficientes mentais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1988.

MACIEL Maria Regina Cazzaniga. *Portadores de deficiência: a questão da inclusão social* São Paulo Perspec. vol.14 no.2 São Paulo Apr./June 2000 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000200008 Acesso em: 05, setembro, 2021

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEC. Ministério da Educação e Cultura. *Acessibilidade*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/acessibilidade-sp-940674614> >. Acesso em: 02, setembro, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 48 p. p. 45.

MORAES, Alexandre de. *“Direito Constitucional”*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NABAIS, José Cassalta. *Solidariedade social, cidadania e direito fiscal*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 159 p. p. 62-63.

OLIVEIRA, Adriana Carla Silva de et al. *Manual de normalização bibliográfica para elaboração de monografia*. Natal: Universidade Potiguar, 2006. (Coleção Documentos Normativos da Universidade Potiguar: Série Laranja: Regulamento e Normas das Atividades Acadêmicas, v.1).



ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial sobre a deficiência*. World Health Organization, tradução Lexicus Serviços Linguísticos, São Paulo, SEDPcD, 2012.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 02, set. 2019.

PASCHOAL, SANDRA REGINA REMONDI INTROCASO. *A evolução histórica da principiologia dos códigos civis brasileiros e suas repercussões na teoria da responsabilidade civil*. 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-evolucao-historica-da-principiologia-dos-codigos-civis-brasileiros-e-suas-repercussoes-na-teoria-da-responsabilidade-civil/>>. Acesso em: 05, setembro, 2021.

PELUSO, Cezar [coordenador]. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri-SP, Manoela, 11^a ed., 2017, p. 2056. Disponível em: <<http://mackenzie.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788520453186/pages/21>>. Acesso em 04 set. 2019

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Lei 13.146 acrescenta novo conceito para a responsabilidade civil*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/>>. Acesso em: 05 set. 2019.

ROSENVOLD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2^o ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

RICHARDSON, R. J. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Ivana Assis Cruz dos. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as alterações no Código Civil de 2002*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4545, 11 dez. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45033>>. Acesso em: 2 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3^a ed. Ver. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Otto Marques da. *A Epopéia ignorada: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje*. 1987. Disponível em: <<https://issuu.com/amaurinolascosanchesjr/docs/-a-epopeia-ignorada-oto-marques-da->>. Acesso em: 03 set 2019. p. 16.

SIMONELLI, Ângela Paula. *Contribuições da análise da atividade e do modelo social para inclusão no trabalho das pessoas com deficiência*. 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/3331/2289.pdf?sequence=1> Acesso em: 30, setembro, 2021.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. v. único. 1 ed. São Paulo, SP: Editora Método, 2011.



Sobre as autoras:

Loriene Dourado | E-mail: lorienedourado@gmail.com

Doutoranda em Direito Público; Mestre em Direito; Possui graduação em Licenciatura Plena em Letras - Habilitação em língua Inglesa e Língua Portuguesa e suas respectivas Literaturas; graduação em Direito - CESREI - CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR (2018); Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (2018 - 2020); Pesquisadora do NPJURIS/UNESA; PESQUISADORA DO GRUPO DE PESQUISA EM DIREITOS HUMANOS E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL - GPDHTS da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO; Sócia proprietária no escritório - LORIENE_DOURADO ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA, Professora Universitária no Centro de Ensino Superior CESREI; Conselheira Deliberativa na Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica - ABMCJ/PB; Escritora; Palestrante; Professora no Governo do Estado da Paraíba - Educação à distância (EAD), Práticas Pedagógicas; Conciliadora e Mediadora do CENTRO JUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (2016 - 2018). Membro da Law and Society Association - USA; Atua em Direito Civil, e Direito Público; Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Atua nas seguintes áreas: Direito de Família e Sucessões; Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Ambiental.

Maria Marli Castelo Branco de Melo | E-mail: marlicastelobranco.adv@hotmail.com

Mestra em Direito Público e Evolução Social, pela Universidade Estácio de Sá - RJ, Especialista em Gestão Pública UEPB e Gestão Pública de Gênero, Raça e Etnia - UFPB, Graduada em DIREITO pela União de Ensino Superior de Campina Grande (2010) e Serviço Social, pela Universidade Regional do Nordeste (1974); Coordenadora da Coordenadoria Especial de Políticas Públicas para Mulheres do município de Campina Grande - PB, membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família e representa a Comissão dos Direitos da Família da OAB - PB. Membro da Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica - ABMCJCG. Membro da Law Society and Association - USA - LSA. Autora de Livro. Atua como Assistente Social na Vara da Violência Doméstica e Familiar de Campina Grande - TJPB



A responsabilidade civil pelo abandono afetivo: a necessidade da implementação de uma política pública para efetivação de direitos fundamentais

Civil responsibility for affective abandonment: the need to implement a public policy to enforce fundamental rights

Acácia Gardênia Santos Lelis¹

Universidade Tiradentes. Professora. Aracaju (SE). Brasil

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a necessidade de implementação de uma política pública que determine a responsabilização pelo abandono afetivo em razão das lacunas e ambiguidades legislativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. O sistema jurídico vigente no Brasil mostra-se insuficiente/deficiente para assegurar a necessária responsabilização dos pais que abandonam afetivamente seus filhos, o que vem acarretando a insegurança jurídica e a diversidade de entendimentos e posicionamentos doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema. O estudo é realizado a partir das normas vigentes e de propostas legislativas em tramitação, e que identifica a necessidade de se ter uma legislação própria acerca do tema, de modo que desestimule o abandono afetivo dos pais em relação aos filhos menores. Trata-se de um estudo fenomenológico e exploratório descritivo com análise de conteúdo.

ABSTRACT

The The present work aims to analyze the need to implement a public policy that determines responsibility for emotional abandonment due to the legislative gaps and ambiguities existing in the Brazilian legal system. The legal system in force in Brazil appears to be insufficient/deficient in ensuring the necessary accountability of parents who emotionally abandon their children, which has led to legal uncertainty and the diversity of understandings and doctrinal and jurisprudential positions on the subject. The study is carried out based on current regulations and legislative proposals in progress, which identifies the need to have specific legislation on the subject, so as to discourage parents' emotional abandonment of their minor children. This is a phenomenological and exploratory descriptive study with content analysis.

PALAVRAS-CHAVE:

Abandono Afetivo; Política Pública; Responsabilidade Civil.

KEYWORDS:

Affective Abandonment; Public policy; Civil responsibility

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4064-341X>



1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a necessidade de implementação de uma política pública com o propósito de criação de normas legais para a devida responsabilização civil nos casos de abandono afetivo, diante do descumprimento dos pais das funções estabelecidas pelo poder familiar. Apesar de o abandono afetivo ocorrer em diversas famílias brasileiras, ainda não possui uma legislação específica sobre o tema. Diante disso, o trabalho visa demonstrar todos os efeitos decorrentes desse abandono, de forma a identificar a importância de ter uma legislação específica sobre o assunto.

Segundo o Portal da Transparência do Registro Civil, que através apresenta à identificação do número de crianças registradas só em nome da mãe no Brasil – denominada Pais Ausentes, tem o número de superior a um milhão.

Essa realidade acompanha as mudanças sociais, e principalmente, as mudanças no Direito da Família. Entre essas mudanças, está a abordagem do abandono afetivo e sua forma de responsabilização. Atualmente na jurisprudência brasileira há julgados que condenam os pais por praticar o abandono afetivo, pois apesar de não possuir legislação própria, possui respaldo constitucional, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas, há também julgados que diversamente negam essa responsabilização por entender não existir previsão legal que fundamente tal decisão.

Dessa maneira, para melhor compreensão do tema o estudo parte da análise de conteúdo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, com base em estudos científicos confiáveis já realizados, dados de institutos, jurisprudências e projetos de leis. Também foi utilizada a legislação brasileira vigente, de modo a comprovar a necessidade de se ter uma norma específica que supra as lacunas legais para a responsabilização mais efetiva.

Posto isso, inicia-se o estudo compreendendo o fenômeno do abandono afetivo e as consequências daí advindas, bem como uma análise das decisões dos tribunais e os seus fundamentos para reconhecer ou não a responsabilização dos pais daí decorrentes. Somente a criação de normas legais que supram as lacunas legais para melhor fundamentar a responsabilização pelos danos decorrentes do abandono afetivo permitira a efetivação de direitos de crianças e adolescentes.



2 O DIREITO FUNDAMENTAL A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Os direitos e garantias fundamentais estão previstos de forma expressa pela Constituição Federal de 1988, e são fundamentados especialmente pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Este é considerado o núcleo do que deriva todos os outros princípios constitucionais.

A convivência familiar é também um direito fundamental de crianças e adolescentes, prevista no art. 227 da Constituição Federal, e também é pautada pela Dignidade da Pessoa Humana, a qual permite o pleno exercício das relações parentais, o desenvolvimento humano sadio, tanto no aspecto material e afetivo. Assim, é com base no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana que se forma a família, o planejamento familiar, a assistência, a liberdade e o respeito à individualidade de cada membro.

Dimas (2020, p. 541) defende que “atualmente não se constitui uma pessoa para uma família, mas uma família para a realização de uma pessoa”. Nesse sentido, é a partir dessa concepção de família, que os pais detêm o dever de cuidado quanto à formação dos filhos e eles se tornam sujeitos de direitos.

Logo, o direito constitucional da formação da família, visa assegurar ao filho o maior convívio com os pais. Assim, a ocorrência do divórcio em nada pode afetar esse convívio, e, portanto, não significa a ruptura do vínculo familiar. Sendo assim, faz mister a compreensão de que a família não se dissolveu, mas tão somente, a conjugalidade. E, devido a isso que é a convivência está diretamente ligada ao poder familiar, sendo os pais, detentores conjuntamente da autoridade sobre os filhos.

2.1 A IMPORTÂNCIA DOS PAPÉIS NAS RELAÇÕES PARENTAIS

As relações parentais são constituídas não só por vínculo biológico, mas também pelo vínculo da adoção, e daí estabelece-se o instituto do Poder Familiar. Acerca dessa expressão, é importante observar que ela apenas foi introduzida no ordenamento jurídico a partir do Código Civil de 2002. Assim, a mudança do pátrio poder para o poder familiar, foi efetivada após um longo período em que se entendia que a figura masculina (*pater familiae*) possuía total e absoluto poder perante os filhos e a mulher. Sendo assim, com essa mudança, os filhos tornaram-se sujeitos de direitos e deveres.

O poder familiar, na visão contemporânea e democrática, deve ser entendido como um ônus e não um bônus em relação aos pais. Dentre essas obrigações, deve-se incluir o dever se



assistência, de cuidado, de convivência familiar e de proteção. Isto porque, hoje, a criação dos filhos ocorre de forma participativa e colaborativa.

Desse modo, dentre as funções decorrentes do poder familiar dos pais, está a de criar e educar os filhos, conforme o artigo 1.634, I, do Código Civil Brasileiro:

Art. 1634: Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em: quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13058, de 2014).

I – dirigir-lhes a criação e a educação, (Redação dada pela Lei nº 13058, de 2014).

Ressalta-se que as funções do poder familiar não podem ser efetivas sem a observância dos princípios basilares do Direito da Família. E o art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988, traz de forma expressa o princípio da paternidade responsável. Nesse sentido, esse princípio deve ser pautado não apenas como uma assistência material, mas sim como a soma da assistência material com a assistência moral. Essa, por sua vez, não se resume ao amor – que não pode ser exigido –, mas sim ao afeto no sentido de cuidado. E é nesse sentido que se insere o abandono afetivo na sociedade, como a ausência do dever de assistência moral dos pais em relação aos filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, em seus artigos 21 e 22, destaca o papel dos pais na criação dos filhos, bem como toda a obrigação que decorre dessa relação, no que diz:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Nesse sentido, a autoridade parental não pode e não deve ser feita exclusivamente por um dos pais, mas em igualdade de condições, ou seja, tanto pelo pai como pela mãe. As relações que regem a formação da personalidade da criança são pautadas nas experiências de vida de ambos os pais, que perpassam de geração a geração. Desse modo, quando ocorre o abandono afetivo de um dos pais, a ausência de um acarreta na sobrecarga de deveres do outro.

Logo, a presença dos genitores como autoridade parental é a regra. A exceção é o abandono. E devido a isso, é que o Poder Judiciário é acionado para a resolução dos conflitos,



posto que o ônus dos pais, além de um dever material em si, é um dever jurídico de assistir e cuidar.

2.2 A IMPORTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA

A convivência familiar deve ser entendida como um direito da criança e um dever dos pais. A Constituição Federal trás de forma expressa, em seu art. 227, acerca da necessidade da convivência familiar fazer parte da rotina da criança e do adolescente.

De igual modo, as relações familiares possuem iniciativa livre para sua constituição. Todavia, uma vez sendo efetiva a constituição da família, este deve ser respaldado pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana e pela paternidade responsável. É o que se denota pela Constituição Federal em seu artigo 226, §7º.

Desse modo, se extrai do texto constitucional que a família deve assegurar o suporte para que se possa exercer, com condições mínimas, uma convivência familiar com ambiente seguro e afetivo, condições essas que propiciam um desenvolvimento completo do indivíduo, fundamentado pelos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana.

Fato é que, devido a convivência familiar ser um direito fundamental da criança e do adolescente, não deve ser ligada a conjugalidade dos pais. Isto porque, a ruptura do casamento não determina o desligamento dos vínculos dos pais com seus filhos e por isso deve ser assegurado, sob qualquer enfoque, o maior convívio dos pais com seus filhos. Na prática, porém, é devido à dissolução do casamento que, diversas vezes, ocorre o não cumprimento desse princípio básico. Sendo assim, é partir desse fato que se inicia do abandono afetivo.

A convivência familiar implica diretamente na formação social e psicológica da criança, posto que, a ausência de um dos genitores provoca danos irreparáveis no seu desenvolvimento, que se refletem pelo resto da vida. Atrelado a isso, está o estudo da psicanálise como forma de demonstrar a importância que o convívio com os familiares, afeta diretamente na formação da personalidade da criança. Assim, Groeninga entende que:

A personalidade se constrói pela combinação de aspectos herdados e constitucionais, com experiências marcantes da vida infantil e da vida adulta, que darão um sentido de continuidade ao ser” (...)

Personalidade que para seu desenvolvimento necessita do afeto do amor, caso contrário, efetivamente não sobrevivemos. Amor que não é uma qualidade instintiva, mas, que depende da aprendizagem de pautas relacionais, da convivência e dos exemplos, que fazem sua inscrição no



psiquismo, de forma consciente e inconsciente. Se não tivermos quem nos cuide, e com amor, faleceremos ou ainda, não nos humanizamos. (GROENINGA, 2005, p. 447).

Diante disso, a personalidade da criança se constrói de acordo com os exemplos vividos e adquiridos, através de experiências familiares. Todavia, não basta apenas uma convivência familiar pura, mas sim uma convivência saudável, de modo que a formação da personalidade da criança seja pautada nos valores éticos, morais, baseados na empatia e na diferença entre o certo e o errado.

A esses valores que norteiam a formação da personalidade, está o ego e o superego. Assim, Groeninga, traz de forma mais detalhada a explicação acerca dessas instâncias da personalidade, no que dispõe:

É também na família que se desenvolve fundamentalmente a capacidade ética, de empatia, e os valores morais em maior ou menor sintonia com o resto da personalidade. Como apontado acima, é por meio da convivência que se dão as identificações que formarão as instâncias de personalidade, o ego e o superego. Este último é o representante da lei, internalizada, dos valores ante os quais o indivíduo vai se pautar e desenvolver sua auto-estima (sic), sua consciência moral. O superego contém as recomendações de conduta, o que não pode e como se deve ser relativamente a determinados padrões que foram internalizados, os preceitos morais. Enquanto que a ética é a capacidade de agir do ego, baseada na função da empatia. Para que a personalidade possa se desenvolver livremente, espera-se que as identificações que formam o superego – as experiências e os exemplos que se tem, inclusive culturais -, estejam em sintonia com o resto da personalidade e com as funções do ego, integrando a identidade. (GROENINGA, 2005, p. 448-449).

Sendo assim, a identidade do indivíduo é construída de acordo com a genealogia da família. Dessa maneira, sua estrutura está interligada nas diferenças existente em cada membro familiar somado aos meios sociais aos quais são inseridos. Assim, as experiências culturais pertencentes às subjetividades de cada um dos membros, são passadas em forma de ensinamento para os filhos. Portanto, pode-se dizer que personalidade é formada pela: família e cultura.

Além disso, apesar do desenvolvimento da criança ter fortes relações com sua infância, não se constrói apenas nessa fase. O desenvolvimento em busca de uma formação de personalidade está em constante evolução e é devido a essa evolução que a família se torna a base estrutural de amparo da criança e a base da sociedade juridicamente reconhecida.

Logo, a vivência com os pais somada as relações com os outros parentes, é de suma importância para que ocorra um desenvolvimento livre, mas ao mesmo tempo pautado de princípios básicos do ser humano. Princípios esses que são responsáveis pela formação de um ser humano responsável.



2.3 CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO PARENTAL AFETIVO

A saúde emocional da criança está sempre atrelada à convivência e a sua relação com os genitores. Durante o desenvolvimento psíquico-social da criança cada um dos pais contribui com suas experiências vividas e com o meio social no qual estão inseridos, de modo que permite a criança um desenvolvimento da personalidade saudável e completo.

Ocorre que, na falta de um dos pais, a criança além de não conseguir ter um desenvolvimento psíquico-social completo, adquire diversos problemas de ordem emocional que refletem em sua vida adulta. A essa falta denomina-se de abandono afetivo. E é a partir dessa concepção que é estudado as consequências que o abandono afetivo traz na vida de uma criança.

Acerca dessas consequências, Bicca defende que o abandono afetivo acarreta:

A criança abandonada pode apresentar deficiências no seu comportamento social e mental para o resto da vida. A dor da criança que esperava por um sentimento, ainda que mínimo, de amor ou atenção, pode gerar distúrbios de comportamento, de relacionamento social, problemas escolares, depressão, tristeza, baixa autoestima, inclusive problemas de saúde, entre outros devidamente comprovados por estudos clínicos e psicológicos. (2015, p. 47)

Nesse sentido, quando ocorre a falta de cuidados de um dos pais apresenta dificuldade em se relacionar e distúrbios comportamentais, o primeiro impulso dos adultos é não associar essa problemática ao abandono afetivo sofrido pelo menor, mas sim culpar o meio, como por exemplo, a influência de amigos. Devido a isso, é que pode aumentar as chances de todos os problemas apresentados na infância perdurarem a vida adulta.

Os autores Lee *et al.*, apresentam o percentual de crianças e adolescentes que sofrem com a depressão ou transtorno depressivo maior (TDM) e como isso afeta a vida adulta, no que dispõem:

Estima-se uma prevalência anual de TDM em torno de 2% em crianças e de 4 a 7% em adolescentes.² Uma importante metanálise observou que o início da doença na infância tem caráter episódico e crônico, com um aumento subsequente de futuros episódios na adolescência e na idade adulta, com taxas de recorrência entre 45 e 72%, em um período de 3 a 7 anos. (LEE et al, 2012, p. 56)



Sendo assim, a falta de afeto e de cuidado com a criança não afeta apenas a sua infância, mas toda a sua vida. Ocorre à formação de um adulto propenso a desenvolver problemas psicológicos, dificuldades de comunicação no ramo do trabalho e nas relações interpessoais.

Outrossim, o abandono afetivo está ligado ao não cumprimento do princípio da paternidade responsável. Assim, a negligência quanto à responsabilidade de cuidar, educar, impor limites e participar ativamente da vida do filho somando as condições econômicas desfavoráveis, facilita a inserção do menor na criminalidade.

Ramos (2010) assevera que um estudo feito, em Minas Gerais, no Centro Socioeducativo Santa Clara, aponta que 45% dos 55 jovens internados nesse local, sofreram abandono afetivo pelo pai quando crianças. Dessa maneira, a sobrecarga das funções com a criação do filho e sustento do lar pelas mães, facilita o acesso do menor ao polo de criminalidade. Isto ocorre não pelo abandono afetivo em si, mas em conjunto deste com os fatores sociais nos quais as famílias, diversas vezes, estão inseridas.

Portanto, a partir das consequências gravíssimas que pode ser apresentada devido ao abandono afetivo, é que se releva a importância da convivência familiar saudável na vida da criança e do adolescente. É a partir da relação com ambos os pais, que o menor adquire estabilidade emocional e menores são as chances do envolvimento com a criminalidade.

3. A RESPONSABILIZAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade civil pelo abandono afetivo nasce com a perspectiva de tornar a incidência desse abandono, haja vista o caráter punitivo e preventivo da indenização. Assim, a responsabilidade como princípio jurídico, deve regular as relações familiares de modo a garantir o efetivo cumprimento do dever dos pais com seus filhos.

Nesse contexto, independe se o filho foi planejado ou não, pois, a partir da sua concepção, os pais automaticamente devem assumir todas as responsabilidades inerentes à criança, quais sejam a criação, educação e a imposição de limites, pautados no cuidado com o filho menor.

Logo, o ônus que os pais detêm em cuidar dos filhos é um dever jurídico e não apenas moral. Assim, o percurso jurídico que é inserido o abandono afetivo, passa pela



responsabilização civil aos danos causados a criança, com posterior aplicação da sanção civil, como caráter punitivo e preventivo.

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Alguns doutrinadores defendem que o abandono afetivo quando praticado por um dos pais, pode acarretar a perda do poder familiar com base no que dispõe o artigo 1.638, II do Código Civil, no que diz:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
II - deixar o filho em abandono;

Outras consequências também podem advir do abandono afetivo, como defende Bicca:

Há necessidade de efetivas e severas punições aptas a desestimular essa reprovável conduta. Decretar apenas a perda do poder familiar a quem já abandonou o filho seria absurdamente premiar o infrator. Deve-se concluir que o pai (ou a mãe) que abandona o filho não tem nenhuma intenção de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, ou seja, assistir, criar, educar, ou muito menos, tê-lo em sua companhia ou guarda. (BICCA, 2015, p. 17)

É a partir dessas premissas que surge a fundamentação legal para admitir-se o ato ilícito que implique na responsabilização civil por abandono afetivo. Isso em decorrência de que a responsabilidade civil é um fenômeno jurídico apto a reparar os danos causados decorrentes das relações humanas, ou seja, é uma reparação jurídica de uma conduta ilícita humana, seja ela uma ação ou omissão, mesmo que não seja possível voltar ao *status quo ante*.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho, a responsabilidade civil corresponde:

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar) (2021, p. 16).

A partir se admita a possibilidade de responsabilidade civil nessa hipótese faz-se necessário o preenchimento de seus pressupostos. Contudo, não há unanimidade doutrinária acerca do tema. Na visão doutrinária de Gonçalves (2020) para que haja caracterização da responsabilidade civil, os pressupostos essenciais correspondem a: ação ou omissão do agente, a culpa, relação de causalidade e dano.



Em contrapartida, Stolze e Pamplona (2021) defendem que a nova concepção de responsabilidade civil é dual, ou seja, abrange tanto a responsabilidade subjetiva quanto a responsabilidade objetiva. Defendem ainda que os pressupostos da responsabilidade são tríplice: conduta, dano e nexo de causalidade.

Para fins deste trabalho é adotada a concepção da existência de três pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: conduta, dano e nexo de causalidade. A culpa é entendida como um elemento accidental da responsabilidade, já que no ordenamento jurídico brasileiro, existe a dupla reponsabilidade.

Realizada as considerações iniciais, serão analisados individualmente os pressupostos da responsabilidade civil. Assim, para que ocorra a responsabilização do agente faz-se necessário que seja cumprido alguns requisitos, entre eles, que o agente pratique alguma conduta ilícita. Nesse sentido, a conduta pode ser comissiva ou omissiva. Será comissiva, quando a pessoa praticar algum ato e omissiva quando ela deixar de praticar um ato no qual poderia ter feito.

Nas premissas de Stolze e Pamplona, a conduta humana pode ser assim caracterizada:

Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. Assim, em nosso entendimento, até por um imperativo de precedência lógica, cuida-se do primeiro elemento da responsabilidade civil a ser estudado, seguido do dano e do nexo de causalidade. (STOLZE; PAMPLONA, 2021, p. 23)

Contudo, além da conduta, é necessário que dessa conduta seja gerado um dano. Assim, na seara do dano, este pode ser patrimonial, moral ou estético. O Enunciado nº 8 do IBDFAM, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito da Família, dispõe sobre a reparação no abandono afetivo, no que diz: “O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.” Sendo assim, em relação ao abandono afetivo, o dano correspondente é o dano moral, que atinge o direito da personalidade da criança.

A esses direitos a Constituição Federal de 1988, traz de forma expressa, em seu art. 5º, X, no que diz:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;



Nesse sentido, quando o genitor, que detém o ônus de cuidar do filho, não cumpre com sua obrigação, o dano causado à criança, não corresponde à violação do direito de amar, mas sim aos direitos da personalidade da criança.

Outrossim, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186, estabelece como ato ilícito aquele que causar dano a outrem. De igual modo, o art. 927 do CC/02, estabelece a obrigação de indenizar do agente, no que dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Diante disso, para que haja a responsabilidade, é imprescindível que haja dano a um bem tutelado, pois não há o que se falar em responsabilização civil sem que tenha um direito violado de outrem. Da mesma maneira, é necessário que ocorra a certeza do dano, haja vista apenas o dano certo pode ser indenizável e para que sua efetivação ocorra, faz-se necessário a sua prova em juízo.

Todavia, nem sempre o dano deverá ser provado em juízo. É o chamado dano *in re ipsa*. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro existe a possibilidade de o dano ser presumido, e, devido a isso, a sua existência em si já demonstra o dano sofrido pelo indivíduo.

Por fim, tem-se o nexa causal. Para que seja de fato configurada a responsabilidade civil do indivíduo, é necessário que exista um liame entre a conduta do agente com o dano causado. Sendo assim, sem essa ligação entre os pressupostos, não há como imputar a alguém a prática ilícita cometida.

Logo, o abandono afetivo se configura, para fins de responsabilidade civil, como uma conduta omissiva de um dos pais em relação ao filho, que enseja danos psicológicos que podem perdurar da infância à vida adulta. Assim, através desse liame entre a conduta e o dano é que resta demonstrado a existência de nexa causal para fins de responsabilidade civil. E, devido a isso, que cada vez mais se faz presente à procura pelo judiciário, de forma socioeducativa, para que novos casos não venham ocorrer.

3.2 DAS MODALIDADES DE ABANDONO PARENTAL

Os pais, na condição de guardiões, têm a obrigação de assegurar aos filhos toda assistência necessária para a sua segurança e desenvolvimento. Esse dever está previsto constitucionalmente, no artigo 229 da CF. A partir dessa concepção, é possível concluir que o abandono não existe apenas na modalidade afetiva. Entre os tipos de abandono passíveis de punição, estão o abandono material e o intelectual, ambos já definidos expressamente por lei. Sendo assim, será analisado de forma individual cada um dos abandonos existentes na legislação e na jurisprudência.

O abandono material consiste na omissão dos pais em prover financeiramente recursos para o sustento dos filhos. Aqui, não se fala, exclusivamente, do não provimento em si, mas sim, de modo que o deixar de prover enseje necessariamente no sustento do filho. O abandono material possui amparo no Código Penal Brasileiro, no artigo 244, que dispõe:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Nesse diapasão, para que seja configurado o abandono material, é necessário que o pai ou a mãe atuem sem justa causa, ou seja, que sua conduta não tenha amparo legal. Isto porque, agindo de acordo com o estado de necessidade, não há o que se falar em punição pelo abandono material. Além disso, para esse tipo penal não existe na forma culposa, apenas o dolo. À vista disso, portanto, o abandono material é tão nocivo a criança quanto o abandono afetivo.

De igual modo, o abandono intelectual também é conduta típica no Código penal, sendo definido como crime, no artigo 246 do CPB. Para que o abandono intelectual seja caracterizado é necessário que o filho esteja em idade escolar e que os pais atuem sem justa causa na falta de prestação de assistência ao menor. Frise-se que a idade escolar compreende o menor com idade entre 4 (quatro) anos e 17 (dezessete) anos, de acordo com o art. 208, I da CF/88.

O abandono intelectual, portanto, é de suma importância para o desenvolvimento da criança. Devido a isso, sua ocorrência pode gerar graves problemas de aprendizado, pois é a partir da infância que o desenvolvimento psíquico-social e intelectual está em fase de



construção. Sendo assim, a ausência de assistência para instrução primária do filho, pode refletir na sua vida adulta.

Por fim, outra forma de abandono é o objeto de estudo do presente trabalho, ou seja, o abandono afetivo, que de forma diversa não está expressamente definido pela legislação. Este corresponde a ausência do pai ou da mãe no dever de cuidado com o filho, o qual será abordado a seguir.

3.3 O ABANDONO AFETIVO E A SUA CARACTERIZAÇÃO COMO ATO ILÍCITO NO DIREITO BRASILEIRO

O abandono afetivo é um termo utilizado no Direito da Família que consiste na ausência paterna ou materna em cumprir com suas responsabilidades quanto ao filho menor, ou seja, a ausência do dever de cuidado.

Pereira (2020) dispõe acerca da importância do dever de cuidado, no que diz:

Qualquer pessoa, da infância à velhice, para estruturar-se como sujeito e ter um desenvolvimento saudável, necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto, no sentido de cuidado, conduta (PEREIRA, 2020, p. 397).

Como já dito, não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhum dispositivo que traga expressamente o abandono afetivo. A partir disso tem-se uma construção doutrinária e jurisprudencial quanto aos elementos configuradores extraídos dessa conduta que configure o ato ilícito, dentre eles tem-se a ausência do cuidado.

Assim, nota-se que a responsabilização do abandono afetivo não corresponde ao dever de amar, pois esse é facultativo e ninguém pode ser obrigado a amar. O abandono, em verdade, corresponde ao dever de afeto, no sentido de cuidado. Sendo assim, a ausência de sentimento pelos pais, não o desobriga das suas responsabilidades de educar e cuidar.

Esse foi o entendimento utilizado no julgado cuja Relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão que condenou o pai ao pagamento de indenização por abandono afetivo, fundamentou seu voto nos seguintes termos:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)



O referido julgado foi aplicado como precedente para novas decisões, reforçando o cabimento da responsabilização sob o fundamento aí aplicado. Assim, através desse princípio, o afeto é quem regula a relação entre os membros familiares, e, devido a isso, é que se pode afirmar a existência da família.

Quando as relações familiares não são pautadas no afeto, e, por conseguinte, ocorre o abandono afetivo, o ato ilícito que enseja a responsabilização de um dos pais, decorre do descumprimento do poder familiar, da falta de cuidado e não da ausência do sentimento amor.

Logo, não há o que falar em monetizar o amor para fins de responsabilização civil do abandono afetivo, porquanto o dever de cuidado é valor jurídico previsto na legislação, apto para que enseje a indenização do pai ou mãe que não o cumprir.

4. POLÍTICA PÚBLICA PARA CRIAÇÃO DE NORMA QUE FUNDAMENTE A RESPONSABILIZAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 926, caput, estabelece: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Contudo, as decisões que envolvem o abandono afetivo nem sempre foram uniformes. Devido a isso, prenominava nos tribunais brasileiros, a insegurança jurídica.

De fato, a evolução jurisprudencial acompanha as relações e necessidades humanas em satisfazer os conflitos. E com o crescente número de casos envolvendo o abandono afetivo, como já visto, é que se tornou urgente e necessário um entendimento uniforme acerca de sua responsabilização.

A primeira condenação a título de dano moral referente ao abandono afetivo, aconteceu no ano de 2003, na 2ª Vara da Comarca de Capão Canoa/RS, que fixou indenização de 200 salários-mínimos vigentes na época. A revista Consultor Jurídico, traz trechos da sentença, no qual o juiz fundamenta:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da Lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança.

Contudo, mesmo havendo condenação favorável ao abandono afetivo, ainda era constante a insegurança jurídica. Devido a isso, sucederam vários julgados entendendo não ser



possível a reparação civil por abandono afetivo. Em um desses entendimentos, tem-se a decisão da Quarta Turma do STJ, em 2005, que julgou improcedente a demanda, que diz:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)

Na decisão, um dos fundamentos que sustentou a improcedência do pedido, foi no sentido de que a configuração de reparação para abandono afetivo estaria afastando por completo qualquer interesse de proximidade do pai com a filho. Além disso, enfatizou que não compete ao Judiciário obrigar alguém a amar outrem.

Cumprе ressaltar que, a existência do abandono afetivo, por si só, já demonstra a falta de vontade de convivência do pai com o filho. Dessa maneira, não há o que falar em afastamento por completo do pai com o filho devido a procedência da ação e, conseqüentemente, a reparação do dano.

A insegurança jurídica acerca do tema foi evidente, até o ano de 2012, como entendimento firmado pelo STJ pela reparação do abandono afetivo, com o fundamento da Ministra Nancy Andrighi, da 3º Turma do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.



(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Somente a partir dessa emblemática decisão, é que condenou o pai ao pagamento da importância de 200 salários-mínimos vigente à época, é que as vítimas do abandono afetivo podem sentir acolhidas pelo Judiciário.

Atualmente a atual posição do STJ sobre o assunto, é de que o abandono afetivo é passível de reparação civil por caracterizar ato ilícito, haja vista o dever de cuidado é um valor jurídico previsto na legislação.

Logo, a partir desse contexto, percebe-se que a consolidação jurisprudencial sobre o abandono afetivo é um marco importante para as pessoas que sofrem dia a dia com a falta do pai ou mãe, porém, não pode ser a única forma de respaldo do assunto. E é a partir dessa premissa, que se faz necessário a analisar as propostas legislativas existentes na atualidade.

Portanto, este capítulo visa a demonstrar a necessidade da implementação de uma política pública com vistas a normatizar expressa e inequivocamente a ilicitude do ato que permita acarretar a responsabilização em decorrência do abandono afetivo, de modo que perpetue a segurança jurídica nos tribunais brasileiros e a consolidação sobre a punição dos casos de abandono afetivo.

Entende-se como Política Pública:

As políticas públicas são uma categoria jurídica útil para a análise das funções do Estado? Como o direito racionaliza o tema? Qual a expressão jurídica das políticas públicas? Pode-se falar em um “regime jurídico das políticas públicas”? As políticas públicas, isto é, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, são um problema de direito público, em sentido lato (BUCCI, 1997, p. 91).

Dessa forma, tendo em vista que as Políticas Públicas são ações desenvolvidas pelo governo para garantir direitos à população, tem-se assim, que a criação de normatização específica que defina a ilicitude, permitirá a efetivação de direitos dos filhos pelo descumprimento dos pais de suas obrigações em casos de abandono afetivo. Encontra-se em tramitação alguns projetos de leis que visam essa normatização.

O abandono afetivo, hoje, possui respaldo jurídico na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, posto que regulam as funções do decorrentes do poder familiar e as consequências do seu descumprimento.

Ocorre que, o abandono afetivo não está inserido de forma direta na legislação brasileira, ou seja, não possui regulamento próprio em matéria cível e penal. Por conta disso, atualmente,



tramita no Congresso Nacional dois projetos de lei que falam especificamente sobre o abandono afetivo: o PL n° 4.294/2008 e o PL n° 700/2007.

O Projeto de Lei n° 4.294/2008, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra do PMDB/MT, atualmente, está em trâmite na Câmara dos Deputados, aguardando designação do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC. E tem como objetivo, acrescentar parágrafo único ao artigo 1.632 do Código Civil de 2002 e ao artigo 3° do Estatuto do Idoso (Lei n° 10.741/03).

No Código Civil em vigor, o artigo 1.632, regula: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

Sendo aprovado o Projeto de Lei n° 4.294/2008, passará a estabelecer o parágrafo único, a saber:

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)

Sendo assim, restará devidamente caracterizado que os pais têm o ônus do dever de cuidado e que as relações parentais não se dissolvem junto à ocorrência do divórcio. Isto porque, a relação de pai e filho é um laço eterno, e, conseqüentemente, as obrigações decorrentes dessa relação devem ser sempre efetivas e reguladas.

Outrossim, o Projeto de Lei n° 700/2007, de autoria do ex-Senador Marcelo Crivella do Republicanos/RJ, atualmente, está em trâmite na Câmara dos Deputados. Tem como objetivo, modificar a Lei n° 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para tornar o abandono afetivo ato ilícito civil e penal.

Entre as diversas modificações, no artigo 4° da lei, passará a constar os §§ 2° e 3°, que irão dispor:

§2° Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3° desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitaçãõ periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§3° Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II- a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.(NR)



De igual modo, os artigos 5º, 22, 24, 56, 58, 129 e 130, passarão por alterações, que em síntese, correspondem a tornar a conduta de omissão que ofenda o direito fundamental da criança ou adolescente, como ato ilícito sujeito a reparação; o ônus dos pais no dever de sustento e convivência com os filhos, dentre outros; a comunicação ao Conselho Tutelar, pelos dirigentes do ensino fundamental, nos casos de abandono; e o afastamento do responsável pela moradia comum na hipótese de negligência.

Ainda prevê o acréscimo do art. 232-A a Lei, que diz:

Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos do §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena – detenção, de um a seis meses.

À vista disso, pode-se perceber através das normas que visam regular o abandono afetivo, o seu caráter punitivo e preventivo. De fato, com a consequente aprovação dos referidos projetos de lei, não cessará por completo a ocorrência do abandono afetivo, porém diminuirá sua incidência, haja vista sua função dissuasória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que o ramo do Direito da Família está em constante evolução, acompanhada pelas mudanças sociais. As crianças e dos adolescentes que antes eram vistos como objetos, hoje, são sujeitos de direitos e deveres, com proteção máxima da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A convivência familiar saudável tornou-se fundamental para o desenvolvimento sadio do menor. A afetividade, dever ser o guia das relações familiares, de modo que o dever de cuidado, que hoje é elemento jurídico, seja sempre tutelado. O exercício das funções parentais prescinde do cumprimento de todas as responsabilidades legais, sob pena de responsabilização. A definição dessas responsabilidades deve ser estabelecida em lei para maior segurança jurídica, cabendo ao Estado, frente a verificação da flagrante demanda, como medida de política pública visando a efetivação de direitos de crianças e adolescentes constitucionalmente assegurados.

Logo, diante de tudo que o abandono afetivo proporciona à crianças e adolescentes a demonstração da importância em se ter uma convivência, no mínimo saudável entre os



familiares, se faz mais do que necessário que os projetos que lei acima expostos, sejam aprovados para o bem da sociedade, e principalmente, para o bem das vítimas do abandono.

Nesse contexto, assim como as mudanças sociais ensejam também mudanças nos ramos do direito, o abandono afetivo precisa aderir a essas evoluções, de modo a tornar efetiva, através de legislação própria, a sua reparação civil e penal. O futuro das crianças e dos adolescentes, vítimas do abandono afetivo, e da sociedade depende dessa efetiva mudança. Isto porque, somente com medidas de caráter punitivo e preventivo, a incidência do abandono afetivo, bem como as consequências decorrentes de sua atuação, será diminuída.

6.REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rafael. *O abandono afetivo: Consequências práticas no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Goiânia, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1193/1/RAFAEL%20PERES%20VILELA%20ARA%c3%9aJO%20-%20Artigo%20pdf.pdf>> Acesso em: 26 abril 2021

BICCA, Charles. *Abandono Afetivo: O dever de cuidado e a responsabilidade civilidades por abandono de filhos*. Brasília: OWL Editora, 2015. Edição do Kindle.

BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil de 2002*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 13 maio de 2022.

BRASIL. Código Penal (1940). *Código Penal de 1940*. Brasília, DF. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 7 maio de 2022.

BRASIL Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jan. 2017.

BRASIL Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.294, de 12 de novembro de 2008*. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>> Acesso em: 12 de maio 2022.



BRASIL Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). *Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990*. Brasília. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 5 de maio 2022.

BRASIL Senado Federal. *Projeto de Lei nº 700, de 06 de dezembro de 2007*. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

BRASIL Superior Tribunal Justiça (3º Região). *Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9)*. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abr. de 2012. Data da Publicação: 10 /05/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 27 de janeiro 2022.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial nº 757411/MG (2005/0085464-3)*. Recorrente: V DE P F DE O F. Recorrido: A B F (MENOR). Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de nov. de 2005. Data da Publicação: 27/03/2006. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 12 de maio 2022.

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. Políticas públicas e direito administrativo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 34 n. 133 jan./ mar. 1997.

CAMPOS, Amanda Duarte. *Dever de cuidado: Causas e Consequências do Abandono Afetivo*. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso, Direito. Goiânia, 18 de nov. 2020. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/272/1/ARTIGO%20CIENT%203%20FICO%20AMANDA%20DUARTE.pdf>>. Acesso em: 12 maio de 2022.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 8º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591798/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

CNJ, Agência de Notícias. *Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo*. Conselho Nacional de Justiça, 21 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo/>>. Acesso em: 07 maio 2022.

CONSULTOR JURÍDICO. *Pai que tem que pagar indenização por abandono de filha*. junho, 2004. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2004-jun-18/pai_pagar_indenizacao_abandono_filha#:~:text=Car%C3%A2ncia%20afetiva&text=A%20decis%C3%A3o%20foi%20tomada%20pelo,est%C3%A1%20em%20fase%20de%20execu%C3%A7%C3%A3o.>. Acesso em: 11 de maio 2021



GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol. 3. 19. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655593624/cfi/6/4!/4/10/2@0:0>>. Acesso em: 5 maio de 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617173/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 5 maio 2022.

GROENINGA, Giselle Câmara. *O Direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Em: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito da Família. Belo Horizonte. 2005. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/19.pdf>>. Acesso: 30 mar. de 2022.

IBDFAM. *IBDFAM Aprova Enunciados*. 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em: 5 maio 2022.

LÁZARO, Natália. *Dia dos pais pra quem? Com 80 mil crianças sem pai, abandono afetivo cresce*. Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/dia-dos-pais-pra-quem-com-80-mil-criancas-sem-pai-abandono-afetivo-cresce>>. Acesso: 5 de maio 2022.

LEE, Fu-I *et al.* *Transtornos Afetivos na Infância e na Adolescência*. Porto Alegre: Artmed, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536326726>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990183/cfi/6/2!/6/2/2@0.00:0>>. Acesso em: 26 abril de 2022.

MADALENO, Rolf.; BARBOSA, E. (coord.). *Responsabilidade Civil no Direito da Família*. São Paulo, Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000689/cfi/4!/4/4@0.00:5.52>>. Acesso em: 3 maio 2022

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993443/cfi/6/2!/4/2@0:0>>. Acesso em: 5 maio 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992996/cfi/6/2!/4/2@0.00:0.00>>. Acesso em: 7 maio de 2022.



RAMOS, Raphael. *Ausência do pai contribui para criminalidade entre jovens*. Minas Gerais: Revista O TEMPO, 2010. Disponível em: < <https://www.otempo.com.br/cidades/ausencia-do-pai-contribui-para-criminalidade-entre-jovens-1.249628> > . Acesso em: 27 abr. 2022.

Sobre a autora:

Acácia Gardênia Santos Lelis | E-mail: acacialelis@gmail.com

Advogada, Doutora em Direito pela linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Sociedade Superior Estácio de Sá (RJ); Mestre em Direito pela PUC (PR), do Programa de Direito Econômico e Socioambiental; Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Sergipe; Conselheira Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (SE); Presidente da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/SE; Presidente Estadual do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/SE); Membro Suplente do Conselho Estadual da Criança e do Adolescente do Estado de Sergipe; Coordenadora de Pós Graduação em Direito de Família e Sucessões da Universidade Tiradentes; Professora do Curso de Direito da Universidade Tiradentes (SE); Professora do curso de Direito da Faculdade Pio Décimo e membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE), Avaliadora de Trabalhos do Conpedi nos anos de 2017 e 2018; integrante do grupo de pesquisa sobre a mulher e a família da Faculdade Tiradentes, como atuação na área do Direito de Família, da Infância e Violência Doméstica e Intrafamiliar.



Na intersecção da cidadania brasileira: promovendo os direitos e a inclusão de mulheres refugiadas por meio de políticas públicas

At the intersection of brazilian citizenship: promoting the rights and inclusion of refugee women through public policies

Oswaldo Pereira de Lima Junior¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor Adjunto. Caicó (RN). Brasil

Luana Cristina da Silva Dantas²

Mestre em Direito. Advogada. Rio de Janeiro (RJ). Brasil

RESUMO

O crescente fluxo de mulheres refugiadas para o Brasil desperta questões inadiáveis sobre sua inclusão e reconhecimento enquanto cidadãs no cenário nacional. Este estudo visa investigar, por meio de uma perspectiva teórico-jurídica e uma abordagem interseccional, o processo de (re)construção da cidadania dessas mulheres no Brasil, enfatizando a importância de políticas públicas inclusivas. Tem-se a hipótese de que as dinâmicas de inclusão e efetivação de direitos dessas mulheres, conforme articuladas nas políticas públicas e na Constituição de 1988, são fundamentais para sua (re)construção como cidadãs. Analisa-se a intersecção entre gênero, raça, classe e status legal na experiência dessas mulheres. O estudo busca abordar o impacto das políticas públicas no acesso a serviços e direitos, visando superar as barreiras de gênero que influenciam seu processo de acolhimento e refúgio. Como metodologia, utiliza-se estrutura teórico-conceitual, o método qualitativo e a pesquisa documental exploratória

ABSTRACT

The rising influx of refugee women to Brazil raises urgent questions about their inclusion and recognition as citizens. This study, through a legal-theoretical perspective and intersectional approach, investigates the process of citizenship (re)construction for these women, highlighting the need for inclusive public policies. It hypothesizes that the dynamics of inclusion and rights realization, as articulated in public policies and the 1988 Constitution, are crucial for their citizenship (re)construction. It examines the intersection of gender, race, class, and legal status in their experiences, aiming to address the impact of public policies on access to services and rights to overcome gender barriers affecting their reception and refuge process. The methodology includes a theoretical-conceptual framework, qualitative methods, and exploratory document research.

PALAVRAS-CHAVE:

Distopia; Psicologia; Justiça; Controle; Liberdade; Contemporaneidade.

KEYWORDS:

Dystopia; Psychology; Justice; Control; Freedom; Contemporaneity.

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0019-1391>

² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0495048405086469>



1. INTRODUÇÃO

No poema *Conversas sobre casa* (*online*, 2012), a escritora queniana Warsan Shire, uma mulher refugiada, descreve: “[...] quando encontro outros como eu, reconheço a ânsia, a perda, a memória das cinzas em seus rostos. Ninguém deixa a casa a não ser que a casa seja a boca de um tubarão”. A autora recolheu os traços deste poema em uma visita feita à embaixada somali abandonada em Roma, onde encontrou jovens refugiados e refugiadas que transformaram aquele lugar em sua nova casa. Tais versos despontam, pela lente artístico-literária, a instabilidade, o medo e a incerteza que permeiam a vida dos refugiados e refugiadas. No poema, a locução “casa” aduz à representação alegórica, de um lado, do lugar que é deixado (furtado) por razões que fogem à esfera volitiva dos indivíduos, delineando o conceito de refúgio. De outro ponto, ilumina o significado da ideia de cidadania como direito a ter direitos apta a nascer em uma outra casa, em um lar seguro, que seja capaz de acolher, incluir e refugiar.

Os fatores que provocam o deslocamento forçado são sempre aterradores e trágicos. Questões delicadas como identidade, gênero, perda, pertencimento, cidadania, sociabilidade, memória, violação e privação de direitos fundamentais básicos caminham ao lado de um conflito ou guerra cuja dimensão é capaz de provocar uma mobilidade migratória não-voluntária. O fenômeno dos refugiados tem longa e antiga raiz na História da humanidade. É possível afirmar que, desde o momento em que fronteiras foram desenhadas sobre a terra, pessoas precisaram atravessá-las para fugir de graves problemas na sua comunidade e procurar *refúgio* em outro lugar. Os últimos dois séculos, todavia, foram distintos na formulação de um quadro epistêmico e normativo a respeito do fenômeno dos refugiados e de montagem de um sistema global, regional e local de proteção das pessoas em situação de refúgio. Um importante passo foi dado com a criação, pela Organização das Nações Unidas (ONU), do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em 1950, que, a princípio, teria mandato temporário e fora concebido para oferecer uma resposta e agenda para os problemas dos refugiados da Segunda Guerra Mundial. Em 1951, foi convocada e aprovada a Convenção de 1951 (conhecida como Convenção de Genebra de 1951), com seu protocolo facultativo instituído em 1967.

A Convenção de 1951 representou o primeiro acordo jurídico internacional para a proteção dos refugiados e estabeleceu os fundamentos do sistema internacional de proteção das pessoas em situação de refúgio. Segundo a definição legal oferecida pela Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados¹, *refugiado* é a “pessoa que se encontra fora do seu país por causa de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião



política ou participação em grupos sociais”. O documento arquiteta em seu traçado, também, um consenso pontual e geograficamente restrito do fenômeno dos deslocamentos forçados, uma vez que institui o *conceito* de refugiado calcado na condição subjetiva do refugiado europeu durante os desdobramentos da 2ª Guerra Mundial.

Essa construção epistêmica e normativa demonstra que, muito embora os refugiados estivessem presentes, igualmente, no Sul Global², e precisassem de proteção, quando Convenção de 1951 foi formulada e adotada na Europa, essas pessoas não eram consideradas como refugiadas – na acepção técnico-formal do termo – sob a ótica da convenção. Esta limitação geográfica e temporal refletiu as preocupações imediatas do pós-guerra na Europa, mas não abordou adequadamente as situações de refúgio que emergiam em outras regiões do mundo.

A Convenção de 1951, embora um marco fundamental no tratamento jurídico dos refugiados, foi inicialmente moldada pelas circunstâncias específicas do pós-guerra europeu. Esta orientação, centrada nas experiências europeias, não capturou adequadamente a amplitude e a diversidade dos cenários de refúgio que emergiram em outras regiões do mundo, demonstrando uma abordagem inicialmente limitada no reconhecimento da complexidade global do fenômeno do refúgio. Com o tempo, isso revelou a necessidade de uma expansão e adaptação do conceito legal de refugiado para abarcar as diversas situações de deslocamento forçado que surgiam globalmente. Assim, houve um progressivo reconhecimento de que as circunstâncias que geravam a migração involuntária de pessoas transcendiam as fronteiras europeias, abrangendo contextos geográficos e históricos diversos.

Nesse sentido, a definição de refúgio foi ampliada pela Convenção Africana (1969) e pela Declaração de Cartagena (1984), passando a conter elementos objetivos, quais sejam: “ou obrigada a deixar seu país devido a conflitos armados, violência generalizada e violação massiva dos direitos humanos”³. Nesse brevíssimo, vê-se que a migração forçada compõe uma experiência eminentemente jurídica, ética, política, de poder, social, humanitária e discursiva. Conforme Cassese (2009, p. 5), a relação entre os direitos humanos e a soberania dos Estados na esfera internacional é marcada por uma tensão inerente. Esta tensão é refletida, igualmente, no desenvolvimento das normativas internacionais relativas aos refugiados e refugiadas, destacando a dualidade presente entre a necessidade de proteger direitos humanos universais e a prerrogativa dos Estados em manter sua soberania.



Por um lado, a soberania dos Estados é a base do sistema internacional, moldando políticas e relações entre as nações. Por outro, os direitos humanos fundamentais, reconhecidos como inerentes a todos os indivíduos, demandam proteção e promoção além das fronteiras nacionais. Nessa dinâmica, Cassese (*ibid.*) destaca o paradoxo dos Estados que podem ser, ao mesmo tempo, promotores e violadores dos direitos humanos. Essa dinâmica contextualiza a necessidade de abordar os direitos humanos de maneira universal e interconectada, como estabelecido na Conferência Internacional sobre Direitos Humanos em Viena, de 1993, reafirmando a natureza indivisível e interdependente dos direitos humanos.

A promoção dos direitos humanos, embora universalmente reconhecida como inerente a todos os seres humanos, implica um complexo entrelaçamento de instrumentos jurídicos, tratados internacionais, decisões de órgãos competentes e a interação constante com as legislações nacionais dos Estados. Essa relação intrínseca revela um desafio contínuo na adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais aos padrões internacionais, refletindo a tensão entre a universalidade dos direitos humanos e as peculiaridades jurídicas e culturais de cada nação.

Na sequência deste entendimento, posta-se fundamental reconhecer que a efetiva implementação dos direitos humanos requer um equilíbrio delicado entre normas internacionais e realidades nacionais. O processo de integração de tratados internacionais aos ordenamentos jurídicos locais demonstra tanto a capacidade quanto os limites dos Estados em adaptar-se a padrões globais. Este equilíbrio, embora desafiador, é essencial precisa garantir que os direitos humanos não permaneçam como ideais abstratos, mas se transformem em realidades vivenciadas e palpáveis. Assim, os Estados devem atuar como mediadores ativos, não apenas incorporando normas internacionais, mas também assegurando que estas sejam aplicáveis e relevantes em seus contextos socioculturais específicos (Ramos, 2019).

Esta tensão, no quadro das migrações involuntárias, é sublinhada por Di Cesare (2020), que afirma que, na paisagem política contemporânea, dominada pela figura do Estado-nação, a pessoa refugiada é frequentemente percebida (atribuição de *status*) como uma figura indesejada, um desafio à ordem estabelecida, e o *Estado*, portanto, não lhe diz respeito, tampouco *o quadro de direitos que o substancia*. A pessoa refugiada, nesse sentido, não é considerada merecedora da proteção e dos direitos tipicamente reservados aos cidadãos. Essa marginalização, alimentada por políticas soberanistas, ignora o princípio fundamental dos direitos humanos, que preconiza a igualdade de direitos para todos, independentemente de sua



nacionalidade ou *status* legal. Conseqüentemente, a pessoa refugiada enfrenta uma realidade paradoxal, em que a busca por segurança e dignidade (diretos fundamentais inatos), se confronta com a resistência dos sistemas estatais em reconhecer e assegurar seus direitos fundamentais.

Essa percepção é alimentada por políticas soberanistas que fundamentam a recusa da entrada de refugiados, apesar de não haver qualquer justificativa para isso. Além da tensão entre direitos humanos e soberania estatal, observa-se que políticas públicas e retóricas anti-imigratórias têm desempenhado um papel significativo no cenário político global da atualidade. Tais políticas têm sido utilizadas como plataformas para eleger líderes e partidos, muitas vezes com promessas de reforço de fronteiras e restrições à imigração. Exemplos incluem a construção de muros físicos em fronteiras de alguns países, bem como medidas legais, administrativas e burocráticas mais rigorosas para controlar o fluxo de imigrantes e refugiados. Estas ações e agendas governamentais, não raro, pautadas sob o pretexto de proteger a segurança nacional, intensificam a marginalização dos refugiados e imigrantes e desafiam cotidianamente os princípios internacionais de direitos humanos, solidariedade e a ética de justiça global, especialmente no que diz respeito ao significado e aos direitos associados à população migrante e refugiada.

A revolução epistemológica do século XXI, profundamente influenciada por correntes filosóficas, feministas, decoloniais e perspectivas emergentes do Sul Global, propõe uma reavaliação crítica das estruturas sociais, políticas, econômicas e culturais. Esta revisão busca reestruturar o campo da investigação científica, colocando em foco as formas pelas quais narrativas, conceitos e direitos foram historicamente moldados sob a hegemonia do Norte Global e marcados por legados de colonialismo e patriarcalismo. Esta hegemonia tem perpetuado padrões desiguais de existência, marginalização cultural e formas contemporâneas de neocolonialismo. Conforme articulado por Fanon (2022), essa realidade pode ser interpretada como um mundo dividido entre a "zona do ser" e a "zona do não-ser", revelando os complexos desdobramentos sociopolíticos dessas divisões. A tensão entre políticas soberanistas e a necessidade de proteção dos direitos dos refugiados, especialmente das mulheres refugiadas, exige uma revisão crítica das estruturas e paradigmas existentes. A revolução epistemológica proposta pelo Sul Global, feminista e decolonial, fornece uma perspectiva essencial para dismantelar as hegemonias históricas e construir um mundo mais justo e equitativo.



1.1 NOTAS SOBRE A PROTEÇÃO DAS MULHERES REFUGIADAS

A discussão sobre os direitos das mulheres, embora frequentemente inserida no contexto mais amplo dos direitos humanos, adquire uma relevância particular quando as experiências dos refugiados são analisadas, um dos grupos mais vulneráveis do mundo. Esta análise deve considerar especificamente as questões de gênero, dado que as mulheres e crianças constituem a maioria dos refugiados e deslocados internos e enfrentam riscos elevados de violência física e outras formas de exploração baseadas no gênero.

A virada epistemológica mencionada anteriormente se reflete em variados domínios da vida, abrangendo os símbolos sociais e culturais, as estruturas jurídicas, institucionais, e até mesmo as concepções sobre o que significa *ser uma pessoa* e *ser um cidadão* ou uma cidadã. Central para este artigo, portanto, reconhecer e evidenciar que, apesar de mulheres sempre terem desempenhado um papel crucial e ativo na configuração das migrações, incluindo deslocamentos forçados, a literatura e as epistemologias sobre o tema, durante um longo período, relegaram à mulher-migrante uma posição secundária, passiva e submissa. Parte dessa omissão no campo do conhecimento se origina da histórica marginalização das mulheres como protagonistas relevantes ou sujeitos históricos secundários em detrimento da figura do homem, especialmente o homem branco e detentor de propriedades, considerado o padrão referencial para a sociedade e, igualmente, para as normas jurídicas.

Apesar da histórica marginalização no campo do conhecimento, o atual cenário de deslocamentos migratórios, especialmente das diásporas forçadas, denota o papel central das mulheres. Isso exige uma reinterpretação teórica do fenômeno migratório, incorporando a perspectiva de gênero, a interseccionalidade e reconhecendo a autonomia e os direitos das mulheres refugiadas. É essencial que esta abordagem crítica e filosófica não apenas analise dados quantitativos, mas também explore os aspectos qualitativos das migrações. Além disso, considere as dimensões éticas, sociais, jurídicas e políticas na promoção dos direitos humanos para mulheres migrantes e refugiadas no contexto das políticas de acolhimento.

O conceito de refugiado, historicamente moldado por uma perspectiva eurocêntrica, tem sido regulamentado sob a premissa da “neutralidade de gênero”. No entanto, essa abordagem revela graves equívocos e apagamentos, pois ignora as nuances e especificidades dos diferentes grupos, especialmente das mulheres refugiadas. A formulação técnico-jurídica dessa definição, ao negligenciar as experiências das mulheres, perpetua uma visão limitada e



descontextualizada. Esse apagamento é ainda mais pronunciado no caso das mulheres, cujas experiências únicas de deslocamento e processo de refúgio são frequentemente invisibilizadas pelo viés universalizante dessa abordagem. Assim, faz-se necessário um reexame crítico dessa conceituação para incorporar a diversidade e complexidade das experiências de todos os refugiados, reconhecendo as disparidades e necessidades específicas de diferentes grupos, sobretudo das mulheres.

Até o momento, a perseguição com base no gênero ou direcionada especificamente contra mulheres ainda não foi plenamente reconhecida e integrada no conceito formal de refúgio. Mesmo quando a perseguição de gênero é o principal motivo para o deslocamento forçado, a demanda das mulheres refugiadas muitas vezes é negligenciada ou invisibilizada. Na maioria dos casos, os pedidos de refúgio feitos por estas mulheres são fundamentados na perseguição por “pertencerem a um determinado grupo social” ou em face de “violência generalizada e violações massivas dos direitos humanos”.

2. CIDADANIA PARA MULHERES REFUGIADAS: ANÁLISE TEÓRICA E INTERSECCIONAL DA NOÇÃO DE CIDADANIA NO CONTEXTO ESPECÍFICO DAS MULHERES REFUGIADAS

A conceituação de cidadania para mulheres refugiadas é um tema complexo que exige uma análise teórica cuidadosa da noção de cidadania no contexto específico das mulheres que buscam refúgio. A cidadania é tradicionalmente definida como o *status* jurídico que confere direitos e responsabilidades aos indivíduos dentro de um Estado-nação. No entanto, a aplicação desse conceito ao contexto das mulheres refugiadas é muitas vezes desafiadora, devido às circunstâncias peculiares que enfrentam e a posição que ocupam na sociedade. Mulheres refugiadas frequentemente fogem de conflitos armados, perseguições políticas, violência de gênero e outras formas de opressão em seus países de origem. Essas experiências podem afetar profundamente sua capacidade de exercer seus direitos e sua cidadania plena. A conceituação de cidadania para mulheres refugiadas, portanto, vai além do aspecto legal e envolve a criação de condições que permitam a essas mulheres participar plenamente da sociedade e da comunidade que as acolhe, reconhecendo e enfrentando os desafios de gênero e outras barreiras que possam encontrar ao longo do caminho.



2.1 EM BUSCA DE REFÚGIO: CIDADANIA REIVINDICADA

A questão da cidadania das mulheres refugiadas e seus direitos é um assunto extremamente relevante para o direito e para a justiça social. Enquanto os Estados continuam a afirmar seu controle sobre as fronteiras e a soberania, as mulheres refugiadas muitas vezes enfrentam uma posição de vulnerabilidade e marginalização. Para discutir a cidadania e os direitos dessas mulheres, posta-se imprescindível questionar a noção de que migrantes e refugiados são “o outro” e explorar como essa perspectiva afeta suas buscas por refúgio e segurança.

Na concepção de cidadania presente na Constituição de 1988 do Brasil, a cidadania é compreendida como um conjunto abrangente de direitos e deveres que garantem a participação plena e igualitária dos indivíduos na sociedade. Neste contexto, a situação dos refugiados se apresenta como uma questão jurídica profunda, pois estes enfrentam não apenas a expulsão de seus países de origem, mas também a perda ou a ausência de acesso a esses direitos fundamentais e, portanto, da sua cidadania. Conforme analisado por Lima Jr. e Hogemann (2019, p. 77), esse processo representa uma desconstrução concreta e paulatina do conceito de *pessoa*, ocorrendo uma diminuição *da pessoa* e de sua *agência*, processo pelo qual “[...]a perda de direitos, então, reflete numa gradual mudança de *status* moral. Decai-se de alguém para algo. Não há como atravessar a barreira da quebra de direitos essenciais sem que se proceda, direta ou indiretamente, à admoestação, à condição moral da pessoa” (*ibid.*).

Esse fenômeno resulta da visão anacrônica de uma cidadania formalista, que vincula a nacionalidade e a homogeneidade da população como requisitos prévios para a cidadania. A cidadania não deve depender do local de nascimento, mas precisa ser fundamentada em princípios universais de justiça, dignidade humana e solidariedade comunitária e ética.

No Brasil, conforme Schwarcz e Starling (2018), a história da cidadania é uma “história inconclusa”, marcada por lutas constantes por direitos, inclusão e reconhecimento de novos sujeitos e sujeitas. A trajetória da cidadania brasileira reflete uma tensão entre ideais de universalidade e práticas contumazes de exclusão e desigualdade, especialmente em relação a questões de raça, etnia e classe social. Schwarcz e Starling (*ibid.*) destacam como o legado da escravidão, as disparidades socioeconômicas e as políticas de exclusão continuam a moldar o acesso à cidadania no país. As autoras argumentam que a “cidadania plena”, no Brasil é, ainda,



uma utopia, com a necessidade de uma maior conscientização social e políticas públicas inclusivas que transcendam as barreiras históricas e estruturais. Dessarte, como se vê, o processo de aquisição da cidadania ocorre em um ambiente histórico dinâmico e vivo, que se modifica consideravelmente entre diferentes nações, tempos históricos e grupos sociais, exemplificado pela experiência distinta do Brasil e das mulheres, mas ainda assim, se alinha a um conjunto comum de ideais e à alocação-fruição de direitos vinculados à pessoa.

Assim, no Iluminismo, por exemplo, os direitos que floresciam no Século Iluminado eram exercidos por determinados grupos sociais, refletindo uma realidade em que os ideais iluministas de *liberdade, igualdade e fraternidade* coexistiam paradoxalmente com práticas de exclusão e desigualdade. Este contraste evidencia como, mesmo sob uma retórica de direitos universais, a prática efetiva da cidadania era muitas vezes limitada por barreiras sociais, políticas, raciais e de gênero. Especificamente, no caso do Brasil e das mulheres, vê-se como essas disparidades se manifestam: no Brasil, a herança da escravidão e as complexidades socioeconômicas e paradigmas patriarcais moldaram uma trajetória específica de cidadania, inclusive para as mulheres, marcada por desafios contínuos à inclusão plena e igualitária de todos os cidadãos e mais tortuosa e espinhosa para determinados grupos.

Segundo Lima Jr. e Dantas (2020, p. 289),

O novo universo de sujeitos de direitos, igualdados sob a égide de critérios definidos como positivos em oposição-contradição aos socialmente excluídos, “diferentes”, “não-sujeitos”, sinalizou a tática supressão de setores sociais – nesse rol as mulheres, determinando “igualdade” equivocada, dissonante, confusa.

Para as mulheres, a luta foi contra a marginalização histórica e pela conquista de direitos civis e políticos, frequentemente negados. O conceito de cidadania no Brasil, conforme Carvalho (2002), é profundamente influenciado pela história e dinâmica sociopolítica do país. O autor salienta a complexidade do significado do termo, evidenciando que direitos como liberdade de pensamento e voto não garantem automaticamente outros direitos fundamentais, como segurança, moradia, educação e emprego. Ademais, a liberdade e a participação política não solucionam problemas sociais mais amplos e estruturais. Diante disso, posta-se necessário debater criticamente a ideia restrita de cidadania, limitada à participação legal e formal. Uma compreensão mais ampla da cidadania deve incluir, nesse sentido, formas de participação menos formalistas e introduzir a noção inegociável de fruição de direitos civis, políticos e sociais e a promoção da dignidade humana.



A cidadania, no contexto dos refugiados e, mais especificamente, das mulheres refugiadas, apresenta desafios únicos que são frequentemente negligenciados nos modelos tradicionais de cidadania. Esses modelos tendem a funcionar como veículos para processos de interpelação que estabelecem e reforçam uma hierarquia dominante de identidades e necessidades, muitas vezes marginalizando ainda mais aqueles que já estão em posições vulneráveis. No cerne dessa discussão está a teoria da interseccionalidade (Crenshaw, 1989), que oferece uma lente crítica para entender como as diversas categorias de diferença – gênero, raça, classe, localidade, orientação sexual e origem nacional – operam simultânea e interativamente, afetando as experiências de indivíduos e grupos. No caso dos refugiados, e particularmente das mulheres refugiadas, essa interseccionalidade é profundamente significativa.

As mulheres refugiadas enfrentam múltiplas camadas de desafio: como refugiadas, lidam com o deslocamento involuntário, a perda de suas comunidades, identidades e redes de suporte e apoio, e a necessidade de se inserir em sistemas legais e sociais em seus países de acolhimento. Como mulheres, enfrentam discriminação de gênero e são frequentemente expostas a riscos adicionais, incluindo violência própria da condição de *ser mulher*.

Na proposição de Bell Hooks (2019), particularmente em sua abordagem feminista “da margem ao centro”, vê-se a importância de reconhecer e abordar as experiências e desafios específicos enfrentados por mulheres refugiadas. A autora enfatiza a necessidade de trazer as experiências das mulheres, especialmente aquelas em posições marginalizadas, para o debate sobre cidadania, justiça social e direitos humanos. Isso implica uma mudança na maneira como as políticas públicas são formuladas e implementadas, garantindo que as vozes das mulheres refugiadas sejam ouvidas e suas necessidades específicas sejam atendidas. A abordagem de Bell Hooks (2019) desafia as narrativas dominantes e promove uma compreensão mais inclusiva e equitativa da cidadania, reconhecendo as intersecções de gênero, raça, classe e condição de refugiada nas experiências das mulheres.

Ser uma mulher refugiada é estar em uma posição específica de desvantagem que abarca desde os perigos e desafios típicos do *status* de *refúgio* até uma multiplicidade de riscos e formas de discriminação intensificados pelos marcadores sociais de marginalização. Assim, fatores como raça, classe e orientação sexual podem agravar ainda mais essa posição interseccional (Sirma Bilge; Ann Denis, 2010). As abordagens convencionais de cidadania, muitas vezes ancorados em ideias de nacionalidade, *status* legal e participação política, podem



falhar em reconhecer essas complexidades e, de modo ativo, restringir a capacidade das mulheres refugiadas de reivindicar seus direitos e necessidades.

Ao impor uma hierarquia de identidades, esses modelos de cidadania podem priorizar algumas vozes e necessidades em detrimento de outras. Além disso, reforçam estruturas de poder, opressão e privilégio existentes na sociedade. Essas abordagens acabam perpetuando um ciclo de exclusões e marginalizações, em que as experiências e necessidades de grupos menos privilegiados são sistematicamente negligenciadas ou invisibilizadas. Isso cria e fomenta uma dinâmica social em que as vozes dominantes continuam a moldar a narrativa de cidadania e de direitos, enquanto as vozes marginalizadas lutam para serem ouvidas e reconhecidas.

De acordo com Sirma Bilge e Ann Denis (*ibid.*), a teoria da interseccionalidade ilumina os múltiplos desafios enfrentados pelas mulheres refugiadas. A interseccionalidade revela que as experiências de opressão e marginalização não são uniformes, mas variam significativamente de acordo com a sobreposição de diferentes identidades e contextos sociais. Os modelos convencionais de cidadania muitas vezes falham em reconhecer e atender às necessidades de grupos marginalizados, como refugiados e, em particular, mulheres refugiadas. Esses modelos tendem a impor uma hierarquia de identidades e necessidades, marginalizando ainda mais aqueles que não se enquadram em suas definições restritivas.

3. ÉTICA DO ACOLHIMENTO: POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DAS MULHERES REFUGIADAS NO BRASIL

Neste tópico, examina-se políticas públicas de acolhimento no Brasil, com foco específico na inclusão das mulheres refugiadas. A discussão se debruça em entender sobre como essas políticas podem ser moldadas pela ética da alteridade, que enfatiza a importância do reconhecimento e valorização da diversidade e individualidade dos refugiados. Este olhar visa assegurar que as mulheres refugiadas, que enfrentam desafios específicos, sejam incluídas de maneira eficaz e respeitosa nas estratégias de acolhimento e inclusão das políticas públicas.

A ética da alteridade tem sua base na filosofia do encontro ou dialógica com o “outro”, isto é, na conjugação do “eu” com o “outro”. Ocorre na reciprocidade do “ser” com os ser(es). Nesse quadro epistêmico, a concepção de alteridade brota da ética da existência, que considera a condição humana e social da *pessoa* e, pela consciência ética, que compreende sua responsabilidade pelo outro. Nessa vereda, Lévinas (2010) afirma que o viés ético da alteridade



pode ser colocado como fenômeno assimétrico, em que as dessemelhanças entre as pessoas, suas diferenças, devem ser validadas e “significar o mote das finalidades sociais e jurídicas” (LÉVINAS, 1988, p. 21). Para o autor, “filosofia [é] sabedoria que o rosto do outro homem ensina” (2010, p. 285). A face do Outro revela nossa realidade e nossa humanidade, portanto. Essa ideia preconiza a percepção de que a existência da relação do “Entre-Nós”, em Lévinas, se projeta por meio da relação intersubjetiva, assinalada pela chamada “vulnerabilidade mutual”, cerne da responsabilidade interpessoal que se manifesta na convivência, na diferença, no viver relacional e na consideração valorativa do Outro como *pessoa*.

A filosofia ética de Lévinas, como também a ética da alteridade, reverbera fundamentalmente na compreensão do fenômeno contemporâneo dos refugiados e, portanto, das mulheres refugiadas. Isso porque, ao destacar o dever (obrigação) ético para com o Outro e a responsabilidade humana (da pessoa) para com os indivíduos, sobretudo aqueles vulnerabilizados e colocados à margem, não raro, do próprio direito, o encontro ético da filosofia *levinasiana* propugna o olhar “face a face” com o outro, para reconhecer a humanidade compartilhada e promover uma resposta ética a esse encontro. Dentro da filosofia das migrações, significa refletir o acolhimento e a inclusão de refugiados e refugiadas como elemento realizador da própria condição da existência do “eu”. Dessarte, essa relação pressupõe identificar as estruturas e normas, além do dever moral (ético e jurídico), de estabelecer pontes de proteção, de amparo e de refúgio. A ênfase da alteridade, da diferença e da responsabilidade, por sua vez, ressalta a importância de cultivar relações de respeito mútuo e convivência, elementos fulcrais da inclusão e do acolhimento.

No mesmo caminho, a filosofia ética da alteridade deve ser realizada na *Pólis* e, portanto, nas políticas públicas. A conexão entre a filosofia e a ética da alteridade e sua aplicação prática nas políticas públicas é uma área de considerável importância no estudo das dinâmicas sociais e políticas contemporâneas. O conceito de alteridade, que alberga a importância do “outro” na formação da identidade e da moralidade, desafia as noções tradicionais de individualismo, enfatizando a necessidade de reconhecer e valorizar aqueles que são diferentes ou marginalizados na sociedade. Essa abordagem filosófica não se limita a teorias abstratas e encontra sua realização prática na *Pólis* – o termo grego para cidade ou comunidade política. A *Pólis* é o espaço onde a alteridade deve ser vivenciada e realizada, indicando que a prática deste conceito filosófico se enraíza na vida comunitária e social.



No contexto das políticas públicas, a ética da alteridade se transforma em uma ferramenta poderosa para a inclusão e a valorização da diversidade. Políticas públicas, vistas como ações intencionais de governo que visam atender às necessidades da coletividade, tornam-se o meio pelo qual os princípios éticos e filosóficos são traduzidos em ações concretas. Ao incorporar a ética da alteridade nas políticas públicas, governos e instituições têm a oportunidade de criar sistemas e programas que respeitem efetivamente a dignidade e os direitos de todos os indivíduos, especialmente os mais vulneráveis, como refugiados e minorias.

Essa interconexão entre teoria e prática é ferramental para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva. No arco que tangencia a ética da alteridade e as políticas públicas, tem-se que, conforme Alvaro Chrispino (2016), uma política pública pode ser entendida como a ação intencional de governo que visa atender às necessidades da coletividade. Esta definição implica que as políticas públicas devem ser concebidas e implementadas com a consciência de sua responsabilidade para com todos os membros da sociedade, incluindo grupos minoritários, como as mulheres refugiadas. O conceito de política pública revela a ação intencional do governo voltada para atender às necessidades da coletividade, com impacto na estruturação da sociedade. Tal concepção ressalta que as políticas públicas não são meros instrumentos administrativos ou burocráticos, são, na essência, “manifestações da arte de governar e de mediar os conflitos inerentes aos agrupamentos sociais” (Chrispino, 2016, p. 19). De modo que, ao considerar a política pública como um meio de atender ao que é “público”, ou seja, o que pertence ou afeta a coletividade, reconhecemos a sua capacidade de moldar a realidade social, econômica e cultural de uma nação (*ibid.*).

As políticas públicas consistem em um agrupamento de objetivos, decisões e ações tomadas por autoridades governamentais para resolver desafios sociais e atender a necessidades identificadas em um momento histórico específico, consideradas essenciais tanto pela população quanto pelos formuladores de políticas. São estratégias intencionais, projetadas para atingir metas estabelecidas, e caracterizam-se por uma visão abrangente e de curto, médio e longo prazo. Essas políticas visam resolver problemas públicos e são fundamentais para o desenvolvimento e bem-estar da sociedade. De acordo com Couto e Arantes (2006), o conceito de política pública, no contexto brasileiro, deve estar associado à constitucionalização das políticas públicas. Isto é, integrar e interpretar políticas públicas no texto constitucional com a finalidade de fomentar e construir uma situação em que as políticas públicas não são apenas



diretrizes ou programas isolados, mas estão intrinsecamente ligadas à base constitucional do país e promoção da justiça social e dignidade humana.

Conforme Maria Paula Dallari Bucci (2021), o conceito de política pública pode ser compreendido como um programa de ação governamental que emerge de um conjunto de processos juridicamente regulados, incluindo, mas não limitado a processos eleitorais, de planejamento, governamentais, orçamentários, legislativos, administrativos e judiciais. O objetivo dessas políticas é coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos que são socialmente relevantes e politicamente determinados. Uma política pública deve visar a realização de objetivos claramente definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários para sua consecução e o intervalo de tempo esperado para alcançar os resultados. A autora destaca a importância da ação governamental por meio das políticas públicas, caminho essencial para modificar estruturas que perpetuam o atraso e a desigualdade. Ao mesmo tempo, enfatiza a necessidade de compreender a função do governo e sua capacidade de articular a ação coletiva em diversos níveis e abrangências, de modo a atingir e buscar o desenvolvimento social e humano e, nesse sentido, a democracia.

As políticas públicas informadas pela ética da alteridade são uma pedra angular para o fortalecimento da democracia e a materialização dos princípios de justiça social. A inclusão de grupos marginalizados, como as mulheres refugiadas, deve ser uma prioridade, não apenas como uma obrigação legal ou moral, mas como um compromisso ético intrínseco à governança democrática e ao bem-estar coletivo e funcionamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção de políticas públicas voltadas para a inclusão de mulheres refugiadas no Brasil demanda uma reflexão crítica que vai além dos parâmetros tradicionais de análise política e jurídica, adentrando uma arena em que a ética, os direitos humanos e a vivência social das mulheres refugiadas convergem. O artigo, ao investigar essa complexa interseção, busca construir um entendimento acerca da necessidade de políticas públicas que não apenas reconheçam as adversidades enfrentadas por estas mulheres, mas que também sejam voltadas à promoção de sua autonomia e ao reconhecimento de sua contribuição à sociedade brasileira.



Dentro desse escopo, a pesquisa sublinha a importância de estratégias de políticas públicas que estejam em consonância com os valores de uma sociedade democrática, pluralista e inclusiva e com a Constituição de 1988. A ação governamental, neste sentido, deve ser pautada por uma concepção de cidadania que seja dinâmica, capaz de refletir a diversidade de experiências e identidades das mulheres refugiadas.

A cidadania, como direito a ter direitos, deve ser reconstruída com base em uma compreensão ampla que englobe os aspectos socioeconômicos, culturais e políticos das experiências das mulheres refugiadas. Isso envolve a criação de políticas públicas que sejam sensíveis às interseções de gênero, raça, classe e *status* migratório, reconhecendo a multiplicidade de discriminações e desigualdades que essas mulheres enfrentam. Ao delinear políticas públicas inclusivas, o artigo busca destacar o papel da Constituição de 1988 como uma ferramenta poderosa para a proteção dos direitos das mulheres refugiadas. A constitucionalização das políticas públicas é um meio de garantir que os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro com a dignidade humana e a igualdade de direitos sejam princípios ativos que orientam a formulação e implementação de políticas públicas.

No entanto, as políticas públicas são influenciadas por um contexto amplo e complexo, não atuando isoladamente. O seu alcance está intimamente ligado à capacidade das instituições governamentais em estabelecer diálogos produtivos com as comunidades de refugiados, de entenderem as suas histórias individuais e coletivas e de formularem respostas que sejam culturalmente apropriadas e socialmente justas. As políticas públicas necessitam, portanto, ser formuladas em diálogo com as mulheres refugiadas, assegurando que suas vozes e perspectivas sejam consideradas no processo de desenvolvimento das políticas e agendas de governo.

Por fim, a conclusão deste estudo aponta para um caminho em que a responsabilidade do Estado, a solidariedade social e a ética da alteridade se entrelaçam para criar uma sociedade que não apenas acolhe, mas também valoriza e empodera as mulheres refugiadas. Ao adotar uma abordagem que prioriza a cidadania ativa e participativa, o Brasil pode não apenas atender aos requisitos legais e éticos de proteção aos refugiados, mas também enriquecer o seu corpo-social com as contribuições únicas que essas mulheres têm a oferecer. As políticas públicas, portanto, devem ser vistas como a expressão da vontade coletiva de construir uma sociedade onde todos, independentemente de sua origem, possam viver com dignidade e ter a oportunidade de contribuir plenamente para o desenvolvimento da nação.



5.REFERÊNCIAS

BILGE, Sirma; DENIS, Ann. Introduction: Women, Intersectionality and Diasporas. *In: Journal of Intercultural Studies*. London: Routledge, 2010.

BRECHT, Bertolt. *Conversa de refugiados*. Tradução de Tercio Redondo. São Paulo: Editora 34, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – o longo caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. Roma: Laterza, 2009.

CHRISPINO, Alvaro. *Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

CRENSHAW, Kimberlé. *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of anti-discrimination doctrine*. Feminist theory and anti-racist politics. The University of Chicago Legal Forum, 1989.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, nº. 61, junho de 2006.

DANTAS; Luana Cristina da Silva; LIMA JUNIOR, Oswaldo Pereira de. A emancipação feminina no Iluminismo: um diálogo crítico entre Wollstonecraft e Rousseau. *Revista Juris Poiesis - Rio de Janeiro*. 2020, vol. 23 - nº 31, 2020.

DI CESARE, Donatella. *Estrangeiros Residentes: uma filosofia da migração*. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2020.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

HOOKS, Bell. *Teoria feminista: da margem ao centro*. Tradução de Rainer Patriota. São Paulo: Perspectiva, 2019.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1988.



LÉVINAS. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 5ª ed. Tradução de Pergentino S. Pivatto [Coord.]; Anísio Meinerz; Jussemar da Silva *et.al.* Petrópolis: Vozes, 2010.

LIMA JUNIOR, Oswaldo Pereira de; HOGEMANN, Raquel. O Conto da aia: a (des)personalização como dimensão epistêmico-moral fundadora da condição de sujeito de direito da mulher. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*. Porto Alegre, v.5, n. 1. Disponível em: < <https://www.rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/470/0>.> Acesso em: abr. 2021.

SHIRE, Warsan. Conversations about home (at the deportation centre). Keats House, 2012. 1 vídeo, duração 2:17. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=URL>>. Acesso em: abr. 2021.

SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloisa Murgel Starling. *Brasil: uma biografia*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Sobre os autores:

Oswaldo Pereira de Lima Junior | E-mail: oswaldolimajr@gmail.com

Professor Adjunto na Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL, doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA.

Luana Cristina da Silva Dantas | E-mail: luanacristina@edu.unirio.br

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogada (OAB/SP). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social (GPDHTS) - UNIRIO. Pós-Graduada em Advocacia Pública pela Escola Superior de Advocacia (ESA - Nacional). Membro da Comissão Assistente Editorial da Revista "Direito das Políticas Públicas" - (UNIRIO). Colaboradora externa voluntária do Projeto de Extensão (En)Cine Direito - (UFRN). Associada do Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos (INPPDH). Atuou como estagiária na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, como bolsista voluntária em projetos de pesquisa, ensino e extensão e como editora e redatora executiva da Revista online (EN)CINE DIREITO - (2018-2021), localizada no seguinte endereço eletrônico: <https://issuu.com/luanacristina287>, vinculada ao Projeto de Extensão (EN)CINE DIREITO (UFRN). Realiza pesquisas no âmbito dos Direitos Humanos, Direito Tributário, Direito das mulheres, Direito e Gênero, Direito e Migração, Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Mulheres e Refúgio, Interseccionalidade, Bioética e Biodireito, com ênfase em políticas públicas, estudos de gênero, migrações forçadas, deslocamento interno, feminização das migrações, interseccionalidade, direitos reprodutivos da mulher e processo de aquisição de direitos e personalidade jurídica das mulheres.



Impactos da Inteligência Artificial no trabalho intelectual: políticas públicas para proteção do trabalhador em face da automação

Impacts of artificial intelligence on work of an intellectual nature and the need for regulation of the fundamental right of worker protection in the face of automation

Francisco da Silva Mariz¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduando em Direito. Caicó (RN). Brasil

Carlos Francisco do Nascimento²

Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Norte. Professor Adjunto. Caicó (RN). Brasil

RESUMO

O presente trabalho consiste em uma análise crítica sobre o avanço da utilização da inteligência artificial, principalmente no campo dos trabalhos de natureza intelectual, e o problema da falta de regulamentação da norma constitucional de proteção dos trabalhadores em face da automação. Essa análise foi feita a partir de uma pesquisa qualitativa realizada por meio de uma revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial acerca do tema e do contexto das relações laborais no Brasil e no mundo. Conclui-se que a regulamentação da matéria é imprescindível para garantir uma adaptação e amenizar os impactos sofridos pelos trabalhadores.

ABSTRACT

The present work consists of a critical analysis of the advancement of the use of artificial intelligence, mainly in the field of intellectual work, and the problem of the lack of regulation of the constitutional standard for the protection of workers in the face of automation. This analysis was based on qualitative research carried out through a bibliographical, legislative, and jurisprudential review on the topic and context of labor relations in Brazil and around the world. It is concluded that the regulation of the matter is essential to guarantee adaptation and mitigate the impacts suffered by workers.

PALAVRAS-CHAVE:

Inteligência artificial. Trabalho de natureza intelectual. Mercado de trabalho. Proteção em face da automação. Constituição Federal de 1988.

KEYWORDS:

Artificial intelligence. Work of an intellectual nature. Job market. Protection in the face of automation. Federal Constitution of 1988.

¹ <https://orcid.org/0009-0001-3814-9404>

² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9206947061947088>



1. INTRODUÇÃO

Desde o século XVIII, a sociedade passa por inúmeras transformações em relação às formas de produção e trabalho. Durante quase toda a existência da humanidade, predominou um modo de produção eminentemente braçal que tinha na força física do homem, com auxílio dos animais, a base fundamental para toda produção e consumo da sociedade. Esse modo de trabalho se justificava pela própria forma como a sociedade era organizada. Até pouco tempo atrás, a maior parte das pessoas moravam em ambientes rurais e a principal produção existente era voltada para o consumo próprio das famílias.

Posteriormente, essa produção voltada para o consumo próprio começou a mudar. A primeira mudança foi a implementação das trocas. O que antes era produzido para consumo próprio passou a ser trocado por bens distintos produzidos por vizinhos. Em que pese o início de mudanças na relação entre produção e consumo, ainda não existia necessidade de produção em larga escala, visto que o consumo era muito concentrado.

Foi somente com a revolução industrial, iniciada a partir do século XVIII, que a sociedade passou a produzir de maneira massificada. O homem começou a compartilhar a força de trabalho com máquinas. Estas, em várias tarefas, conseguiram até mesmo substituir a força física do homem. Desde essa época, a conciliação entre a necessidade de se produzir mais em menos tempo, com mais lucro e a proteção do trabalho humano tem sido alvo de muitos debates. Por muito tempo, esses debates se limitaram aos trabalhos de natureza mais física. Sempre foi mais factível acreditar no potencial de uma máquina para substituir a função de um trabalhador de fábrica ou da agropecuária do que para substituir a função de um médico ou juiz.

No entanto, a inteligência artificial é um meio de automação que pode fazer bem mais do que replicar tarefas previsíveis e repetitivas. É um instrumento capaz de aprender e interagir com o ambiente. É nessa capacidade de aprendizado e adaptação que se encontram caminhos para uma substituição do trabalho de uma forma mais ampla do que a trazida pela mecanização da revolução industrial. Toda essa automação do trabalho, desde a mais física trazida com a revolução industrial até a mais intelectual consistente nos avanços da inteligência artificial, faz com que os postos de trabalho sejam ameaçados. A substituição de parte do trabalho humano por máquinas aumenta a produtividade e reduz tempo e custos.

Em meio a essas mudanças na sociedade, o trabalhador se encontra desamparado do ponto de vista legal. Apesar da Constituição Federal ter previsto já em 1988 a necessidade de regulamentação da proteção do trabalhador em face da automação, esta disposição até os dias atuais ainda não foi disciplinada pelo poder legislativo brasileiro. A falta de ação por parte do



legislador mostra um descaso com um problema social existente há séculos. Essa inércia vai tornando cada vez mais complicada a situação, visto que a cada dia surgem novas formas de automação. Se em um contexto de três décadas atrás não conseguiram regulamentar a matéria, atualmente o desafio é ainda maior.

A investigação tem como característica um caráter qualitativo e foi realizada por meio de revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial acerca do tema e do contexto das relações laborais no Brasil e no mundo, como a ADO 73 ajuizada pelo Procuradoria-Geral da República, o Projeto de Lei nº 4035/2019, além de textos com opiniões de pessoas interessadas e afetadas pelo avanço do uso de inteligência artificial no mercado de trabalho.

É objetivo geral demonstrar as repercussões da inteligência artificial no trabalho intelectual e a necessidade de regulamentação legal no contexto nacional. Já como objetivos específicos estão a apresentação das concepções acerca dos termos inteligência artificial e trabalho de natureza intelectual, a exemplificação dos impactos da inteligência artificial no trabalho de natureza intelectual e a apresentação do cenário atual das discussões em relação à regulamentação da norma constitucional de proteção do trabalhador em face da automação.

Diante do avanço da inteligência artificial e da falta de proteção legal do trabalhador em face do seu crescente uso no mercado de trabalho, o presente texto foi dividido em dois momentos. Inicialmente, trata-se das concepções sobre inteligência artificial e trabalho intelectual, de como essa inteligência artificial pode substituir o trabalho de natureza intelectual e, ainda, de como está sendo a reação de pessoas interessadas e impactadas pelos avanços e mudanças trazidas. Posteriormente, aborda-se um aprofundamento acerca da norma constitucional de proteção do trabalho em face da automação, bem como a apresentação do panorama atual das discussões em relação ao tema. Por fim, foram tecidas considerações finais sobre o trabalho.

2 CONCEITO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEUS IMPACTOS NO TRABALHO DE NATUREZA INTELECTUAL

John McCarthy (2007, p.2) define inteligência artificial da seguinte forma:

É a ciência e a engenharia de criar máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes. Está relacionada à tarefa semelhante de usar computadores para entender a inteligência humana, mas a IA não precisa se limitar a métodos que são biologicamente observáveis.



Tendo em vista que a inteligência artificial procurar compreender a inteligência humana, atividades de cunho intelectual podem ser desempenhadas por máquinas inteligentes programadas para esses objetivos. Outro fator interessante destacado por McCarthy (2007) é que a inteligência artificial não precisa se limitar a métodos biologicamente observáveis. Nesse sentido, é possível desempenhar atividades semelhantes às dos humanos utilizando outros caminhos, sem a necessidade de ser um mero replicador de mecanismos biológicos observados nas atividades humanas.

Compreendido o conceito de inteligência artificial, é importante destacar como se caracteriza o trabalho de natureza intelectual. Alice Monteiro de Barros (2004, p. 2) define da seguinte forma:

Os trabalhadores intelectuais são aqueles cujo trabalho pressupõe uma cultura científica ou artística, como o advogado, o médico, o dentista, o engenheiro, o artista, entre outros. Eles podem exercer suas atividades reunindo os pressupostos do art. 3º da CLT, ou seja, na condição de empregados, como também executar suas funções de forma independente, como autônomos.

O desenvolvimento de máquinas inteligentes permite que trabalhos como os citados possam ser realizados sem a presença integral de humanos. Isso faz com que a substituição de trabalhadores por máquinas que já existia desde o século XVIII seja ainda mais ampliada. Atualmente todas as esferas do trabalho são passíveis de substituição. Exemplos do impacto da inteligência artificial nos postos de trabalho já são possíveis de serem observados e projetados para o futuro.

O impacto da inteligência artificial nas relações trabalhistas é uma pauta já debatida mundialmente em vários setores do mercado de trabalho na atualidade.

André Carlos Ponce de Leon Ferreira de Carvalho (2021), professor titular do Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação da Universidade de São Paulo (ICMC-USP), campus São Carlos, destaca que são vários os estudos que mostram que diversas profissões desaparecerão e serão substituídas por outras que até o momento são desconhecidas e inimagináveis. O professor também ressalta que o mercado de trabalho para os profissionais que incorporam inteligência artificial em suas atividades será maior e pagará melhores salários. Isso enfatiza a necessidade de adaptação dos trabalhadores frente às novas tecnologias.

Os autores Thomas H. Davenport e Nitin Mittal (2022), em texto publicado na Harvard Business Review, discorreram acerca do impacto da inteligência artificial generativa, capaz de produzir textos e imagens, no trabalho criativo. Eles destacaram a possibilidade de haver



mudanças significativas nos campos do marketing, do design, do software, do entretenimento e das comunicações interpessoais.

A fim de exemplificar a capacidade que os mais recentes modelos de inteligência artificial possuem em imitar os esforços humanos no trabalho criativo, os dois autores elaboraram um questionamento a respeito dessa possibilidade e direcionaram ao modelo especializado em produção de textos lançado pela OpenAI, o GPT-3. O modelo gerou uma resposta sem erros gramaticais, com escolhas de palavras adequadas e até trouxe ideias de possibilidades de uso da inteligência artificial que nem foram cogitadas pelos autores, a exemplo da geração de conteúdos personalizados com base nas preferências de usuários individuais. Apesar de o modelo apresentar uma resposta dentro das instruções presentes no questionamento do humano que o utiliza, há um espaço de criatividade e autonomia que permite a apresentação de ideias e soluções inesperadas e imprevisíveis.

Além do GPT-3, outro modelo de inteligência artificial desenvolvido pela OpenAI é o Dall-E 2. Diferentemente do GPT-3, que gera conteúdo escrito a partir das instruções fornecidas pelo usuário, o Dall-E 2 trabalha com a geração de imagens e artes realistas a partir de uma descrição em linguagem natural (OPENAI, 2022). Esse modelo e outros do mesmo gênero possuem um potencial de afetar o campo da arte e do design ao gerar automaticamente imagens muito realistas com apenas algumas instruções dadas pelo usuário do modelo.

Uma ferramenta de geração de imagens semelhante ao Dall-E 2, o DreamBooth, causou polêmica recentemente. O Financial Times (BERWICK e SMITH, 2022) publicou uma matéria que noticiou uma postagem no Reddit de uma arte muito semelhante ao estilo da artista coreana Deb JJ Lee. O autor da postagem divulgou essas artes junto ao link do DreamBooth, ferramenta utilizada para produzi-las. Pouco tempo após a postagem, várias pessoas chamaram para a semelhança com as artes da artista coreana. Ao ser ouvida pelo Financial Times, Deb demonstrou uma grande preocupação em ser substituída e perder oportunidades de emprego, além de declarar interesse em uma regulamentação da inteligência artificial para proteger seu mercado de trabalho.

Assim como nos campos do design, do marketing e da arte, a inteligência artificial também vem ganhando espaço na advocacia. Um exemplo é o Ross Intelligence, que é uma ferramenta que, segundo seu sítio eletrônico (Ross Intelligence, 2022), realiza pesquisas jurídicas na jurisprudência dos Estados Unidos. Segundo o Ross Intelligence (2022), o processo de pesquisa é dividido em três etapas: entendimento, recuperação e classificação. Na etapa do



entendimento, a ferramenta compreende a pergunta feita pelo usuário e a divide em tópicos para fazer um filtro específico com cada ponto relevante da pergunta. Na etapa da recuperação, usando o resultado da etapa anterior a ferramenta resgata de sua base dados as informações correspondentes ao que foi entendido na etapa anterior. Após tudo isso, a ferramenta fará uma classificação de casos concretos mais adequados e relevantes de acordo com a pergunta realizada.

Todo esse processo encurta bastante as tarefas de pesquisas de jurisprudência, reduzindo o tempo e facilitando o trabalho do advogado. Ferramentas como essa podem diminuir a quantidade de pessoas necessárias para trabalhar em um caso, pois realiza em pouco tempo tarefas que uma pessoa levaria até semanas para fazer manualmente. Cabe destacar que isso não necessariamente substitui o trabalho de um advogado, mas sim serve como auxílio ao trabalho de pesquisa e coleta de informações. Apesar de não substituir a função de um advogado, pode impactar na necessidade de contratar uma equipe para realizar tarefas como essa.

No Brasil, pode-se citar como exemplo de inteligência artificial aplicada às tarefas de natureza intelectual a ferramenta Clarice.ai, que dentre outras funcionalidades pode revisar textos, especialmente no ponto de vista da gramática e estilística, e produzir textos de marketing de alta conversão (CLARICE.AI, 2022). A primeira funcionalidade citada pode reduzir a necessidade de contratar pessoas para revisar textos literários e acadêmicos. A última pode produzir impactos no ramo empresarial, principalmente no mercado publicitário.

Além desses impactos apresentados, a inteligência artificial atua em diversos outros campos. Utilizando a inteligência artificial generativa é possível criar uma vasta gama de conteúdo, a exemplo de textos literários, composição de músicas, criação de imagens e geração de voz. Trata-se de um universo de inúmeras possibilidades que deve ser utilizado de maneira adequada para que os benefícios trazidos sejam maximizados e os riscos e impactos minimizados.

Todas essas questões apresentadas mostram que a inteligência artificial já está impactando os trabalhadores de natureza intelectual, tanto de maneira concreta quanto em relação ao temor de que tais avanços tecnológicos ameacem seus postos de trabalho.



3 PROTEÇÃO DO TRABALHO EM FACE DA AUTOMAÇÃO

Como já referido anteriormente, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) prevê uma norma de proteção do trabalho em face da automação. O dispositivo está previsto nos seguintes termos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
[...]
XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

O dispositivo citado determina a regulamentação desse direito por meio da edição de uma lei. Esta necessidade da atuação legislativa pode levar a uma compreensão de que a referida norma se classifique como uma norma de eficácia limitada, que no entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2022) são normas incompletas e precisam de atuação do legislador infraconstitucional para produzir seus efeitos. Entretanto, o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal garante aos direitos fundamentais uma aplicabilidade imediata.

Filho (2012) destaca que a norma de proteção em face da automação possui dois direitos fundamentais intrínsecos: a proteção do próprio emprego do trabalhador em face do uso da tecnologia e a proteção da saúde e segurança do trabalhador exposto às máquinas empregadas na produção.

No mesmo trabalho, Filho (2012) também apresenta um exemplo de regulamentação infraconstitucional do direito à proteção em face da automação, a Lei 9.956/2000, que proíbe o funcionamento de bombas de autosserviço nos postos de abastecimento de combustíveis. No entanto, essa legislação protege o trabalhador apenas em relação no que diz respeito à segurança do trabalho. Atualmente, ainda há uma carência legislativa na proteção desse direito fundamental no aspecto da proteção dos postos de trabalho. Em um contexto de grandes avanços tecnológicos proporcionados pela inteligência artificial, essa é uma carência que necessita de ser suprida urgentemente.

A proteção do trabalho em face da automação representa uma importante pauta dos direitos sociais e foi acertadamente incluída nas disposições constitucionais referentes aos direitos sociais. Apesar disso, de nada vale uma disposição por parte da maior norma brasileira se não é possível vislumbrar efeitos práticos dessa proteção. Reconhecida essa mora por parte do legislativo, é importante destacar que atualmente há em tramitação um Projeto de Lei com



o intuito de regulamentar a matéria, o Projeto de Lei n° 4035, de 2019, que possui como autor o Senador Paulo Paim do PT/RS. O texto inicial do projeto utiliza como justificativa da importância dessa regulamentação a crescente ameaça que a inteligência artificial representa para a manutenção do emprego e do bem-estar dos trabalhadores (PAIM, 2019).

Além desse Projeto de Lei, outra importante atuação recente no que diz respeito à matéria foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO - movida, em julho de 2022, pelo Procurador Geral da República, Augusto Aras. Na presente ADO, Augusto Aras destacou que a proteção em face da automação é um direito fundamental estabelecido pela Constituição Federal, apontou a omissão do Legislativo na regulamentação da matéria e pediu ao Supremo Tribunal Federal (STF) a fixação de um prazo razoável para que o Congresso Nacional elabore a legislação prevista na Carta Magna Brasileira (BRASIL, 2022).

O Procurador Geral da República ainda citou um estudo realizado em 2017 pela Consultoria McKinsey que projetou a perda de até metade dos postos de trabalho, no Brasil, em função da automação e em decorrência da utilização da tecnologia da informação e da inteligência artificial. Augusto Aras destacou o papel fundamental da pandemia da COVID-19 no aceleração da automação no Brasil, citando um dado trazido pelo Fórum Econômico Mundial em 2020, que mostrou que houve aceleração em 68% da automação das tarefas. (STF, 2022).

Esse dado mostra o grande impacto que a inteligência artificial e a falta de regulamentação em relação à proteção do trabalho em face da automação estão ocasionando e ainda podem ocasionar nos postos de trabalho brasileiros. A recente pandemia foi apenas um catalisador para a antecipação desse impacto. Os pedidos formulados na petição inicial do Procurador-Geral foram contrapostos pelo parecer do Advogado-Geral da União substituto, Adler da Cruz e Alves, que destacou os desafios de realizar essa regulamentação e a possibilidade de que ela fique obsoleta em razão dos rápidos avanços tecnológicos existentes. A AGU também ressaltou a necessidade de um amplo debate na sociedade como justificativa para o fato de que nenhum Projeto de Lei tinha sido efetivamente aprovado no Congresso Nacional ao longo desses anos. (BRASIL, 2022).

Em conformidade com que foi citado anteriormente, elaborar uma legislação que consiga proteger o trabalhador em face dos mecanismos de automação que já existem e os que ainda estão por vir no futuro realmente é uma tarefa muito difícil e se tornará ainda mais com



o passar do tempo, visto que a evolução em ferramentas tecnológicas e inteligentes não irá parar, sempre surgirão novas formas de produção e a sociedade terá que se adaptar a isso.

Entretanto, essa é uma dificuldade trazida pela omissão do próprio legislador. A norma existe há mais de 30 anos. Os desafios nessa época já existiam, mas certamente eram menores que os de hoje. Nesse mesmo sentido, os desafios atuais, por maiores que sejam, serão menores que os existentes nos próximos anos, décadas e séculos. A dificuldade de regulamentação de uma norma tão importante gera sim uma necessidade de maior debate com a participação de todos os setores da sociedade civil, especialmente os mais afetados por isso, que é a classe trabalhadora. O que não é razoável é a persistência da omissão legislativa. Se determinada matéria representa grandes desafios e é necessária uma discussão ampla para resolver o problema, significa que essa matéria possui uma grande relevância social e que a solução do problema precisa de urgência.

Além da referida manifestação da AGU, cabe destacar os apontamentos feitos pela Câmara dos Deputados em seu parecer. Esta acrescentou que não existe mora do legislativo, visto que a Constituição Federal não adota um prazo específico para que as normas infraconstitucionais sejam regulamentadas. Além de ressaltar que não há um prazo previsto, argumenta que o STF tem considerado que não há omissão legislativa se o processo legislativo já foi desencadeado. (BRASIL, 2022). Como demonstrado anteriormente, realmente já há um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional.

Ademais, a Câmara destacou ainda a discricionariedade legislativa, dentro da ideia de que o legislativo possui uma margem de liberdade e só está subordinado às normas constitucionais. Além disso, alegou também, assim como a AGU e o Senado Federal, a complexidade da matéria e os impactos sociais gerados, bem como a necessidade de se assegurar um equilíbrio entre a proteção do trabalho humano em face dos avanços tecnológicos e a garantia de que as indústrias brasileiras não se tornem obsoletas frente ao mercado internacional. (BRASIL, 2022).

O posicionamento da Câmara dos Deputados, assim como a do AGU, mostra preocupações razoáveis. Entretanto, a proteção do trabalho humano e o avanço tecnológico no campo da indústria não precisam ser fatores conflitantes na regulamentação do direito fundamental de proteção do trabalhador em face da automação e em nada se relacionam com a estagnação do desenvolvimento industrial. A disposição constitucional não trata de uma proteção contra a automação, mas sim em face desta. O homem não precisa competir com as



máquinas e novas tecnologias. Estas, inclusive, podem maximizar a produtividade do trabalho humano. Para isso é necessária uma regulamentação legal do uso dessas novas tecnologias.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o surgimento de novas tecnologias capazes de desempenhar tarefas semelhantes às realizadas pelos humanos é inevitável. A sociedade precisa se adaptar aos novos modos de produção e trabalho. Diversas profissões já passaram por transformações e muitas outras precisarão enfrentar esse processo.

A inteligência artificial é um meio capaz de afetar não só os trabalhos de natureza manual, mas também os trabalhos de natureza intelectual, como a advocacia, o jornalismo e até os campos da arte e do entretenimento, que são suscetíveis às inovações trazidas pela inteligência artificial generativa e sua capacidade de criar conteúdo. A necessidade de adaptação existe, mas não pode ser um ônus imposto somente aos trabalhadores. É necessário um esforço conjunto da sociedade civil para enfrentar as mudanças trazidas pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento de tecnologias baseadas na inteligência artificial.

É nesse ponto que se destaca a necessidade de regulamentação da norma constitucional de proteção dos trabalhadores em face da automação. Como demonstrado no texto, a pouca produção legislativa existente atualmente no Brasil é em relação aos aspectos da segurança do trabalhador em seu ambiente de trabalho. O aspecto de proteção dos postos de trabalho ainda carece de atenção do legislador infraconstitucional. Diversos são os motivos alegados para a falta de legislação que proteja esse aspecto essencial do direito. Mas não se deve buscar justificativas para o fato dessa regulamentação ainda não ter sido feita mesmo após mais de três décadas.

O processo de construção da regulamentação precisa ser iniciado, mesmo que seja com a realização de debates com os setores interessados e afetados pela falta de regulamentação da matéria. Atualmente essa é uma demanda que afeta qualquer trabalho, seja aquele que dependa mais da capacidade física do trabalhador ou o que necessita de mais capacidades criativas.

É nítido que se trata de uma tarefa de difícil realização, mas ser difícil é um indicativo de que os trabalhos precisam ser iniciados o quanto antes. A inteligência artificial está cada vez mais ganhando espaço na sociedade e no futuro o impacto da sua utilização será ainda maior.



É impossível garantir que nenhuma carreira será afetada por essas mudanças, mas a existência de um aparato legal adequado fará com que as mudanças ocorram de forma menos abrupta.

Para garantir que esse impacto não assole os trabalhadores de forma repentina, é importante que a regulamentação traga mecanismos de adaptação dos trabalhadores de modo que as empresas que utilizem algum grau de inteligência artificial possam adotar. Além disso, é necessário discutir as implicações éticas do uso da inteligência artificial no trabalho.

Por mais avançado que seja o nível tecnológico, o aspecto empático e solidário do trabalho humano sempre será importante, principalmente nas profissões que lidam diretamente com pessoas. Deve-se garantir que o avanço tecnológico auxilie e facilite o trabalho do homem. A tecnologia não precisa ser uma inimiga dos trabalhadores, mas enquanto o tema não for regulamentado do ponto de vista legal as consequências serão imprevisíveis.

5. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. TRABALHADORES INTELECTUAIS. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 39, p. 147-165, jan./jun. 2004.

BERWICK, Isabel; SMITH, Sophia. Will AI replace human workers? *Financial Times*, 14 dez. 2022. Disponível em: <https://www.ft.com/content/24f07261-f95d-4bb3-8aa4-3799f1f75e52>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 73, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento pendente.

CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. Inteligência Artificial: riscos, benefícios e uso responsável. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 35, ed. 101, p. 21-35, 30 abr. 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/185020/171202>. Acesso em: 30 nov. 2022.



CLARICE.AI. *Home Page*. Disponível em: <https://clarice.ai/>. Acesso em: 2 dez. 2022.

DAVENPORT, Thomas H.; MITTAL, Nitin. How Generative AI Is Changing Creative Work. *Harvard Business Review*, 14 nov. 2022. Disponível em: <https://hbr.org/2022/11/how-generative-ai-is-changing-creative-work>. Acesso em: 20 dez. 2022.

FILHO, Wagson Lindolfo José. A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PROTEÇÃO EM FACE DA AUTOMAÇÃO PREVISTO NO INCISO XXVII, DO ART. 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, Goiânia, ano 12, v. 12, p. 77-89, 2012.

MCCARTHY, John. What is artificial intelligence? *Stanford University*: Stanford. 12 nov. 2007. Disponível em: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/node1.html>. Acesso em: 29 nov. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. ISBN 978-65-5362-132-9.

OPEN AI. *Dall-E 2*. Disponível em: <https://openai.com/dall-e-2>. Acesso em: 15. dez. 2022.

PAIM, Paulo. *Projeto de Lei n. 4.035/2019*. Regulamenta o inciso XXVII do artigo 7º, da Constituição Federal, para dispor sobre a proteção dos trabalhadores em face de processo de automação. Brasília: Senado Federal, 11/07/2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137793>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ROSS INTELLIGENCE. *Rossintelligence.com*. A Visual Guide to AI. [S. l.]. Disponível em: <https://www.rossintelligence.com/what-is-ai>. Acesso em: 2 dez. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PGR aponta omissão do Legislativo em regulamentar proteção de trabalhadores frente à automação. *Portal do STF*. Brasília: STF. 15 jul. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=490582&ori=1>. Acesso em: 30 nov. 2022.



Sobre os autores:

Francisco da Silva Mariz | E-mail: franciscomariz2015@gmail.com

Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Carlos Francisco do Nascimento | E-mail: carlos.nascimento@ufrn.br

Graduação em Direito (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) pela Universidade Federal da Paraíba; Graduação em Geografia (Licenciado em Geografia) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.



Causalidade e Políticas Públicas

Causality and Public Policy

Ivan César Ribeiro¹

Universidade Federal de São Paulo. Professor. São Paulo (SP). Brasil

RESUMO

Este artigo apresenta os conceitos de causalidade, mecanismos e teorias geradoras, propondo sua utilização na análise de políticas públicas. Bucci (2013) sugere examinar casos individuais para inferir a eficácia dos marcos legais e regulatórios, enfatizando a importância de desenvolver metodologias adequadas para avançar a pesquisa na área. Sugerimos que ao deslocar o foco para os resultados das políticas e investigar tanto os mecanismos subjacentes como os modelos geradores responsáveis por esses resultados, aprimora-se a compreensão de como as políticas geram impactos. Uma análise desses mecanismos causais, sejam explícitos ou implícitos, fornece aos pesquisadores informações sobre como as políticas se desdobram e alcançam seus objetivos. Essa abordagem analítica requer considerar o contexto das políticas, ciclos de retroalimentação (*feedback*) e interações, além de cenários contrafactuais que influenciam os efeitos das políticas. Através de uma exploração empírica, com abordagem multimétodo dos mecanismos, pesquisadores podem compreender a natureza dinâmica e não linear dos processos políticos, facilitando uma análise mais abrangente.

PALAVRAS-CHAVE:

Mecanismos causais, resultados de políticas, direito e políticas públicas, políticas baseadas em evidências.

ABSTRACT

This article introduces the concepts of causality, mechanisms and generating theories, proposing their use in the analysis of public policies. Bucci (2013) suggests examining individual cases to infer the effectiveness of legal and regulatory frameworks, emphasizing the importance of developing suitable methodologies to advance research in the field. We suggest that shifting the focus to policy outcomes and delving into both the underlying mechanisms and the generating models responsible for these outcomes enhances our understanding of how policies generate impacts. An analysis of these causal mechanisms, whether explicit or implicit, provides researchers with information about how policies unfold and achieve their objectives. This analytical approach requires considering the context of policies, feedback loops, and interactions, besides counterfactual scenarios that influence policy effects. Through an empirical exploration of mechanisms, with a multimethod approach, researchers can understand the dynamic and non-linear nature of policy processes, facilitating a more comprehensive analysis.

KEYWORDS:

Causal mechanisms, policy outcomes, law and public policy, evidence-based policymaking.

¹ Orcid: 0000-0003-4706-7408. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1537678142289537>. Id SSRN: 333021.



1. INTRODUÇÃO

Bucci (2013), em sua abordagem metodológica para análise e construção de políticas públicas, propõe um processo de dedução e indução baseado em teorias, experiências e análises empíricas. Para desenvolver modelos analíticos a partir de experiências, a autora sugere a criação de "famílias" ou "casotecas", que consistem em agrupamentos de casos similares ou relacionados, permitindo a identificação de padrões, tendências e relações causais. Essa abordagem comparativa baseia-se no isolamento e correlação de variáveis jurídicas para compreender os efeitos das políticas públicas e suas interações com o contexto legal e institucional. Ribeiro (2019) sugere, no contexto do exame de políticas públicas, que essa proximidade entre teoria e investigação empírica é alcançado através das Teorias de Médio Alcance (Merton, 1968).

As reflexões de Bucci (2013) remetem à relação entre causalidade e políticas públicas, uma questão importante para a discussão sobre a formulação de políticas baseadas em evidências, avaliação de programas e intervenções políticas. Persistem, entretanto, questões sobre os métodos apropriados para determinar a causalidade, o papel dos fatores contextuais e outras dimensões da inferência causal na elaboração de políticas públicas. A natureza dos problemas de políticas públicas é muitas vezes complexa, não linear e dependente do contexto, tornando difícil estabelecer relações causais claras (Pawson & Tilley, 1997; Strand & Fosse, 2011). Os críticos argumentam que a dependência excessiva de modelos causais lineares pode simplificar a análise das intervenções políticas, ignorando nuances importantes. Coletânea do ano de 2010 da revista *Emergence: Complexity and Organization* explora esses aspectos em vários de seus artigos (Meek, 2010).

O debate também gira em torno da tensão entre o rigor metodológico no estabelecimento da causalidade e a necessidade de resultados práticos e contextualmente relevantes das políticas públicas. É preciso encontrar um equilíbrio entre validade interna e validade externa em estudos de inferência causal para garantir a relevância e aplicabilidade dos resultados da investigação para decisores políticos e profissionais (Schmidt, 2018; De Azevedo & Araújo, 2007).

2 PRESSUPOSTOS

Os pressupostos para um debate sobre causalidade e políticas públicas devem facilitar o entendimento de como as relações causais são estabelecidas, compreendidas e aplicadas na implementação e avaliação de políticas. Alguns dos pressupostos-chave para este debate, com



ampla discussão nos campos da avaliação de políticas públicas e da economia, mas pouco explorados dentro de uma abordagem de Direito e Políticas Públicas, envolvem diferenciar relações causais de simples associação ou correlação, entender o que são os cenários contrafactuais, considerar a ordem temporal de causas e efeitos, entre outros aspectos explorados no restante desta seção.

2.1 ASSOCIAÇÃO VERSUS CAUSALIDADE

Barrowman (2014) aborda a confusão entre causalidade e correlação na ciência e na vida diária, sugerindo que a causalidade é mais complicada do que muitas vezes se acredita e que interpretações erradas podem levar a decisões erradas. O autor usa o exemplo do tabagismo e do câncer de pulmão para mostrar que só porque duas coisas ocorrem juntas nem sempre significa que uma causa a outra - embora fumar seja um fator de risco significativo e contribua para a probabilidade de desenvolver câncer de pulmão, não é a única causa nem é necessário para sua ocorrência. Evidente que não pretendo sugerir neste artigo que políticas não devam desestimular o tabagismo.

Quando falamos de associação, empregamos usualmente indicadores da relação entre duas ou mais variáveis - um desses indicadores é, por exemplo, o coeficiente de correlação. Essas medidas examinam se uma dimensão de uma política pública, digamos o investimento em políticas de saúde, e uma segunda variável, por exemplo a emissão de gases que provocam o efeito estufa, possuem movimentos coordenados. Examina-se se estas variáveis se movem na mesma direção ou em direções opostas, e se isso pode ser fruto do acaso, ou seja, se essa coordenação tem significância do ponto de vista estatístico.

Essa associação entre saúde e poluição atmosférica provavelmente existe, e deve ser positiva. Mas seria absurdo propor que o investimento em políticas de saúde é responsável pelo efeito estufa. Na verdade, as políticas de saúde possuem várias externalidades positivas, melhorando o bem-estar da população, reduzindo o absenteísmo e aumentando a produtividade dos trabalhadores.

Por seu turno, essa maior produtividade, na ausência de uma política de desenvolvimento sustentável, pode levar a uma maior emissão de CO₂ e outras substâncias, afetando a qualidade do ar. Percebe-se que a relação não é direta, se dá através do aumento de produtividade e só ocorre na ausência de políticas efetivas de descarbonização e de desenvolvimento sustentável. Trata-se de um fenômeno que chamamos de “causado por



terceiros” (*third causation*), neste caso a produtividade se comporta como um intermediador dos efeitos que procuramos explicar (Simon, 1954). Ainda neste sentido, veja-se o estudo de Ribeiro (2005), examinando a relação entre maior formalismo da Justiça e indicadores de corrupção e desenvolvimento econômico. Estudo anterior sugeriu, através de testes econométricos, que a relação entre formalismo e, entre outros resultados, corrupção, seria direta (Djankov *et al.*, 2003). Ribeiro (2005) mostrou que essa relação seria intermediada pela desigualdade social e que, quando levada em conta essa desigualdade, o efeito do formalismo sobre a corrupção seria o inverso do proposto naquele estudo, com maior formalismo reduzindo a corrupção.

2.2 RACIOCÍNIO CONTRAFACTUAL

O raciocínio contrafactual na inferência causal consiste em comparar o que aconteceu com o que poderia ter acontecido na ausência de uma intervenção política. Os pressupostos envolvem a necessidade de construir cenários alternativos, ou “contrafactuais” como se fala nos campos da econometria e da jurimetria, apropriados para avaliar com precisão os impactos das políticas (Heckman & Vytlačil, 2007).

Um exemplo dessa necessidade de um contrafactual robusto é a avaliação de políticas de recolocação no mercado de trabalho. Suponha que um governo ofereça treinamento para trabalhadores desempregados, para aumentar suas chances de conseguir nova colocação. Observar que quem fez o curso consegue emprego em menor tempo não é indicativo suficiente da eficácia da política, já que as pessoas que resolvem frequentar o programa podem ter características como diligência, resiliência e outras, relacionadas a uma chance maior de conseguir emprego.

Essas características poderiam tanto fazer com que essas pessoas tenham uma maior probabilidade de frequentar o programa, como de procurar de forma diligente por uma vaga. Trata-se de uma ocorrência da chamada autosseleção (Nunes *et al.*, 2015), que pode ser agravada se estas características não forem possíveis de se observar.

A solução seria, idealmente, observar o resultado para cada uma dessas pessoas que procuram emprego se ela frequentasse o programa de qualificação e se ela não frequentasse. A impossibilidade de observar uma pessoa fazendo e, ao mesmo tempo, não fazendo algo deixa como alternativa procurar-se um contrafactual adequado, recorrendo a técnicas como o uso de



experimentos naturais, o pareamento de observações e outras (Balke & Pearl, 1995; Guo & Fraser, 2014).

2.3 ORDEM TEMPORAL

Os debates sobre causalidade e políticas públicas envolvem discussões sobre como estabelecer qual é a sequência das intervenções, resultados e potenciais fatores de confusão para determinar relações de causa e efeito (Kleinberg, 2019). Ou seja, importa saber em que ordem se deu essa sequência de eventos, já que a suposição é a de que causas antecedem efeitos. A tarefa, que parece simples, importa localizar adequadamente esses fatores, como na anedota sobre os pássaros sobre os trilhos – será que é o voo dos pássaros que *causa* a chegada do trem?

Em outro exemplo, já no campo das políticas públicas, podemos examinar a redução da criminalidade na cidade de Nova Iorque nos anos 90. Em 1993, Rudy Giuliani foi eleito prefeito, e iniciou uma política de tolerância zero, punindo pequenos delitos como estratégia para redução da criminalidade mais grave. As taxas de fato caíram, mas Donohue e Levitt (2001) sugerem que isso, provavelmente, decorreu da diminuição dos casos de gravidez não planejada que a decisão da Suprema Corte sobre aborto gerou (caso *Roe v. Wade*, em 1973). O assunto é polêmico, mas mostra a necessidade de considerar a ordem temporal de acontecimentos e variáveis para estabelecer relações de causalidade.

Para um exemplo no Brasil, Ribeiro (2008) examina a segurança jurídica do instituto da arbitragem, como política de redução do contencioso. O autor observa que o número de decisões que sustentavam a validade de cláusulas submetendo questões à arbitragem ou mantendo decisões arbitrais parecia mostrar uma tendência de crescimento no período de 1998 a 2004. Nota, entretanto, a importância de examinar decisões anteriores e posteriores à manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira (AgRg em SE 5.206), que em 12 de dezembro de 2001 reconheceu a validade de sentença arbitral (Ribeiro, 2008:116).

2.4 SENSIBILIDADE AO CONTEXTO

As relações causais nas políticas públicas são influenciadas pelos contextos em que estas são implementadas. A tradição das revisões sistemáticas e meta análises, com origem na literatura médica, tendem a simplificar o contexto das políticas. Intervenções mais complexas, como é o caso de programas governamentais, estão sujeitos à influência de muitos fatores -



quando esses fatores são capazes de influenciar os resultados de determinadas intervenções, são classificados como variáveis contextuais. Uma avaliação de políticas precisa levar em conta este contexto, sendo essa a proposta, por exemplo, da chamada “avaliação realista” (Pawson & Tilley, 1997).

Isso acontece principalmente quando se procura o conhecimento do próprio processo de políticas públicas (na expressão de Lasswell, 1971, o “*knowledge of the policy process*”), e não apenas o conhecimento de questões técnicas úteis a uma política em particular (“*knowledge in the policy process*”), podendo se apontar esse aspecto como a diferença entre a chamada revisão sistemática tradicional e a avaliação realista.

Retomando o exemplo de Ribeiro (2005), a variável de desigualdade social pode ser definida como uma medida do contexto. O resultado é que o autor mostra e que uma política de combate à corrupção, através do estabelecimento de mecanismos formais, funciona em ambientes de alta desigualdade. O autor também mostra que nem toda regra formal resulta na redução da desigualdade, mas apenas aquelas identificadas com o devido processo legal. Regras que se distanciam deste contexto têm o efeito de aumentar a corrupção.

2.5 INTERAÇÕES E CICLOS DE FEEDBACK

O reconhecimento de ciclos de feedback, interações e consequências não intencionais é outra suposição subjacente aos debates sobre causalidade e políticas públicas. Deve-se reconhecer a interligação das intervenções políticas e como elas podem produzir efeitos em cascata ou resultados não lineares, como na teoria de feedback de política (Mettler & Sorelle, 2018). A abordagem proposta por estes autores explora a influência de políticas pretéritas na criação de novas políticas e no engajamento dos indivíduos. Revela como mudanças ao longo do tempo e comportamento estão interligados, destacando como políticas configuram o cenário e a participação. Esta teoria possibilita a compreensão da influência recíproca entre políticas e política, oferecendo perspectivas para pesquisadores interessados nos efeitos das políticas públicas nas decisões e ações, e é apenas uma das possibilidades de análise.

Neste sentido, o foco por vezes excessivo em apenas uma etapa ou aspecto de uma política tem pouco poder analítico. Este é o caso, por exemplo, dos estudos que, ao examinar os efeitos da burocracia sobre a implantação e sobre os resultados das políticas públicas, concentram-se em apenas uma de suas camadas, ignorando os fluxos e retroalimentações que ocorrem. Considerar na implementação apenas o alto funcionalismo, como os membros eleitos



do poder executivo, as camadas intermediárias ou mesmo apenas a chamada burocracia de nível de rua ignora essas interações.

2.6 PLURALISMO METODOLÓGICO

Outro pressuposto no debate é a aceitação do pluralismo metodológico na inferência causal, reconhecendo que diferentes metodologias de pesquisa, como experimentos quantitativos, estudos de caso qualitativos e abordagens de métodos mistos, podem contribuir para a compreensão da causalidade nas políticas públicas sob diversas perspectivas (veja a coletânea editada por Della Porta & Keating, 2008).

Esse pluralismo, entretanto, deve evitar o ecletismo metodológico, com a construção *ad hoc* de costuras metodológicas pouco rigorosas. O risco também é o do uso de abordagens metodológicas que tenham uma base pouco científica, típica das proposições de métodos feitas por consultores e não cientistas – veja-se, a esse respeito, as proposições de métodos para estudo de caso feitas por Robert Yin (Platt, 2007), que ignora problemas como as possibilidades de generalização e que não dialoga com a literatura científica sobre o método de estudo de casos (Ragin & Becker, 1992).

2.7 RELEVÂNCIA E CAPACIDADE DE AÇÃO DAS POLÍTICAS

Fischer (2007) sugere que as inferências causais não devem apenas ser livres de valores e inequívocas, mas também adaptadas às necessidades e aos contextos dos decisores políticos, dos profissionais e das partes interessadas envolvidas nos processos políticos. Esta perspectiva mostra que a evidência empírica deve ir além do mero rigor acadêmico, devendo apresentar aplicações práticas e diretas. Em especial no contexto da abordagem Direito e Políticas Públicas, deve se revestir de uma finalidade positiva (ou prescritiva).

Para que a investigação contribua para a formulação e implementação de políticas, deve abordar as preocupações, restrições e oportunidades enfrentadas pelos responsáveis pela tomada de decisões. Em um cenário em que as decisões políticas podem ter consequências de amplo alcance no bem-estar social, na estabilidade econômica e na sustentabilidade ambiental, a procura de evidências que sejam metodologicamente sólidas e relevantes para as preocupações políticas é um quesito importante. O que se percebe é que, ao apresentar uma natureza prescritiva, a abordagem Direito e Políticas Públicas mostra uma proximidade muito grande com as correntes filosóficas e epistemológicas pragmáticas.



3. O FOCO EM RESULTADOS

Ao iniciar um estudo de causalidade, começar pelos resultados de uma política permite aos investigadores trabalhar retroativamente para identificar os fatores e mecanismos que contribuíram para esses resultados. Investigadores podem cair na armadilha de tratar os instrumentos políticos, tais como medidas regulamentares ou jurídicas, como o objetivo final da elaboração de políticas e não como ferramentas para alcançar objetivos sociais mais amplos. Esta perspectiva pode levar a um enfoque equivocado na concepção e implementação de regulamentos, sem atenção suficiente ao seu impacto nos resultados.

Quando os instrumentos políticos, regulatórios e jurídicos são vistos como fins em si mesmos, existe o risco de desalinhamento entre os objetivos pretendidos das políticas e os seus resultados. Os investigadores que dão prioridade à conformidade com regulamentos ou à aplicação da lei como alvo principal negligenciam a avaliação de o quanto medidas abordam eficazmente os problemas sociais ou produzem as mudanças desejadas no comportamento ou nas condições da sociedade.

Um exemplo desta situação é o chamado “Paradoxo de Harrington”, que se refere a uma situação intrigante no contexto da regulamentação ambiental. Esse paradoxo observa que, apesar da aplicação frouxa das leis ambientais, a taxa de conformidade entre as empresas reguladas permanece alta. Por exemplo, entre 1982 e 1985, a indústria de celulose e papel nos Estados Unidos apresentou uma taxa média de conformidade de cerca de 75%, enquanto dados da Agência de Proteção Ambiental dos EUA (EPA) indicam taxas de conformidade de 90% ou mais em alguns setores industriais (Decker, 2003).

O autor levanta uma questão importante, procurando investigar o que motiva as empresas a cumprirem a regulamentação ambiental mesmo diante de uma fiscalização considerada fraca. O paradoxo sugere que, contrariamente à expectativa de que a aplicação rigorosa seja necessária para garantir a conformidade, as empresas podem optar por seguir as regulamentações por outros motivos, abrindo possibilidades de atuação em políticas ambientais para além dos aspectos de regulação formal.

Fixar-se nesses instrumentos como fins em si mesmos traz também como risco a potencial negligência dos fatores contextuais e dos desafios de implementação que fazem a intermediação entre regulamentações e resultados, como discutido na seção 2.4 retro. Ao enfatizar os mecanismos formais de execução de políticas sem considerar as realidades práticas



da sua implementação, os investigadores podem deixar de identificar mecanismos causais importantes.

Essa recomendação de precaução com uma visão voltada apenas aos instrumentos formais de regulação não significa que estes não devam compor qualquer análise proficiente de políticas públicas. As técnicas de Análise de Impacto Regulatório já foram sugeridas muitas vezes como informativas no delineamento de políticas e mesmo no estabelecimento de relações causais (Ribeiro, 2020; 2010a; 2010b), e técnicas como a de mapeamento institucional e regulatório e análises semelhantes podem melhorar as decisões governamentais.

4. BOUDON E MECANISMOS

Boudon (1979; 1998) enfatiza o papel dos mecanismos para o entendimento das decisões individuais, dos processos cognitivos e do comportamento racional na formação dos resultados sociais. A ênfase de Boudon no individualismo metodológico ressalta a importância de analisar fenômenos sociais partindo de ações, crenças e escolhas individuais. Esta perspectiva sugere que os resultados das políticas públicas provem de decisões e comportamentos individuais agregados, e não apenas de forças sistêmicas ou de restrições estruturais. O alinhamento de Boudon com a teoria da escolha racional destaca a ideia de que os indivíduos agem com base em cálculos, preferências e incentivos. No domínio das políticas públicas, esta perspectiva sugere que os decisores políticos, as partes interessadas e os cidadãos tomam decisões guiadas pelo interesse próprio, pela informação disponível e pelos resultados esperados, influenciando a eficácia e a implementação das políticas.

No domínio das políticas públicas, estes fatores cognitivos podem influenciar a adoção, implementação e avaliação de políticas, impactando a sua eficácia e sustentabilidade. Com base na ênfase de Boudon na racionalidade individual, os formuladores de políticas podem usar contribuições das ciências comportamentais para projetar políticas que se alinhem com os processos de tomada de decisão, preferências e incentivos dos cidadãos. Ao incorporar uma compreensão dos mecanismos sociais na concepção das políticas, os decisores políticos podem aumentar a eficácia e a aceitação das intervenções.

O conceito de mecanismos sociais de Boudon concentra-se nos processos por meio dos quais ações, interações e decisões individuais geram fenômenos sociais de nível macro. A compreensão destes mecanismos pode elucidar como as intervenções políticas produzem consequências intencionais (ou não intencionais) através da agregação de comportamentos e



escolhas individuais. Essa visão micro e macro permite considerar, por exemplo, a associação entre os efeitos de leis e regulações, tipicamente envolvendo decisões individuais e microeconômicos, e o impacto macro de instituições.

Um exemplo dessa abordagem micro e macro aparece no exame que Ribeiro (2015; 2012) faz da regulação concorrencial e prudencial no setor financeiro durante a Crise de 2008. Em um teste jurimétrico de inferência, procurando o estabelecimento de relações causais, o autor observa o efeito e as interações entre os dois tipos de regulação e os arranjos institucionais (macro) para sua aplicação. A chamada regulação prudencial, que visa evitar corridas bancárias e a tomada excessiva de risco por instituições financeiras, interage com a regulação concorrencial, que procura mitigar os efeitos danosos do aumento de poder de mercado.

Essas duas regulações não se opõem uma à outra, mas, ao contrário, se reforçam mutuamente. Uma maior aderência às regras prudenciais gera um ambiente mais competitivo. A interação desses dois tipos de regulação se relaciona, em um nível macro, com os diferentes arranjos institucionais observados em cada país. Os arranjos institucionais dividem-se entre aqueles em que existe um regulador único para os dois tipos de regulação e aqueles em que bancos e instituições financeiras estão sujeitos ao controle de dois ou mais órgãos supervisores, como é o caso do Brasil, onde o Banco Central e o CADE exercem essa supervisão. Nas duas pesquisas Ribeiro mostra que essa multiplicidade de órgãos de supervisão é a fórmula que gera o maior benefício social.

Ao aplicar as ideias de Boudon sobre mecanismos ao debate sobre causalidade e políticas públicas, os pesquisadores podem examinar como os comportamentos, crenças e escolhas individuais interagem para produzir resultados políticos. Esta análise pode melhorar a avaliação das políticas, considerando os processos cognitivos, os quadros de tomada de decisão e os cálculos racionais que sustentam a implementação e o impacto das políticas.

5. DOS RESULTADOS AO MECANISMO: MODELOS GERADORES

Assim, partindo dos resultados, pode-se passar a um esforço de compreensão dos mecanismos causais, procurando elucidar como as políticas conduzem a resultados e impactos específicos. O desenvolvimento do conceito de mecanismos causais envolve a identificação dos processos, interações e vias subjacentes através dos quais as intervenções políticas provocam mudanças nas condições sociais, econômicas ou políticas.



Podemos examinar o conceito de mecanismos sociais e as estratégias analíticas para alcançar uma melhor compreensão das políticas sem recorrer as chamadas explicações em “caixas pretas” (Boudon, 1998), usando para essa finalidade os modelos geradores de dados. Por meio de proposições sobre transparência explicativa, agência individual, interação entre razões e significados, e críticas à simplificação excessiva de modelos de escolha racional, Boudon oferece uma abordagem para compreender a ação humana, os fenômenos sociais e, na proposta aqui apresentada, as políticas públicas. Para tanto, é preciso compreender melhor o que são os mecanismos e qual sua relação com os modelos geradores.

5.1 OS MECANISMOS COMO EXPLICAÇÃO CAUSAL

A compreensão da racionalidade e dos processos decisórios, bem como as críticas ao modelo utilitarista de escolha racional, destacando suas limitações e a necessidade de considerar além do simples cálculo de utilidade, dão uma nova perspectiva para a análise causal de políticas públicas. Boudon (1998) analisa como a integração de elementos do modelo cognitivista pode enriquecer a abordagem analítica que propõe.

Dito de uma forma mais simples, os mecanismos causais representam as etapas ou processos intermediários que vinculam as intervenções políticas às suas consequências pretendidas ou não. Este quadro conceitual investiga a "caixa negra" (BOUDON, 1989) da implementação de políticas, oferecendo uma perspectiva sobre os caminhos causais e as interações que se desenrolam desde a adoção de políticas até aos resultados.

Estes mecanismos podem se apresentar de uma forma implícita ou explícita. Os primeiros referem-se a processos subjacentes que não são facilmente observáveis, mas que moldam os efeitos das políticas, tais como normas sociais ou culturas institucionais. Os mecanismos explícitos são mais tangíveis e podem ser rastreados diretamente através de políticas, concepção de programas e estratégias de implementação.

A revelação dos mecanismos por meio de métodos de rastreamento de processos, que envolvem o detalhamento das etapas sequenciais e das decisões que se desenrolam durante a implementação da política, é uma ferramenta bastante utilizada. A análise do percurso centra-se no mapeamento das sequências causais, dos ciclos de feedback e das interações entre os intervenientes e os fatores que geram impactos políticos.

A suposição de que os mecanismos causais dependem do contexto reconhece que a eficácia e a relevância dos mecanismos variam em diferentes ambientes e configurações



políticas. Fatores contextuais, como a dinâmica política, o envolvimento das partes interessadas e as normas culturais, moldam o funcionamento dos mecanismos.

Reconhecer a diversidade de mecanismos implica que diferentes políticas possam operar através de processos e dinâmicas distintas. Existe uma série de mecanismos causais possíveis, incluindo ciclos de feedback, ferramentas políticas, estruturas institucionais e comportamentos individuais, cada um contribuindo para os resultados políticos. As suposições sobre interações e estes feedbacks dentro dos mecanismos enfatizam que os processos políticos são dinâmicos e não lineares. A análise de como os ciclos de feedback e as interações entre variáveis influenciam a progressão das políticas permite uma compreensão abrangente dos caminhos causais.

Os mecanismos causais operam em vários níveis de formulação de políticas, abrangendo desde estruturas institucionais de nível macro até comportamentos individuais de nível micro. Uma análise multinível considera como os mecanismos interagem em diferentes escalas, influenciando a implementação de políticas, os processos de tomada de decisão e os impactos das políticas.

Um último aspecto importante em relação ao uso de mecanismos para a determinação de relações causais refere-se a sua forma de enunciação, e aqui proponho uma abordagem prática para a tarefa. Descrever mecanismos não é apenas mencionar vagamente teorias que possam explicar o resultado de determinadas intervenções. A descrição de mecanismos inicia com um detalhado inventário das intervenções examinadas, com a definição de públicos-alvo, estratégias de implementação e demais detalhes da política em exame. O passo seguinte passa por definir um elenco exaustivo dos resultados possíveis, com as probabilidades, ou estimativas dessas probabilidades, para cada um destes desfechos da política. Por fim, definir os mecanismos pressupõe definir, para cada par de intervenção/não intervenção e respectivos resultados, os canais de transmissão que geram esses efeitos.

5.2 OS MODELOS E AS TEORIAS GERADORAS

A geração de modelos como estratégia de pesquisa (Boudon, 1979) lança luz sobre o papel dos modelos na Ciências Sociais e, na proposta do presente artigo, no exame de políticas públicas. A abordagem de Boudon enfatiza, como discutido, a importância da teoria da escolha racional e do individualismo metodológico no desenvolvimento de modelos para explicar os fenômenos sociais. Os modelos são ferramentas utilizadas na pesquisa social para simplificar a



realidade social e torná-la mais inteligível e, principalmente, para confrontar teorias e mecanismos com dados empíricos, procurando elucidar relações causais.

Assim os modelos servem como estruturas que permitem aos pesquisadores conceituar e estudar processos, interações e resultados sociais. Ao construir modelos baseados em pressupostos sobre a tomada de decisões individuais e a racionalidade, os investigadores podem analisar como estas ações no nível micro moldam fenômenos sociais no nível macro. Quando essa tentativa de relacionar teorias e mecanismos com dados da realidade se dá de forma mais geral ou, como prefere Boudon (1979), de forma mais intuitiva, temos as chamadas “teorias geradoras”. Proposições mais fortes dessa relação entre mecanismos e dados são chamadas de “modelos geradores”.

Em sua estratégia de pesquisa, Boudon incentiva os pesquisadores a aplicarem esses princípios teóricos a estudos empíricos em vários contextos sociais. Por exemplo, no estudo do nível de escolaridade, os investigadores poderiam utilizar o quadro de Boudon para modelar a forma como as decisões individuais relativas à escolaridade, aos recursos e às aspirações influenciam os padrões de sucesso acadêmico e de mobilidade social. Em especial, sua proposição é a de que um modelo gerador explica a distribuição de dados observada na realidade (Boudon, 1979).

Em seu artigo de 1979, o autor examina, entre outros, dois exemplos da aplicação de teorias ou modelos geradores. No primeiro, examinando o resultado de extensa pesquisa feita com soldados recrutados e enviados para a luta na Segunda Guerra (Kendall & Lazarsfeld, 1955) e o segundo examina a escolha de instituições de ensino superior pelos estudantes, na França. No primeiro caso procura-se explicar por que a satisfação pessoal dos soldados era maior nos grupos em que havia menos chances de promoção, quando comparado com grupos onde as chances de promoção eram maiores. No segundo caso, procura-se explicar por que os estudantes franceses optavam por cursos de quatro anos, onde havia maior variação de resultados (em termos de salários recebidos) e expectativa de salário médio menor, ao invés de cursos de dois anos, em que a expectativa de salário (o salário médio) era maior, com pouca variação nos resultados.

As duas situações podem, ser explicadas nos termos da clássica teoria dos grupos de referência. Boudon, entretanto, recorre à teoria dos jogos para mostrar como decisões racionais e expectativas de ganhos podiam explicar de forma bastante acurada os resultados observados.



Modelos geradores, dessa forma, fazem a ligação entre mecanismos e dados esperados em uma pesquisa empírica, servindo como estratégia de identificação para teorias concorrentes.

Ao delinear a forma como as políticas produzem efeitos através de mecanismos específicos, os avaliadores podem atribuir mudanças às intervenções, aumentar a validade das alegações causais e informar a concepção de políticas futuras com base em provas empíricas de caminhos causais. O teste destes mecanismos se dá através deste trabalho de predizer, para cada mecanismo descrito, que configuração de dados empíricos se espera encontrar na realidade.

Por exemplo, ao se sugerir o mecanismo que explica a redução da pobreza associada à distribuição de auxílios sociais é o da acumulação de capital humano, decorrente da melhora de indicadores de saúde e do acesso à educação, podemos definir um modelo (ou, mais fracamente, uma teoria) geradora de dados. Nesta situação, espera-se observar um aumento de indicadores de resultados de saúde (ganho de peso em crianças, redução de morbidade e mortalidade e outros) e de educação (anos de estudo, desempenho em provas como o PISA e outras) para os recipientes do auxílio social. Mais ainda, se for possível determinar quando esse ciclo de acumulação de capital humano se concretiza, é de se esperar que a redução do auxílio não devolva seus beneficiários à condição de pobreza anterior.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre causalidade e políticas públicas nos ajuda a entender os impactos das intervenções governamentais. Ao analisarmos as propostas de Bucci (2013) e as reflexões de autores como Heckman e Boudon, é possível identificar como os mecanismos causais podem ser usados na análise de políticas públicas e na compreensão dos caminhos que levam a determinados resultados.

É importante observar como a proposta de criar "famílias" de casos semelhantes, sugerida por Bucci, permite a identificação de padrões e tendências que auxiliam na dedução e indução de relações causais. Essa abordagem comparativa, aliada aos pressupostos discutidos no texto, como a distinção entre associação e causalidade, a importância do raciocínio contrafactual, a ordem temporal dos eventos, a consideração dos mecanismos causais e a sensibilidade ao contexto, faz parte do ferramental para análise causal de políticas públicas.

Ao focar nos resultados das políticas como ponto de partida, como sugerido, torna-se possível uma análise dos mecanismos que levam a esses resultados. De acordo com Boudon, a compreensão das ações individuais, dos processos cognitivos e do comportamento racional são



essenciais para identificar como mecanismos sociais produzem resultados. Essa lógica pode ser empregada na análise de políticas públicas. A análise dos mecanismos causais, sejam eles implícitos ou explícitos, permite desvendar as etapas intermediárias que conectam as intervenções políticas aos resultados desejados. Essa investigação, conforme ressaltado no texto, exige transparência explicativa, sensibilidade ao contexto e reconhecimento dos ciclos de *feedback* e das interações que moldam os efeitos das políticas públicas. Ao reconhecer os mecanismos causais, os pesquisadores são capazes de captar a dinâmica e não linearidade dos processos políticos. A identificação e compreensão dos mecanismos pode embasar a formulação de políticas com base em evidências empíricas sólidas.

Portanto, a abordagem proposta neste artigo permite uma análise das relações causais nas políticas públicas, evidenciando a importância de se partir dos resultados para a compreensão dos mecanismos subjacentes às intervenções. Analisar os mecanismos causais em diferentes níveis de formulação de políticas, reconhecendo a interação entre variáveis e os processos internos e externos que influenciam os resultados, permite vislumbrar contextos, relações de feedback e outros nuances na avaliação e na formulação de políticas públicas mais efetivas.

7. REFERÊNCIAS

- BALKE, A., & PEARL, J. (1995). Counterfactuals and Policy Analysis in Structural Models. ArXiv, abs/1302.4929.
- BARROWMAN, Nick. Correlation, causation, and confusion. *The New Atlantis*. p. 23-44, 2014.
- BOUDON, Raymond. Generating models as a research strategy. In: MERTON, Robert (ed.) *Qualitative and Quantitative Social Research*. Nova York: Free Press, 1979.
- BOUDON, Raymond. What Middle-Range Theories Are. *Contemporary Sociology*, v. 20, n. 4, 1991, p. 519-22.
- BOUDON, Raymond. Social mechanisms without black boxes. In: HEDSTROM, Peter; SWEDBERG, Richard (eds.) *Social mechanisms: An analytical approach to social theory*. Cambridge University Press, 1998.
- DE AZEVEDO, Sérgio; ARAÚJO, Maria Bernadette. Questões metodológicas sobre o “déficit habitacional”: o perigo de abordagens corporativas. *Cadernos metrópole*, n. 17, p. 241-255, 2007.
- DECKER, Christopher S. *Corporate environmentalism and environmental statutory permitting*. The Journal of Law and Economics, v. 46, n. 1, p. 103-129, 2003.



DELLA PORTA, Donatella; KEATING, Michael (Ed.). *Approaches and methodologies in the social sciences: A pluralist perspective*. Cambridge University Press, 2008.

DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio, SHLEIFER, Andrei. Courts, *Quarterly Journal of Economics*, Volume 118, Issue 2, May 2003, Pages 453–517, <https://doi.org/10.1162/003355303321675437>

DONOHUE III, John J.; LEVITT, Steven D. *The impact of legalized abortion on crime*. The Quarterly Journal of Economics, v. 116, n. 2, p. 379-420, 2001.

FISCHER, Frank. Deliberative policy analysis as practical reason: Integrating empirical and normative arguments. In: *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods*. Frank Fischer, Gerald J. Miller, Mara S. Sidney (EDs); Series: Public Administration and Public Policy, 125; New York, CRC Press, pp. 223-236, 2007.

GOLDMAN, Dana P.; SMITH, James P. *Can patient self-management help explain the SES health gradient?* Proceedings of the National Academy of Sciences, v. 99, n. 16, p. 10929-10934, 2002.

GUO, Shenyang; FRASER, Mark W. Propensity score analysis: Statistical methods and applications. SAGE publications, 2014.

HECKMAN, James J. Policies to foster human capital. *Research in economics*, v. 54, n. 1, p. 3-56, 2000.

HECKMAN, James J.; VYTLACIL, Edward J. Econometric evaluation of social programs, part I: Causal models, structural models and econometric policy evaluation. *Handbook of econometrics*, v. 6, p. 4779-4874, 2007.

KAUSHIK, Vibha; WALSH, Christine A. Pragmatism as a research paradigm and its implications for social work research. *Social sciences*, v. 8, n. 9, p. 255, 2019.

KENDALL, Patricia L.; LAZARSELD, Paul F. The Relation Between Individual and Group Characteristics in 'The American Soldier'. *The language of social research*, p. 290-296, 1955.

KLEINBERG, Samantha (Ed.). *Time and Causality Across the Sciences*. Cambridge University Press, 2019.

MEEK, Jack W. Complexity theory for public administration and policy. *Emergence: Complexity and Organization*, v. 12, n. 1, p. 1, 2010.

MERTON, Robert K. Chapter II - On Sociological Theories of the Middle Range, In: _____, Social theory and social structure. New York: Free Press, pp.39-72, 1968 enlarged edition. ISBN 978-0-02-921130-4.

METTLER, Suzanne; SORELLE, Mallory. Policy feedback theory. In: *Theories of the policy process*. Routledge, 2018. p. 103-134.

NUNES, M. RIBEIRO, I., ROQUIM, P., TRECENZI, J., *The Sheriff of Nottingham Hypothesis: A Tribute to Theodore Eisenberg*, Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE), 171(1), p. 122-140, 2015. <https://doi.org/10.1628/093245615X14188909230253>

PAWSON, Ray; TILLEY, Nick. *Realistic evaluation*. Sage, 1997.



PLATT, Jennifer. Case Study. In: Outhwaite, W. & Turner, SP (eds.) *The SAGE Handbook of Social Science Methodology*, 2007.

RAGIN, Charles C.; BECKER, Howard Saul (Ed.). *What is a case?: exploring the foundations of social inquiry*. Cambridge university press, 1992.

RIBEIRO, Ivan César. Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem de Estudos de Eventos, *Economic Analysis of Law Review*, Vol. 11 No. 3, 2020. DOI: <https://doi.org/10.31501/ealr.v11i3.11023>.

RIBEIRO, Ivan César. Políticas Públicas e Teorias do Estado: o papel das teorias de médio alcance. *REI - Revista Estudos Institucionais*, 5(3), 856-877, 2019. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v5i3.432>.

RIBEIRO, Ivan César. *Os megabancos e as crises financeiras: uma análise teórica e jurimétrica da regulação e do direito concorrencial*. São Paulo: Almedina, 2015. ISBN: 978-858-49-3065-4.

RIBEIRO, Ivan César. *Regulação financeira, poder no mercado e crise financeira*. Tese de doutorado: USP, Faculdade de Direito, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-30072013-231616/>. Acesso em 12 de novembro de 2021.

RIBEIRO, Ivan César. *Regulatory impact analysis and cost benefit analysis: what is different across the sea?* In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, nº 32, Belo Horizonte: Fórum, 2010a, pp. 73-87.

RIBEIRO, Ivan César. Cost Benefit. Analysis in Financial Regulation: First Lessons from the 2008 Crisis. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 50, p. 47-75, 2010b.

RIBEIRO, Ivan César. Arbitragem, risco legal e o novo mercado da Bovespa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. n. 17. Abr./Jun. 2008. p. 110-142.

RIBEIRO, Ivan César. *Relações entre Judiciário, Corrupção e Desenvolvimento: o Balanceamento entre Desburocratização e Garantia do Controle da Atividade Pública*. Monografia vencedora do I Concurso de Monografias e Redações. Controladoria Geral da União, 2005.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, v. 3, n. 56, p. 119-149, 2018.

SIMON, Herbert A. Spurious correlation: A causal interpretation. *Journal of the American statistical Association*, v. 49, n. 267, p. 467-479, 1954.

STRAND, Mali; FOSSE, Elisabeth. Tackling health inequalities in Norway: applying linear and non-linear models in the policy-making process. *Critical Public Health*, v. 21, n. 3, p. 373-381, 2011.

Sobre o autor:**Ivan César Ribeiro** | E-mail: iribeiro@unifesp.br

Coordenador e pesquisador principal do Centro de Estudos da Ordem Econômico (CEOE/Unifesp), Professor de Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de São Paulo e *Senior Research Scholar* da Universidade de Yale. Professor Colaborador e Orientador de Pós-graduação stricto sensu da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio). Orcid: 0000-0003-4706-7408. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1537678142289537>. Id SSRN: 333021.

